

Justicia y Derechos del Niño

número

10

unicef 

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 10

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Comité editorial:

Andrea Benavente / Sebastián Briceño / Miguel Cillero / Julio Cortés / Nicolás Espejo

Asistente de edición: Carolina Silva

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.

ISBN: 978-92-806-4379-4

Registro de Propiedad Intelectual: N° 173.820

Edición 500 ejemplares

Santa Fe de Bogotá, Colombia

Septiembre de 2008

Diseño y diagramación: Mónica Widoycovich

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN PRIMERA	
ARTÍCULOS PARA EL DEBATE	9
QUINCE AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA ARGENTINA MARY BELOFF	11
RAZONAMIENTO JUDICIAL Y DERECHOS DEL NIÑO: DE VENTRÍLOCUOS A MARIONETAS DOMINGO LOVERA	45
EL FUTURO DE LA JUSTICIA JUVENIL: PERSPECTIVAS EUROPEAS FRIEDER DÜNKEL	63
NOTAS PARA UN ESTUDIO SOBRE LA ESPECIALIDAD EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DE ADOLESCENTES: EL CASO DE LA LEY CHILENA JAIME COUSO	97
DESAFÍOS DURADEROS EN LA LESIGLACIÓN BRASILEÑA DE RESPONSABILIDAD DE MENORES DE EDAD: UN ESTUDIO CRÍTICO A LA LUZ DE LOS 18 AÑOS DE VIGENCIA Y DEL MODELO ESPAÑOL KARYNA SPOSATO	113
DÉCIMO TERCER ANIVERSARIO DE LA LEY PENAL JUVENIL DE EL SALVADOR Y DIEZ AÑOS DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA CARLOS TIFFER	135
¿CÓMO ENTENDER LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES DENTRO DE LAS TRANSFORMACIONES HISTÓRICAS GLOBALES DEL CONTROL SOCIAL PUNITIVO? ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE ACCIÓN JULIO CORTÉS	147
SUPERVISIÓN DE CENTROS PRIVATIVOS DE LIBERTAD PARA ADOLESCENTES: EL MODELO CHILENO A LA LUZ DEL MODELO INGLÉS SEBASTIÁN BRICEÑO	181

EL ROL DEL JUEZ EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES RICARDO PÉREZ MANRIQUE	197
---	-----

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA	213
-----------------------	-----

LA LIBERTAD Y ALGO MÁS EN LA ENCRUCIJADA: EL HÁBEAS CORPUS COLECTIVO INTERPUESTO POR LA FUNDACIÓN SUR-ARGENTINA, A FAVOR DE MENORES DE 16 AÑOS DE EDAD, INIMPUTABLES Y NO PUNIBLES EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	215
---	-----

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO PUPINO IGNACIO DE FERARI VIAL	297
--	-----

DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERTAD EN CHILE: EN BUSCA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA MIGUEL CILLERO BRUÑOL / NICOLÁS ESPEJO YAKSIC	303
---	-----

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTOS	315
-------------------	-----

LA CONVIVENCIA ESCOLAR, COMPONENTE INDISPENSABLE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. ESTUDIO DE REGLAMENTOS ESCOLARES LIDIA CASAS / CLAUDIA AHUMADA / LILIANA RAMOS / ALEJANDRO GUAJARDO	317
--	-----

ADOLESCENTES INFRACTORES: DE DELINCUENTES JUVENILES A VÍCTIMAS DEL SISTEMA. LA INFLUENCIA DE LOS HECHOS EN LA PRENSA CHILENA CLAUDIA LAGOS / LAUREANO CHECA / CRISTIAN CABALIN	341
--	-----

ENFOQUE CONJUNTO DE LAS AGENCIAS DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA JUSTICIA EN FAVOR DE LA INFANCIA	359
--	-----

PRESENTACION

Por décimo año consecutivo, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) tiene el agrado de poner a disposición de la comunidad académica y de los profesionales del sistema de justicia, la publicación Justicia y Derechos del Niño. Este texto forma parte del material docente del XI Curso de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño para jueces, fiscales y defensores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Uruguay, que en el año 2008 se desarrollará en la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

En este número se han seleccionado diversos textos, en su mayoría inéditos, que pretenden presentar al lector una mirada integral sobre cuestiones fundamentales relativas a la protección de los derechos de los niños en diferentes países y contextos. Una primera reflexión es entregada por Mary Beloff, quien desarrolla un estudio sobre el impacto político, jurídico y cultural de la Convención sobre los Derechos del Niño, examinando particularmente el caso de Argentina.

La exposición y análisis de las teorías sobre el razonamiento judicial y su relación con la protección de los derechos de los niños, es el foco de atención del trabajo de Domingo Lovera, quien se remite específicamente a la interpretación y aplicación de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la legislación chilena.

En materia de Justicia Penal de Adolescentes, el Profesor Frieder Dünkel de la Universidad de Greifswald, Alemania, nos entrega una visión actualizada sobre el estado de la legislación penal juvenil en Europa; Jaime Couso, por su parte, expone sobre la especialidad Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes con referencia a las normas internacionales, la legislación y doctrina chilena, además de abundantes referencias a la doctrina internacional, particularmente a la alemana.

Karyna Sposato examina los dieciocho años de vigencia del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, teniendo como referencia la evolución de la legislación española. Carlos Tiffer compara la evolución de la Justicia Juvenil en El Salvador y Costa Rica. Julio Cortés, en su trabajo, realiza una interesante reflexión que, partiendo de la concreta

situación de la legislación chilena, se interna en un análisis de las relaciones entre infancia, sociedad contemporánea y las actuales manifestaciones del poder punitivo a la luz de las más recientes propuestas del pensamiento crítico.

Sebastián Briceño presenta una completa revisión de la experiencia chilena sobre supervisión de las condiciones de vida de los adolescentes en los centros de privación de libertad. En el ámbito judicial, Ricardo Pérez Manrique aborda, desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, las particularidades de la función judicial en materia penal de adolescentes.

En la sección Jurisprudencia, Emilio García Méndez introduce los textos íntegros de relevantes sentencias pronunciadas en Argentina en relación a la privación de libertad de los denominados menores inimputables, cuestión que, al cierre de esta edición, aún se encuentra pendiente de una resolución judicial definitiva; seguidamente, se presenta una relación y comentario de Ignacio De Ferrari sobre jurisprudencia europea referente al derecho del niño a ser oído, contenida en el caso de María Pupino; finalmente, se incluye una breve presentación, realizada por Miguel Cillero y Nicolás Espejo, sobre el contenido de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales chilenos referente a los hechos que motivaron la interposición de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, por la vulneración de derechos de los adolescentes privados de libertad.

En la sección Documentos se han incluido los informes resumidos de dos investigaciones de carácter empírico realizadas en Chile y encargadas por UNICEF, las que estimamos pueden ser de interés general. La primera, dice relación con los reglamentos que regulan la convivencia escolar, y fue dirigida por la investigadora de la Universidad Diego Portales Lidia Casas; la segunda, expone los resultados de un seguimiento del tratamiento por parte de la prensa escrita de la puesta en marcha de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, a cargo de un grupo de investigadores de la Universidad de Chile.

Finalmente, en esta sección hemos incorporado un documento de las Naciones Unidas en que se exponen las bases para un enfoque común y universal de la Justicia Juvenil.

Estamos convencidos que el conjunto del material presentado refleja parte importante de la reflexión e investigación que se está desarrollando en esta parte de

América Latina. Agradecemos a todos quienes desinteresadamente han puesto sus trabajos a disposición de UNICEF para ser publicados en este décimo número de la serie Justicia y Derechos del Niño.

No podemos cerrar la presentación de este libro sin hacer un profundo reconocimiento a uno de los más destacados juristas de América Latina, fallecido hace algunos días: el Profesor Dr. Juan Bustos Ramírez. Entre sus innumerables cualidades humanas, políticas e intelectuales, él se destacó por su irrestricto compromiso con la defensa, difusión, enseñanza y desarrollo teórico de los Derechos Humanos, incluyendo entre sus preocupaciones intelectuales y desvelos políticos los derechos de los niños.

Tenemos el honor de señalar que Juan Bustos fue parte, en más de una ocasión, del equipo académico de los Cursos de Protección Jurisdiccional de los Derechos de los Niños a los cuales esta publicación se encuentra indisolublemente ligada; en múltiples ocasiones apoyó desinteresadamente, y con aportes del más alto nivel, actividades de UNICEF en diversos países de América Latina. Muchos de los profesores de este curso y de los autores de artículos de esta publicación nos enriquecimos con sus enseñanzas pero, por sobre todo, pudimos comprobar y sentir su calidad humana y su compromiso con la dignidad y los derechos humanos de todas las personas.

*Oficinas de UNICEF de
Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Uruguay*

Octubre de 2008

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

QUINCE AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA ARGENTINA*

MARY BELOFF**

Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica de exclusión, olvido y mezquindad. Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más “humana” y solidaria (Grosman, Cecilia, *El interés superior del niño*)¹.

I, too, have criticized rights rhetoric for its impoverished view of human relationships and its repeated assignment of labels that hide the power of those doing the assigning. And I find something terrible lacking in rights for children that speak only of autonomy rather than need, especially the central need for relationships with adults who are themselves enabled to create settings where children can thrive. Rights rhetoric can and should be exposed for its tendency to hide the exercise of state authority, even authority exercised in the name of private freedoms. Rights discourse, like any language, may mislead, seduce, falsely console, or wrongly inflame (...)

*There is something too valuable in the aspiration of rights, and something too neglectful of the power embedded in assertions of another's need, to abandon the rhetoric of rights. That is why I join in the effort to reclaim and **reinvent** rights. (Minow, Martha, *Making all the difference*)².*

1. Propósito y justificación de la elección del enfoque (jurídico)

Este trabajo se propone evaluar cuál ha sido el impacto normativo concreto de la Convención sobre los Derechos del Niño³ en la República Argentina a casi quince años de su firma.

* La versión original de este artículo fue escrita en el año 2005 y publicada en Abramovich, V., Bovino, A. y Curtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, del Puerto, 2007, págs. 253/296. La versión aquí publicada ha sido enriquecida, actualizada y modificada a partir de los valiosos aportes de Ana Aliverti (UBA y *University of Oxford*) y Verónica Piñeiro (UNS y *University of Ottawa*) quienes leyeron la versión anterior y la discutieron conmigo, por lo que les estoy enormemente agradecida.

** Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ Grosman, Cecilia, *El interés superior del niño*, en Grosman, Cecilia (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pág. 75.

² Minow, Martha, *Making all the difference*, Ithaca, Cornell, 1990, págs. 306/307, destacado propio.

³ En adelante CDN.

El argumento que pretendo desarrollar asume que en esta década y media el tratado ha tenido —en principio— un bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y —eventualmente— simbólico. Este alto impacto por fuera del derecho ha provocado a su vez —como analizaré aquí para el caso argentino— un impacto indirecto de la CDN en el orden normativo federal y provincial de significativas proporciones.

Presentar los efectos de la CDN cual rostro de Jano (el de la realidad vs. el del orden jurídico) denota cierta ingenuidad. Ella me fue señalada hace algún tiempo por una profesora británica⁴ en oportunidad de uno de esos escasos momentos de debate académico sobre este tratado que tienen lugar en la región. Ella dijo, al escuchar sobre mi perplejidad por el pobre derecho que supimos conseguir y por los consiguientes pobres efectos en la realidad que ese pobre derecho había producido en estos años, algo parecido a que sólo una ingenua podía creer que la ley cambiaba la realidad⁵, En sus palabras, la CDN nunca será real pero puede ser una gran herramienta —política— a fin de que las personas se unan para demandar por sus derechos. Si la pregunta correcta es entonces: ¿Ha servido la CDN para desarrollar acción política deseable en términos de ampliación de la ciudadanía de niños y niñas argentinos?, este trabajo no podrá responderla sino de forma liminar y precisamente por esa confianza (¿ingenua?) en la fuerza normativa para producir efectos concretos en el mundo real⁶.

Por ese motivo —y otros relacionados con limitaciones de espacio pero sobre todo personales—, la evaluación que intentaré no pretende ser exhaustiva. Tal pretensión requeriría un extenso trabajo de investigación —sobre todo empírica— que no ha sido hasta la fecha llevado a cabo en nuestro país⁷.

⁴ Se trata de la socióloga Prof. Jane Gugel (Universidad de Sheffield, Reino Unido) quien junto con el Prof. Dr. Enrique Peruzzotti (Universidad Di Tella, Argentina) en el mes de diciembre de 2005 organizó en esta última Universidad un taller sobre el rol de la sociedad civil en la implementación de la CDN.

⁵ Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina “la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos”, “fundada sobre el concepto de un derecho utópico” y que “no resuelve la cuestión de la efectividad de la CDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática” en su tesis doctoral *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l’homme. Le cas de l’intégration de la Convention des droits de l’enfant dans les droits nationaux en Amérique Latine*, defendida el 10 de mayo de 2006, Institut des Hautes Études de l’Amérique latine, Université de Paris 3.

⁶ Esta doble “maniobra hermenéutica” me recuerda la lectura que Seyla Benhabib realiza de las críticas feministas a la obra de Hannah Arendt. Ella recuerda cómo al mismo tiempo estas autoras procuran encontrar en sus textos la “especificidad de género” al tiempo que la critican y se enfadan con ella por la “ceguera de género” que revelan sus categorías, en BENHABIB, Seyla, *La paria y su sombra. Sobre la invisibilidad de las mujeres en la filosofía política de Hannah Arendt*, en BRULÉS, Fina (comp.), *Hannah Arendt, El orgullo de pensar*, Gedisa, Barcelona, 2000, págs. 97/116, en particular pág. 108.

⁷ Una investigación académica independiente, objetiva, exhaustiva y rigurosa sobre la CDN y su impacto concreto en diferentes niveles no ha sido llevada a cabo en ningún país de América Latina hasta la fecha. Muchos académicos e investigadores han (hemos) estado demasiado vinculados a las agendas “oficiales” —sobre todo de organismos internacionales— relacionadas con este tratado. Sobre esta cuestión, pero enfocada al tema más general de la relación entre académicos y profesionales que trabajan en procesos de consolidación del Estado de Derecho, ver el completo estudio de Julio Faundez, *The Rule of Law Enterprise: Promoting a Dialogue Between Practitioners and Academics*, en “Democratization”, Vol. 12, Nro. 4, agosto 2005, págs. 567-586, ed. Taylor & Francis, 2005. En opinión de Silvia Guemreman —una de las investigadoras pioneras en la Universidad de Buenos Aires sobre estos temas— quien leyó pacientemente este trabajo y lo criticó con dureza, mi afirmación presupone una concepción idealizada de la investigación. A su juicio, la investigación que estimo ausente nunca podría realizarse en la dimensión continental propuesta sin condicionamientos que la hicieran financieramente posible. Le agradezco también que me recordara los diferentes estudios e investigaciones que en el marco de las universidades públicas se realizan desde hace años, los cuales —de manera fragmentada y focalizada pero con notable empeño dadas las difíciles condiciones materiales en las que se realiza investigación en la Argentina— intentan también dar cuenta de la temática con rigurosidad. Una evaluación crítica del impacto global de la CDN a diez años de su firma desde la perspectiva de las organizaciones internacionales puede leerse en *Promesas rotas: Evaluación de los derechos del niño con motivo del 10 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Human Rights Watch, Children’s Rights Division y en *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Florencia, Innocenti Research Centre, 2004.

Sin ignorar entonces que un análisis más riguroso de los efectos concretos de la CDN en la Argentina espera sus investigadores, me limitaré a describir y a analizar la forma en la que este tratado ha sido incorporado al derecho federal y local con independencia de que esos cambios normativos —de haber tenido lugar ya sea por una modificación legal particular, ya sea por una sentencia judicial— hayan producido algún efecto deseable en la práctica concreta o en las condiciones reales de vida de los niños y niñas del país.

Asimismo, me concentraré en señalar los aspectos que, en mi opinión, explican la extendida y rápida aceptación y apropiación del tratado en términos meramente retóricos, al tiempo que permiten soslayar debates no resueltos normativamente en la CDN, a fin de proveer algunas herramientas analíticas que faciliten, a futuro, el desarrollo de una hermenéutica que tome en serio los derechos de los niños a partir de una precisa definición de esos derechos y de los mecanismos de exigibilidad indispensables para garantizarlos.

Para ello, luego de una breve descripción de la forma en la que la CDN fue incorporada al derecho argentino, analizaré cómo el tratado ha sido receptado por el derecho federal y por el derecho provincial. Por razones de extensión, no analizaré la considerable cantidad de leyes que tratan de derechos de niños y niñas pero que no fueron planteadas en el debate público como adecuaciones del derecho interno a la CDN aunque lo fueran⁸. A continuación intentaré el mismo ejercicio pero respecto de algunas decisiones de la jurisprudencia de cierta trascendencia⁹. Finalmente, propondré algunas tesis para superar el momento de la propaganda y de una vez ingresar al momento del derecho, ello con la confianza en que un mejor derecho puede contribuir, sin ingenuidades, a que todos los niños y las niñas vivan vidas dignas de ser vividas¹⁰ en la República.

2. Las indefiniciones de la Convención sobre los Derechos del Niño

Como todo instrumento internacional construido sobre consensos prácticamente universales, la CDN tiene algunas características normativas que la pueden convertir en una norma *pour la galerie* en ausencia de voluntad política y/o de desarrollos legales orientados a convertirla en

⁸ Ejemplos claros, una vez más, de la forma sesgada en la que se interpretó la adecuación del derecho interno a la CDN en América Latina. En tal sentido ver *infra* nota 54.

⁹ El análisis del impacto de la CDN en las políticas públicas argentinas tanto federales cuanto provinciales forma parte de esa investigación pendiente que los académicos especialistas en el área deberían emprender algún día. No es un tema menor cuando en la Primera Parte, párrafo 21 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se urgía a los Estados —sobre la base de la masiva ratificación de la CDN— a que se lograra su "(...) efectiva aplicación por los Estados Partes mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles" Cfr. A/CONF.157/24 (Parte I), Cap. III.

¹⁰ En aplicación del trascendente estándar establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo nro. 144 del "Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala -Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63- que determina: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el **derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna**. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él." (resaltado propio).

una norma que impacte sensiblemente en la realidad jurídico-social. En rigor, probablemente sean estas características las que lograron ese amplio consenso, imposible si el tratado hubiera tenido características diferentes.

De manera resumida, esos rasgos distintivos pertenecen a dos planos: el metodológico y el sustantivo.

En lo que atañe al plano metodológico, cuatro particularidades que no puedo desarrollar aquí revelan el punto que estoy tratando de señalar:

- i. el proceso de ratificaciones incluyó —y consintió— algunas que contienen reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado¹¹, aspecto curiosamente ausente en todas las publicaciones que tratan sobre la CDN, por lo menos en español¹²;
- ii. la limitación a cada derecho¹³ que se reconoce en el tratado por razones de edad, madurez, por la capacidad para formarse un juicio propio, a los asuntos de interés del niño o por su interés superior¹⁴, categorías propias del derecho de menores de matriz tutelar clásica¹⁵ que no fueron definidas ni re-conceptualizadas en el tratado¹⁶
- iii. la débil exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales¹⁷; y

¹¹ Como ejemplo, puede señalarse que el gobierno de la República Islámica de Irán reservó el derecho de no aplicar la CDN en tanto ella resulte incompatible con el derecho islámico y la legislación interna del país. Reservas equivalentes —relativas a la CDN *in totum* o algunos de sus artículos— fueron efectuadas por Kuwait, Mauritania, Qatar, Arabia Saudita, etc.. Algunos Estados formularon objeciones a tales reservas sobre la base de que ellas resultan incompatibles con el objeto y fin del tratado y contradicen el principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para su fracaso en cumplir con las cláusulas convencionales ratificadas. A tal efecto pueden citarse las objeciones deducidas por Eslovaquia respecto de la reserva efectuada por Qatar, por la entonces Checoslovaquia, respecto de la reserva de Kuwait, por Dinamarca respecto de Djibouti, Pakistán, Siria, Qatar, Botswana, Brunei Darussalam, Arabia Saudita, Singapur e Indonesia, por Finlandia respecto de Jordania, entre otros.

¹² En un informe del año 2004 se señala que existe recientemente una tendencia orientada a revisar y retirar las reservas. Según este informe siete países las han retirado y cuatro lo han hecho sólo en parte. No se indica de qué países se trata. Cfr. *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, cit. *supra* nota 5, *Summary Report*, pág. 4. Sobre el estado actual de las ratificaciones y reservas la información más actualizada, en inglés, puede encontrarse en la página WEB del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11.htm#>.

¹³ A modo de ejemplo, el art. 9 establece: "1. Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño* (...) 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*" (destacado me pertenece). En sentido similar art. 12, entre otros. Adviértase la diferencia con los límites al art. 13 referido a la libertad de expresión, que son los habituales en tratados de derechos humanos y no se refieren a ninguna característica del niño en particular.

¹⁴ Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*".

¹⁵ Formulo esta distinción porque existe un derecho de menores que puede ser caracterizado como de matriz tutelar moderna, desarrollado principalmente en Brasil a partir de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente. No puedo tratar el tema aquí por razones de espacio; por todos, remito a GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdiccional diferenciada*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1989.

¹⁶ En los textos producidos fuera del ámbito regional latinoamericano, la aprobación de la CDN no es presentada como una ruptura sino como una evolución o continuidad cultural en la protección jurídica de la infancia, más allá de que ella constituya un hito relevante. No parece una interpretación descabellada. La CDN no bajó de la luna sino que fue redactada por quienes desde hacía décadas trabajaban por la protección de la infancia en los diferentes países del mundo.

¹⁷ Cfr. art. 4 CDN, los Estados deberán garantizarlos "en la medida de sus posibilidades y con ayuda de la cooperación internacional". Un análisis de este artículo puede encontrarse en RISHMAWI, Mervat, "Article 4: The nature of states parties' obligations", en ALEN, André, VANDE LANOTTE, Johan, VERHELLEN, Eugeen, ANG, Fiona, BERGHMANS, Eva y VERHEYDE, Mieke (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006. Sobre los alcances de la limitación a los derechos económicos, sociales y culturales sobre la base de las posibilidades de los Estados véase la OBSERVACION GENERAL 3. (Comentario General) *La indole de las obligaciones de los Estados Partes* (pár. 1 del art. 2 del Pacto) del 14 de diciembre de 1990, del Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se advierte una aplicación del criterio aquí sentada por parte del Comité de Derechos del Niño en el *Comentario General 4 (2003) Salud y desarrollo adolescente en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* del 1 de julio de 2003. Para una crítica de la metodología de cumplimiento del mencionado Pacto Internacional,

iv. el débil mecanismo de control al Estado¹⁸.

En aquello que se refiere al plano sustantivo, es evidente que para lograr los amplios consensos requeridos para una aceptación casi universal del tratado, muchos temas polémicos están ausentes o bien fueron regulados de manera tal que no quede establecido un estándar categórico. Ello se advierte en lo que se refiere a la definición del sujeto niño, a la falta de consideración de diferentes franjas etarias (niños y adolescentes, por ejemplo), a los derechos sexuales y reproductivos, a la prohibición de castigos físicos, al trabajo infantil, a la adopción, a los límites a la protección, a las tensiones entre derechos-deberes de los padres y derechos de los niños y niñas, entre otros¹⁹.

Agregaré dos argumentos adicionales que caracterizan la lectura que se ha hecho de la CDN en el contexto regional y argentino en particular. Por un lado, la CDN fue planteada como techo y no como piso. Por otro lado, se la hizo ocupar la centralidad del debate en torno de la protección a la infancia.

Todas estas razones —y otras institucionales que no puedo analizar aquí— sumadas a que se trata de un tratado que lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos, dificultaron (cuando no impidieron) en la Argentina un desarrollo mayor de las cláusulas convencionales en términos teóricos y normativos.

Existen no obstante formas de interpretar la CDN que deben ser construidas sobre la premisa hermenéutica de que el tratado fue aprobado para producir efectos en el orden normativo. De esta manera, una interpretación literal que implique ningún cambio en la condición jurídica de la infancia en un sentido emancipatorio en términos de derechos fundamentales sería contraria al tratado, ello a pesar de sus lagunas y ambigüedades.

Precisamente por tratarse de un tratado que tiene las características antes señaladas es necesario entender que éste fijó mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir, aún como tales, con la ayuda del resto de las normas que informan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí la obligación de los juristas de esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un derecho mejor para niños y niñas que realice concretamente sus derechos y no sólo los declare retóricamente con la consecuencia de producir en la realidad mayor descuido, violencia y aflicción.

véase CHAPMAN, Audrey, "A 'violation approach' for monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en "Human Rights Quarterly", n° 18, 1996, págs. 23/66. Se encuentra pendiente la aprobación, por parte de la Asamblea General de la ONU, del Protocolo Opcional a este Pacto, que fue adoptado el 18 de junio pasado, lo que permitiría informes periódicos individuales al organismo encargado de velar por su cumplimiento del modo similar al previsto por el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. Respecto de la CDN se ha iniciado la discusión pero no se ha adoptado aún ningún documento sobre el particular.

¹⁸ Se trata del mecanismo de informes periódicos. Este tema es particularmente importante, ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección en el ámbito latinoamericano evidencian una carencia notable en cuanto descuidan el diseño de dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de derechos. Según una nota aparecida el 9 de febrero de 2006 en "Adital. Noticias de América Latina y el Caribe", luego de quince años de vigencia del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, 19 de los 27 estados brasileños (un 70 %) no cumplen con la exigencia de que exista por lo menos un consejo tutelar en cada municipio. Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

¹⁹ Sobre la historia de todos los antecedentes que condujeron a la aprobación de la CDN en una lectura que claramente no la reconoce como un momento de ruptura sino de continuidad en la evolución de los estándares internacionales de protección a la niñez, tal como fuera señalado en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. IV, pág. 157, véase *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Volumes I and II, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights and Save the Children, New York y Ginebra, 2007.

3. La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho argentino

3.1. Ámbito federal

a) La suscripción y aprobación de la CDN

El 27 de septiembre de 1990 el Congreso Nacional sancionó la ley n° 23.849 —promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año— que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰ —adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año anterior—. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1990.

Tal ley contiene tres artículos que establecen las condiciones de vigencia de la CDN para el derecho interno. Por un lado, el Congreso Nacional hizo reserva de los incisos b), c), d) y e) del art. 21 referidos a la adopción internacional y manifestó que para que rijan esos incisos en el país debería existir “un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”.

Por el otro, el Congreso Nacional declaró respecto del art. 1 de la CDN que debe interpretarse que niño es todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

Respecto del art. 24 inc. 2, f) se interpretó que era obligación de los Estados adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Finalmente, respecto del art. 38, el Congreso Nacional declaró su “deseo” de que la CDN hubiera prohibido terminantemente la utilización de niños en conflictos armados, tal como lo regula el derecho interno argentino, que prevalece en la materia conforme el art. 41 del mismo tratado.

Con esos alcances y desde la fecha de su promulgación de hecho (16 de octubre de 1990), la CDN pasó a formar parte del derecho —federal— argentino²¹ y comenzó a ser de aplicación en todos “(...) los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”²².

²⁰ Este tratado entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, trigésimo día siguiente a la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, conforme el art. 49 de la CDN.

²¹ Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “El tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (arts. 99, inc. 11, de la Constitución Nacional), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional”. En el mismo sentido, “Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional”. CSJN voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Bossert) en Fallos: 318:2639.

²² CSJN voto de la mayoría (Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno, Boggiano) en Fallos: 315:1492.

b) La CDN y la reforma constitucional de 1994

Posteriormente, como consecuencia de la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, la CDN adquirió jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN, con lo que los derechos contenidos en este tratado complementan desde entonces aquéllos que integran la parte dogmática de la Constitución Nacional. Pero no sólo la CDN sino todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país en las condiciones de su vigencia adquirieron entonces rango constitucional. La constitucionalización de estas normas ha sido suficientemente examinada por lo que a los fines que aquí se procuran sólo es importante tener presente algunos antecedentes de la reforma constitucional que ayudan a comprender el mayor uso jurisprudencial de los tratados en general, de reciente data.

En el entendimiento de que la reforma constitucional del año 1994 recogió lo que a esa altura constituía el derecho vigente en el país según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina uniforme²³, es posible afirmar que la inclusión de la CDN en la Constitución no tuvo *per se* mayor impacto normativo; pero que sí tuvo, como señalé en la introducción, un considerable impacto político y comunicacional²⁴. Ello no implica que la reforma constitucional en conjunto no haya tenido algunos efectos en la mejora de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. De hecho, ello sí ha ocurrido, por ejemplo, a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires —consecuencia de la mencionada reforma constitucional—, aspecto al que me referiré más adelante.

c) Incorporación de enmiendas y normas complementarias posteriores

En relación con modificaciones o normas complementarias del tratado en análisis, tres merecen ser mencionadas.

En primer lugar, la Enmienda al párrafo 2 del art. 43 de la CDN que sustituyó la palabra “diez” por “dieciocho”, en relación con el número de comisionados del Comité de Derechos del Niño, institución con sede en la ciudad de Ginebra creada por el mismo tratado para observar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados Parte. Esta casi duplicación de miembros del Comité producida por la queja motivada en las demoras en el estudio de los informes, se aprobó el 21 de diciembre de 1995 en la Sesión Plenaria 97²⁵, sin votación, y fue incorporada al derecho argentino por la ley n° 25.043 que se sancionó el 28 de octubre de 1998 y fue promulgada de hecho el 26 de noviembre del mismo año.

²³ Esto es así porque aún antes de la reforma constitucional —y en particular a partir de 1990 cuando la CDN entró en vigencia para el país—, la contradicción de las prescripciones del tratado con otras normas de derecho interno de menor jerarquía podría haber sido considerada una cuestión federal compleja indirecta para someterla a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tiempo que también se podría haber requerido escrutinio del mismo tribunal pero limitado a la cuestión de la interpretación o alcance del tratado, lo que hubiera constituido un caso de aquellos que los autores llaman “cuestión federal simple”. Ninguno de estos supuestos ocurrió en la realidad; pero que no se hayan planteado juicios que discutieran situaciones donde se alegara que algunas leyes violaban la CDN por acción u omisión con anterioridad a la reforma del año 1994 no significa que no haya existido la posibilidad de hacerlo. Es no obstante interesante preguntarse por qué ese litigio no fue intentado. Cfr. BELOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, en BELOFF, Mary, *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, págs. 17/74. María Laura Clérico me hizo advertir los diferentes matices de la cuestión constitucional aquí analizada.

²⁴ En este sentido es elocuente la contra-tapa de una publicación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia de la Argentina, que recoge el texto de la CDN y de otras normas internacionales referidas a la justicia juvenil, publicación que se re-edita desde hace diez años. Allí puede leerse “Años atrás no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional”.

²⁵ Cfr. A/RES/50/155 del 28 de febrero de 1996.

En segundo lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados²⁶ —aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2002—, fue aprobado por el Congreso Nacional por ley n° 25.616 sancionada el 17 de julio de 2002 y promulgada de hecho el 9 de agosto del mismo año²⁷.

En tercer lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁸ —aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 18 de enero de 2002²⁹—, fue aprobado por el Congreso Nacional por ley n° 25.763 sancionada el 23 de julio de 2003 y promulgada de hecho el 22 de agosto del mismo año³⁰.

En conclusión, el Congreso Nacional tuvo una actitud diligente respecto de la incorporación de la CDN, sus enmiendas y sus Protocolos Facultativos al derecho interno; no así —como explicaré más adelante— respecto de la adecuación del derecho interno en todo cuanto se oponga a las cláusulas convencionales aprobadas, ámbito en el que la legislación federal —tanto por lo que ha regulado tardíamente cuanto por lo que ha omitido regular—, no ha satisfecho la exigencia contenida en el art. 4 del tratado en análisis en cuanto alude a las reformas legales necesarias para dar cumplimiento a los derechos en él regulados.

d) La Ley n° 26.061 ³¹

A comienzos de la primavera del año 2005³² el Congreso Nacional aprobó la ley n° 26.061 llamada “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes”.

Después de quince años de ratificada la CDN se sancionó en la Argentina una norma enmarcada en el estilo de las nuevas leyes latinoamericanas y provinciales (aunque mucho menos extensa), sin considerar aspectos básicos que el dictado en la Argentina de una ley de este tipo, para que tuviera real relevancia normativa, exigía.

Para comenzar, la ley carece de Exposición de Motivos. Resulta llamativo que una ley que, por lo menos en el discurso de quienes la sostuvieron políticamente³³, pretendía transformar casi cien años de prácticas tutelares fuertemente arraigadas en la cultura y en las instituciones nacionales, no justifique ni motive en forma alguna el sentido de su dictado.

Para explicar tal omisión es posible argumentar que la crisis de la cultura tutelar y la demanda por un cambio estaban a la fecha tan instaladas que la necesidad de dictar una ley orientada a cambiar esa cultura era casi auto-evidente. Sin embargo, no lo parece tanto cuando:

²⁶ Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

²⁷ Este Protocolo fue suscripto el 15 de junio de 2000 y ratificado el 10 de septiembre de 2002.

²⁸ Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

²⁹ Este Protocolo fue suscripto el 1 de abril de 2002 y ratificado el 25 de septiembre de 2003.

³⁰ BO 25/8/03.

³¹ Este capítulo es una apretada síntesis de *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. Sobre la "Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes" n° 26.061* en “Revista de Derecho de Familia”, Buenos Aires, Lexis-Nexis, n° 33, marzo-abril de 2006, págs. 1/34, artículo al que remito para un análisis más detallado de esta nueva legislación.

³² Se sancionó el 28 de septiembre de 2005 y quedó promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año.

³³ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación que tuvo lugar el 1 de junio de 2005.

- a) superado el período del encantamiento de comienzos de la década del noventa es hoy por todos sabido que las cláusulas de la CDN se caracterizan por su vaguedad, imprecisión y debilidad normativa;
 - b) esas cláusulas son operativas tanto para la doctrina y cuanto para la jurisprudencia, cuestión reconocida por los propios legisladores en sus debates previos a la aprobación de la ley³⁴;
 - c) las reformas latinoamericanas no han producido en el área de protección de derechos mayores mejoras en las vidas concretas de los niños y niñas —más allá del avance cultural que representa una ley mejor, que en tal sentido es un fin en sí mismo, no un medio;
 - d) gran parte de las provincias argentinas han dictado leyes sobre el tema en ejercicio de competencia positiva para legislar la materia, tal como se indicará más adelante³⁵;
 - e) la ley de Patronato de Menores —en aquello que es derecho local— a la fecha ya había sido derogada por partida doble: de hecho al quedar sin ámbito de aplicación en 1994 a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y con la derogación de los edictos policiales en 1996; de derecho en 1998, porque la ley n° 114 de la Ciudad de Buenos Aires la derogó expresamente;
- por último,
- f) el sistema federal argentino impone un modelo legislativo diferente al del resto de los países latinoamericanos, aún de aquellos federales³⁶, que presupone distinguir claramente qué materias pueden ser reguladas por los estados provinciales y cuáles por el gobierno federal, con qué extensión en cada caso, etc.

Todas estas razones exigían que el Congreso explicara por qué dictaría esta nueva ley, en qué marco, con qué alcances, etc.; pero ello no ocurrió. Más allá de las mejores intenciones de sus impulsores, esta omisión inicial define al conjunto del texto legal en examen como una narrativa que no parece tomarse los derechos más allá de su dimensión retórica ni considerar al proceso legislativo como una actividad muy exigente desde el punto de vista jurídico-formal; en definitiva, parece tratarse de una ley que no se toma *el derecho ni los*

³⁴ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación, 1 de junio de 2005. En el mismo sentido GROSMAN, Cecilia, "La Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados de derechos humanos, también aplicables al niño por ser persona humana, tienen operatividad inmediata. Los derechos consagrados completan e integran el sistema legal y los jueces deben hacerlos efectivos, aunque no sea más que en su expresión mínima, a la espera de una **regulación más amplia y precisa** que determine las condiciones de su ejercicio. Cuando ni la exégesis ni la integración resultan suficientes, están presentes los mecanismos de control constitucional que permitirán el amparo y la declaración de inconstitucionalidad de toda norma que lesione, restrinja o limite los derechos contenidos en los tratados." —destacado propio— en GROSMAN, Cecilia, *Los derechos del niño en la familia ... op. cit. supra* nota 1. Llama la atención la claridad con que la doctrina indicaba desde hacía años la necesidad de desarrollar y precisar los pisos mínimos establecidos por el tratado frente a la deficiente regulación de la norma reglamentaria finalmente aprobada que aquí se comenta.

³⁵ Ver capítulo 3.2.

³⁶ Por ejemplo, México y Brasil, países con mucho mayor grado de concentración de poder en el gobierno federal. Aún cuando, en el caso de México, los estados pueden dictarse normas de fondo, estas reproducen casi literalmente los códigos federales, además de que las legislaturas son controladas por el curioso mecanismo llamado "amparo" que permite prácticamente que cualquier decisión local sea revisada por tribunales federales, aún decisiones electorales.

derechos en serio ya que hace pensar en que la rigurosidad es un aspecto menor cuando de legislar sobre personas menores de edad se trata³⁷.

En segundo lugar, la ley no introduce mayores cambios en la regulación de la condición jurídica de la infancia en su conjunto en la Argentina. Más allá de su peculiar redacción, cada vez que menciona un derecho utiliza el giro: “conforme la legislación vigente” u otro equivalente. Los derechos de los que trata esta ley ya están incluidos en el orden normativo argentino con rango constitucional. Una ley podía “reglamentarlos” si se lo consideraba necesario. Lo que no se comprende bien es que la ley “reglamentaria” reitere esos mismos derechos y remita para darles contenido-operatividad-eficacia a la “legislación vigente”. En este punto en particular, ¿cuál sería el sentido del dictado de normas de este tipo?³⁸

Como ha sido mencionado reiteradamente, adecuar el derecho interno del país a los compromisos internacionales requiere revisiones normativas de consideración, análisis que se hace aún más complejo cuando se trata principalmente de la adecuación a un tratado cuyas cláusulas son, en general, imprecisas y vagas. Nada de ello ha ocurrido con la ley n° 26.061.

La ley se organiza en seis Títulos: I. Disposiciones generales, II. Principios, derechos y garantías, III. Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, IV. Órganos administrativos de protección de derechos, V. Financiamiento y VI. Disposiciones complementarias.

Si se desconocieran el contexto de la aprobación de esta ley y las buenas intenciones de sus artífices no sería difícil concluir que fue sancionada solamente para reformar, a nivel federal y nacional, la estructura administrativa encargada de la protección a niños, así como para crear un nuevo organismo, el “defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, cuya inserción en el propio sistema creado por la ley carece de sentido. Probablemente, esto sea lo único concreto, nuevo, que la ley instituye. De hecho, de los 78 artículos que la integran, 46 se dedican a los aspectos burocráticos. Nada de problemático habría en ello si para tal fin se sancionó la ley, pero no lo sabemos porque, como indiqué, esta carece de Exposición de Motivos y los debates previos y reacciones posteriores parecen indicar que se aprobó para otra cosa.

Por ello sabemos que la ley se aprobó con el fin de transformar la condición jurídica de la infancia y derogar la casi centenaria cultura tutelar. Para ello, el legislador dedicó apenas 32 artículos, algunos de los cuales se repiten o contradicen entre sí, otros son confusos, otros, completamente innecesarios. Sin mayor sistemática, la ley reitera las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituían su piso, no su techo; y sólo logra introducir algunas garantías mínimas que ya eran en muchas jurisdicciones reconocidas por la ley y en otras por la interpretación de los tribunales³⁹.

³⁷ Banalidad normativa puede ser un giro adecuado para referirse a la manera en la que se producen leyes todo el tiempo sin mayores cuidados siquiera formales, cuestión que excede la aquí estudiada ampliamente. La forma alarmante en la que se ha modificado el derecho penal argentino en los últimos diez años es un buen ejemplo de la consideración del proceso legislativo como un fin en sí mismo, para los medios. Poco importa luego la forma en la que esa ley produzca, reproduzca o no produzca efecto alguno en la realidad.

³⁸ A nivel político de lo único que se habló con posterioridad a la aprobación de la ley —en rigor casi simultáneamente con ella— fue de cómo se la reglamentaría, con la ingenua esperanza de que mediante un reglamento se lograrían subsanar los defectos estructurales de su texto. Ello, como era previsible, no ocurrió.

³⁹ En tal sentido es ilustrativo que uno de los artículos publicados en la revista “La Ley” que puede considerarse “pro” ley n° 26.061, concentrado en aspectos procesales, cada vez que pretende señalar un avance que introduciría esta nueva normativa, indica con citas que ya la jurisprudencia resolvía el punto de ese modo.

Probablemente el dictado de la ley se justifique por dos artículos relevantes —más allá de lo burocrático que puede tener incidencia en la implementación de una ley pero que no la tiene en una ley de este tipo y menos en la forma en la que ha sido legislado: el art. 27 y el art. 33 *in fine*.

El primer artículo amplía ligeramente el estándar convencional (arts. 12, 37 y 40) cuando establece:

“Artículo 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.

Los Organismos del Estado *deberán garantizar* a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo *que los afecte*, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- a que su opinión sea tomada *primordialmente* en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia⁴⁰ desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine⁴¹;
- a participar activamente en todo el procedimiento;
- a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.” (resaltado propio)

El segundo artículo fija el estándar que ya habían recogido varias leyes latinoamericanas, criterio clave en materia de adopciones de niños en países con altos niveles de pobreza (que paradójicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos debilitó en su Opinión Consultiva 17⁴²):

⁴⁰ Llama la atención la caracterización de los abogados como “especializados en niñez y adolescencia”. La ley parece estar re-creando una nueva autonomía del derecho de menores, tal como ocurrió en Brasil. Sin embargo, ello tiene lugar en el marco de una norma que pretende abolir para siempre jamás el derecho de menores de matriz tutelar clásica. En esta inteligencia tal definición de la especialidad de los abogados parece ociosa. Es obvio que en un proceso penal un adolescente imputado de delito precisará un abogado versado en derecho penal, en un proceso administrativo a un profesional conocedor del derecho administrativo, en un proceso de familia, a un letrado idóneo en ese ámbito del derecho. En todos los casos, tal como ocurre con los adultos, sería mejor que los abogados que intervengan tengan entrenamiento práctico y experiencia acumulada en casos similares, por lo que serían más adecuados abogados que además de su solvencia en una rama determinada del derecho, tuvieran experiencia en procesos que involucren niños o niñas (del mismo modo que es más adecuado recurrir a un abogado con experiencia en casos de violencia si se tiene un problema de ese tipo); pero ello no permite concluir que exista una especialidad jurídica en “niñez y adolescencia”, por lo menos no con la extensión pretendida por quienes defienden la autonomía de este derecho. Por lo demás, la distinción no responde al sistema de matrícula habilitante para todas las ramas del derecho que rige en el país.

⁴¹ La ley no resuelve otros problemas mayores como la superposición de roles entre el abogado patrocinante, el asesor de menores (art. 59 del Código Civil) y el defensor creado por la propia ley, la representación necesaria por los padres del niño o niña, etc..

⁴² Una crítica al fallo en BeLOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo IV.

“La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.”

Para terminar el punto y en cuanto es útil a la perspectiva aquí adoptada, es claro que con la ley n° 26.061 el Congreso Nacional final y formalmente cerró el capítulo abierto en 1919 con la aprobación de la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 —ley cuestionada hasta por su propulsor Luis Agote como incompleta y coyuntural— y puso fin a una discusión agotada tanto jurídica cuanto políticamente. La importancia de este acto es más simbólica que normativa porque, como expliqué, la ley estaba derogada tácita y explícitamente desde hacía años; y porque el texto de la nueva ley tiene numerosos problemas y —más allá de lo destacado— no avanza sobre otros aspectos fundamentales para transformar la condición jurídica de la infancia y la adolescencia en la Argentina allí donde tales cambios sean necesarios.

En lo sustancial, la ley tiene pocos artículos que pueden ser aplicados sin dificultades: me refiero fundamentalmente a aquellos que desarrollan garantías de debido proceso a esta altura reconocidas por gran parte de la jurisprudencia. En lo formal (que parece ser el aspecto en el que decididamente se explaya la ley), la ley contiene normas procesales y de organización. Las primeras presentan problemas constitucionales diversos; las segundas son las que, *a priori*, pueden tener mayor impacto concreto y podían justificar el dictado de una ley federal en la materia. Sin embargo, el modelo organizacional elegido no logra cumplir tal cometido.

Con todo, debe destacarse el enorme impacto político que ha tenido la ley, sobre todo en las jurisdicciones que cuentan con leyes tutelares inquisitivas o bien en aquéllas que carecían de legislación específica, para promover las demoradas reformas a nivel local.

Con lo expuesto es posible concluir que aunque tardía y deficitariamente, el ideario convencional —tal como ha sido interpretado en América Latina— ha sido adoptado por el Congreso federal con esta nueva norma y por tal razón, ella ha sido incluida en este texto.

3.2. Ámbito provincial

3.2.1. Descripción general de las reformas provinciales

Como señalé en otra oportunidad⁴³, el ideario y algunas prescripciones de la CDN han sido más receptados por las legislaciones provinciales que por el derecho federal, ya que fueron primero y principalmente las provincias argentinas las que han dado cum-

⁴³ Cfr. Belloff, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

plimiento al mandato emanado por el art. 4 de la CDN que exige —como es habitual en este tipo de convenciones— que los estados realicen reformas legales para garantizar los derechos incluidos en el tratado.

Las razones por las cuales al derecho público local argentino le ha resultado más fácil renovarse o re-fundarse a partir de la CDN exceden el propósito de este artículo⁴⁴. No obstante es importante en esta evaluación sobre el impacto de este tratado en la Argentina tener presente que la producción en serie de leyes sin adecuaciones a la singularidad de cada lugar y sin un correlato de transformaciones institucionales en la misma línea, en un modelo que se propone —por lo menos a nivel retórico— descentralizar la atención y acercar la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño, no puede sino tener enormes dificultades de implementación.

A la fecha gran parte de las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia. En prácticamente todas las provincias se han dictado leyes que tienen como objetivo declarado adecuar el derecho local a la CDN. Así Mendoza⁴⁵, Chubut⁴⁶, Neuquén⁴⁷, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁸, Tierra del Fuego⁴⁹, Río Negro⁵⁰, Salta⁵¹, San Juan⁵² y Provincia de Buenos Aires⁵³ —ésta en una particular situación—, además de

⁴⁴ Algunas hipótesis son exploradas en BeLOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, ibidem.

⁴⁵ La ley de Mendoza n° 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primer ley provincial dictada luego de la ratificación de la CDN por la Argentina.

⁴⁶ Ley n° 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997.

⁴⁷ Ley n° 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, del 7 de diciembre de 1999.

⁴⁸ Ley n° 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 3 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Ley n° 521 de Protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Ley n° 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

⁵¹ Ley n° 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999.

⁵² Ley n° 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior ley n° 1156.

⁵³ En la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la ley n° 12.607 y la ley n° 13.298 que en líneas generales son similares a las otras leyes provinciales previamente aprobadas.

Esta provincia presenta el caso más curioso de resistencia al cambio normativo, sólo comparable con la situación que se ha dado en Guatemala. En efecto, la entrada en vigencia de la ley n° 12.607, aprobada por unanimidad por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, fue suspendida en un caso impensable si se tratara de otra materia, por una medida cautelar dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a pedido del titular del Ministerio Público Provincial, medida cautelar que se extendió por más de dos años sin que se resolviera sobre el fondo del asunto. El conflicto, básicamente, se reducía a la desjudicialización propuesta por la ley de algunas cuestiones vinculadas con la protección a los niños. En la práctica, ello significó que los Tribunales de Menores de la provincia continuaran aplicando el Decreto-ley n° 10.067, retuvieran las competencias asistenciales —transferidas por la nueva ley a los municipios— y no aplicaran los derechos y principios emanados de la Convención, situación particularmente grave en relación con los niños y adolescentes imputados de haber cometido delitos.

En el año 2002 la Legislatura provincial convirtió lo que era un claro conflicto de poderes y un asunto de gravedad institucional en un acuerdo: aprobó una ley que convalidaba la decisión de la Corte. Finalmente, la Corte rechazó la acción, mientras la Legislatura siguió aprobando leyes que prorrogaban la vigencia del Decreto-ley n° 10.067, hasta que nuevamente aprobó una ley, la n° 13.298, cuya vigencia también fue suspendida por una nueva medida cautelar solicitada por la Procuración General. Como ocurrió con la ley n° 12.607, el tema de fondo no se resolvía y mientras tanto los niños y niñas de la provincia seguían esperando tener abogados defensores, conocer la imputación que existe en su contra por un órgano independiente como el fiscal, no ser detenidos sino por flagrancia u orden escrita de autoridad competente, no ser separados de su familia por razones de pobreza, derechos elementales de cualquier persona, no por la sensibilidad individual de algunos funcionarios y magistrados —que siempre existieron— sino por imperativo legal, que eventualmente pudo haber sido resuelto por la jurisprudencia. Para junio de 2008 se previó la entrada en vigencia de la nueva ley, con nuevos funcionarios, jueces y magistrados, de modo gradual en los diferentes Departamentos Judiciales. Ver sobre el tema BeLOFF, Mary, *Un fallo tardío pero dichoso*. (Comentario a la sentencia I.2278 "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia v. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad Ley 12.607. Acción de inconstitucionalidad"), en "Revista de Derecho de Familia", 2003-I, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, págs. 72/93.

Misiones⁵⁴, Jujuy⁵⁵, Chaco⁵⁶ y Córdoba⁵⁷ han dictado leyes de protección a la infancia, con modalidades y alcances diferentes, con posterioridad a la aprobación del tratado en análisis por parte del gobierno federal.

Por otro lado, más allá del dictado de una ley dirigida explícitamente a regular derechos de niños y niñas en una provincia, existen otras materias⁵⁸ que involucran estos derechos y que en algunos casos han considerado a la CDN entre los fundamentos para su dictado⁵⁹.

En este marco merece ser destacada la circunstancia de que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma constitucional, sobre la base de que las provincias asumieron competencia positiva para legislar con un nuevo enfoque sobre el tema, tal como algunas, en especial las del Centro y Norte del país, lo habían venido haciendo a lo largo de todo el siglo XX, o bien como una oportunidad para dictar leyes en un ámbito en el que no existían normas locales específicas, como ocurrió en algunas provincias jóvenes de la Patagonia (Chubut o Neuquén, por ejemplo)⁶⁰.

En síntesis, más de la mitad de las provincias argentinas han aprobado, —en ejercicio de facultades de protección a la niñez no delegadas al gobierno federal⁶¹— leyes con mayor o menor grado de desarrollo de los derechos contenidos en la CDN, con mayor o menor detalle en los mecanismos institucionales y de exigibilidad, que reproducen en mayor o menor medida el modelo de legislación latinoamericana o provincial para la niñez de la

⁵⁴ Ley n° 3.820 "Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes", aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la ley n° 3.883.

⁵⁵ La ley n° 4.722 de "Protección a la Minoridad" aprobada el 4 de noviembre de 1993 expresamente adhirió a la ley aprobatoria de la CDN n° 23.849 (art. 2). La Rioja aprobó una ley de "Protección integral del niño-a y del adolescente" n° 7.590 el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003.

⁵⁶ La provincia del Chaco dictó una ley n° 4369 aprobada el 12 de diciembre de 1996 denominada "Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia", que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares clásicos (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21 entre otros).

⁵⁷ En el mismo sentido la provincia de Córdoba aprobó la ley n° 9.053 el 30 de octubre de 2002 que revela una sofisticada técnica legislativa —característica de la provincia mediterránea— y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (ley n° 9.324 y concordantes) y Santa Fe (ley n° 11.452 aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional la reciente ley de San Luis n° 5.573 aprobada el 22 de abril de 2004, que crea Juzgados de Familia y Menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la ley n° 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley.

⁵⁸ Tal es el caso de las leyes que regulan sobre salud, educación, contravenciones y faltas (que a su vez incluyen las normas vinculadas con las adicciones: básicamente tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones a sustancias prohibidas, superpuestas con normas vinculadas con el derecho a la salud), alimentos, trabajo, toda las leyes orgánicas (defensa, ministerio público, poder judicial, organismo del ejecutivo), policía, violencia familiar, planes materno-infantiles, sistemas de registro e identificación del recién nacido, programas para jefes y jefas de hogar, programas para niños con necesidades especiales, regulación de Internet, las adhesiones a tratados suscriptos por la Nación y convenios con organismos nacionales.

⁵⁹ Lo mismo ocurre en el ámbito federal, tal como señalé en el primer apartado. Un estudio de las reformas legales a nivel provincial relacionadas con los derechos de niños y niñas que no se limite a las normas explícitamente denominadas de protección de niños está también pendiente de realización en el país.

⁶⁰ Lo que reafirma la tesis de que la ley n° 10.903 en este punto específico fue una ley local para la Capital Federal y los territorios nacionales. La mayoría de los "territorios" o "gobernaciones" nacionales fue provincializada por las leyes n° 14.037 del 20 de julio de 1951 (Chaco y La Pampa) y 14.408, sancionada el 15 de junio de 1955 (Formosa, Chubut, Neuquén y Río Negro), proceso que —con excepción del régimen implementado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (arts. 3 y 129)— culminó con la creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, mediante el dictado de la ley n° 23.775 del 26 de abril de 1990.

⁶¹ De acuerdo con la tesis que asume que siendo estas competencias tales, aún la Ley de Patronato de Menores n° 10.903, en lo pertinente, fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de facultades como legislatura local para los territorios nacionales y la Capital Federal. Cfr. Belloff, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

década del '90. Por ello es posible afirmar que es en el ámbito provincial donde la CDN ha sido el motor de las mayores transformaciones normativas en el país.

En el siguiente apartado me concentraré en la Ciudad de Buenos Aires como caso emblemático del tipo de transformaciones legales a las que acabo de aludir.

3.2.2. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El ejemplo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy útil para explorar el impacto indirecto de la CDN en el derecho argentino. Como es ampliamente conocido, la Ciudad de Buenos Aires adquirió autonomía⁶² como consecuencia del llamado Pacto de Olivos, que motivó la reforma de la Constitución federal en 1994 —aquella que entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporó la CDN al texto de la Carta fundamental— y de la ley n° 24.588 de “Garantía de los intereses del estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”.

Esta autonomía implicó que la Ciudad se dictara, en primer término, una constitución. Esta fue sancionada el 1 de octubre de 1996 e incluyó a quienes denominó “niños, niñas y adolescentes” en el Capítulo 10⁶³:

“ARTÍCULO 39.- La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

- La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización.
- El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.
- Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.
- Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten

⁶² En adelante la Ciudad. Ver artículo 129 de la Constitución Nacional: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁶³ También reconoció derechos a los jóvenes en el Capítulo 11: “Artículo 40. La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su integral inserción política y social y aseguren, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector.

Promueve su acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social.

Crea en el ámbito del Poder Ejecutivo y en las Comunas, áreas de gestión de políticas juveniles y asegura la integración de los jóvenes”.

Promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos”.

acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales.”

En consonancia con el modelo constitucional adoptado, la carta fundamental del nuevo estado incorporó específicamente como titulares de derechos a diferentes grupos, entre ellos el de quienes llamó —por primera vez en el orden local— “niños, niñas y adolescentes”. Les reconoció derechos y garantías específicos:

- a) a ser informados, consultados y escuchados, sin limitación alguna, en lo que constituye un estándar más alto que el de la CDN, que limita notablemente estos derechos;
- b) a la intimidad y privacidad, otra vez, sin limitaciones;
- c) la posibilidad de reclamar por sí en caso de que estén “afectados o amenazados” —probablemente a ello se refiera concretamente la primera oración cuando establece que se los reconoce como sujetos “activos” de sus derechos;
- d) a su “protección integral” (pero no sabemos qué significa “protección integral”⁶⁴, ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha⁶⁵);
- e) prioridad dentro de las políticas públicas (garantía genérica);
- f) protección especial a los privados de medio familiar procurando alternativas a la institucionalización;
- g) y protección especial de las víctimas de tráfico y explotación sexual.

De manera que, más allá de los derechos genéricos, dentro del grupo de niños, niñas y adolescentes, los subgrupos merecedores de protección constitucional específica son dos: privados de su medio familiar y víctimas de tráfico y explotación sexual⁶⁶.

Merece también ser mencionada la transformación ocurrida con los edictos policiales. Estos constituían la puerta principal de ingreso de causas tutelares a la justicia nacional de menores. La Constitución porteña los abolió⁶⁷ probablemente no por una preocupación vinculada con la protección de niños en clave tutelar sino por otros motivos relacionados con el control social urbano en general, históricamente en manos policiales. Posterior-

⁶⁴ Es del caso recordar, una vez más, que el Régimen Penal de la Minoridad aprobado a comienzos de la década del 80 bajo gobierno de facto mediante ley n° 22.278 —posteriormente validado como la mayoría de las leyes del período militar—, refiere a la “protección integral” de los menores. La expresión ha sido tomada a partir de los años ‘90 para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aún por mi misma) también con algo de ligereza, de “situación irregular”. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas como la que aquí se señala.

⁶⁵ Cf. CIDH, Opinión Consultiva n°. 17: “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Un análisis crítico de esta opinión consultiva en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Cap. IV, cit. *supra* nota 42.

⁶⁶ No hay mayor registro de por qué el artículo quedó redactado de esta manera y no consideró otros subgrupos de niños y niñas cuyos derechos merecieran especial protección.

⁶⁷ Un caso que involucró a un menor de edad contribuyó directamente a esta decisión política. Se trata del caso de Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien fue detenido el 19 de abril de 1991 en una *razzia* organizada por la Policía Federal, fue trasladado a la comisaría con otros jóvenes, encerrado, golpeado en un calabozo y murió después en un hospital. Como consecuencia de ese episodio que provocó una considerable movilización social se derogó el llamado *Memorandum 40* de la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía Federal Argentina y se reformó la ley de detención por averiguación de antecedentes. El Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 18 de septiembre de 2003, doce años después.

mente, en su reemplazo, la Legislatura dictó un Código Contravencional que estableció que los menores de dieciocho años de edad no son punibles por contravenciones, con lo que se produjo un cambio trascendental en las políticas de control social urbano de los adolescentes en el territorio porteño cuyo análisis excede el propósito de este artículo, pero que tiene la mayor relevancia teórica y empírica.

Al reglamentar el artículo 39 constitucional, la Ciudad de Buenos Aires asumió, al igual que otras provincias, facultades para legislar en materia de protección de derechos de niños y niñas. Así dictó la ley n° 114 en consonancia con la tesis que he defendido consistente en que, en principio, estas facultades eran locales y no federales⁶⁸.

Este intenso proceso legislativo porteño no parece haber sido directamente determinado por la aprobación de la CDN. Sin embargo, lo ha sido por lo menos de manera indirecta ya que ella fue invocada en los debates de la constituyente local y en los debates legislativos tanto a la hora de aprobarse el art. 39 constitucional porteño⁶⁹ —arriba transcripto— cuanto la ley n° 114⁷⁰.

Por otro lado, esta ley local n° 114 *derogó expresamente*⁷¹ la ley nacional n° 10.903 de Patronato de Menores. Esta fue dictada en 1998 por quienes tenían competencia constitucional para hacerlo ya que la ley n° 24.588 de “Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como ley Cafiero, no limitó a la Ciudad en este aspecto. Además, ya desde 1994-6 la Ley de Patronato de Menores había perdido ámbito territorial de aplicación con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ya que para entonces no existían más territorios nacionales en los que pudiera aplicarse (salvo la reducida jurisdicción federal).

Ello no significó que para el momento en que estos cambios se produjeron el gobierno nacional hubiera cesado, en la práctica, su intervención en el ámbito local. Este continuó actuando a través de sus órganos judiciales (jueces de menores y de familia de la justicia nacional así como jueces federales⁷²) y del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Esto se explica porque por el modo en el que se produjo la autonomía porteña, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura local; y por ese motivo la ley n° 114, en ciertos aspectos, está incompleta. Pero es evidente que estas intervenciones tutelares en el ámbito local son *de facto*, ya que la protección —en términos de atención directa— a los

⁶⁸ Cfr. BELOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

⁶⁹ Cfr. sesión del día 27 de septiembre de 1996 de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicada en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 1996, Tomo III, pág. 279 y siguientes.

⁷⁰ Cfr. versión taquigráfica de la trigésimo segunda sesión ordinaria de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tuvo lugar el día 3 de diciembre de 1998, pág. 60 y siguientes.

⁷¹ Cláusula transitoria segunda.

⁷² El reciente caso de un juez federal que adoptó medidas tutelares en el marco de un proceso seguido contra menores *skinheads* punibles por lesiones graves provocadas a otro menor, medidas consistentes en visitar la Fundación Memoria del Holocausto y recibir allí un curso dictado por el propio juez, es ilustrativo respecto de la amplitud de las facultades discrecionales de los jueces en el marco de la ley de Patronato de Menores, aquí en clave “progresista” pero con idéntica justificación legal. Cfr. Revista “La Ley”, Año LXIX, Nro. 249, viernes 23 de diciembre de 2005, pág. 5.

niños se ha transformado en el ámbito local, por imperio de la ley n° 114, aún para los casos de niños y niñas autores o víctimas de delitos.

Por otro lado, aún si se aceptara que la ley n° 10.903 de Patronato de Menores es una ley nacional, pero es contraria a la CN, ésta no podría tener primacía como ley nacional sobre las provinciales de signo diferente. Por este motivo la solución que un juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires encontró frente a la ineficiencia de las intervenciones del ejecutivo local en casos de protección a adolescentes travestis víctimas de explotación sexual, consistente en considerar de aplicación la ley nacional n° 10.903 y dar intervención a la justicia nacional de menores es, más allá de otras consideraciones, desafortunada desde el punto de vista jurídico, tal como lo ha resuelto adecuadamente la Cámara de Apelaciones local⁷³.

La transformación que se ha dado en este tema en el territorio porteño es notoria en los casos de niños y niñas acusados o víctimas de contravenciones o de delitos transferidos al ámbito local. Según el derecho local los menores de dieciocho años no son punibles de contravención⁷⁴ salvo las de tránsito. Esta acertada decisión del legislador local de excluir del reproche penal contravencional a los menores de edad⁷⁵ —que se ha mantenido con ligeras variantes en todas las versiones del Código Contravencional desde su primer redacción— ha significado como sostuvo una transformación sustancial de la manera en la que se lleva adelante el control social formal urbano sobre menores de edad. En efecto, desde la derogación de los edictos policiales —puerta de acceso a las disposiciones tutelares de la justicia nacional de menores a través de lo que se conocía como “amparo-ley 10.903”—, los expedientes tutelares de la justicia de menores se han reducido a los casos de menores imputados o víctimas de delitos (art. 14 ley n° 10.903). Ya he señalado que aún en estos casos las disposiciones son *de facto*, basadas sobre la aplicación de una ley derogada; no obstante, es importante tener presente la significativa reducción de la intervención de estos juzgados penales en cuestiones meramente sociales. Como se ha señalado en otra oportunidad, algunas de estas causas “asistenciales” son ahora materia de intervención de los juzgados nacionales de familia; pero aún admitiendo el aumento de la intervención de estos juzgados no penales, la transformación que se ha dado en el ámbito local en términos de reducción del control social formal del Estado en cuestiones de protección de niños y niñas merece ser destacada⁷⁶.

En síntesis, estos cambios, consecuencia de las transformaciones legales a las que hice referencia al comienzo de este apartado, son también —e indirectamente— producto de la CDN.

⁷³ Cfr. CAContr., Sala II, causa n° 1101/CC/01, “M. N. R. s/ art. 71 s/ apelación”, sentencia 1294, 20/12/01.

⁷⁴ Art. 11 inc. 1° del Código Contravencional vigente.

⁷⁵ Sobre la despenalización de infracciones penales de menor envergadura conforme los estándares internacionales ver BELOFF, Mary, *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual* en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2005.

⁷⁶ Esto no significa que el enorme complejo institucional creado para la protección de niños y niñas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea eficiente. Los recurrentes e insólitos conflictos al interior del Ministerio Público tutelar así como la desconexión entre los múltiples actores públicos dentro del ámbito del Ejecutivo que tienen por misión velar por la plena vigencia de los derechos de niños y niñas en el ámbito local dan cuenta de la inadecuación institucional del diseño adoptado pese a la claridad conceptual y política de los operadores en términos de derecho internacional de los derechos humanos.

4. Recepción de la CDN por la jurisprudencia

Tal como indiqué en el primer capítulo, la CDN integra el derecho federal argentino desde 1990. Sin embargo, su uso por los tribunales en los primeros diez años de su vigencia fue entre escaso y nulo, a pesar de que, aún antes de la reforma constitucional que incorporó éste y otros tratados al texto de la norma fundamental, la jurisprudencia de la CSJN indicaba claramente la forma en la que estos tratados debían ser aplicados en el derecho positivo argentino⁷⁷.

En ese período pueden encontrarse pocos fallos de la CSJN que utilizaron entre sus argumentos a la CDN sin mayor análisis y orientados a reforzar la tesis central del caso⁷⁸. Lo mismo puede advertirse en la jurisprudencia de algunas cámaras federales, en particular de la Cámara Federal de San Martín⁷⁹ y eventualmente alguna decisión de la Cámara Federal porteña, así como en algunas decisiones de la justicia nacional civil y de familia.

No obstante, sobre el final de la década de 1990, por razones que aún no han sido suficientemente estudiadas pero entre las cuales la incorporación al texto constitucional debe ocupar un lugar central, se advierte un uso mucho más intensivo de los tratados por los tribunales locales, de los que da cuenta este libro en su anterior y en esta edición. La modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la difusión del derecho internacional de los derechos humanos tanto en lo procesal cuanto en lo sustantivo, expresado en publicaciones, foros, seminarios, etc., la conciencia de los operadores del sector justicia de la existencia de un tribunal supranacional y de la responsabilidad internacional del estado que podrían acarrear sus actos al margen del derecho convencional ratificado por el país, la cantidad de egresados de Facultades de Derecho, en particular de la Universidad de Buenos Aires, entrenados en derecho internacional de los derechos humanos y en su aplicación en el derecho interno, el activismo de algunas organizaciones privadas dedicadas al tema, entre otras, pueden explicar esta importante transformación de la práctica judicial argentina.

Curiosamente, la nueva jurisprudencia que incorpora normas, sentencias e informes internacionales no ha producido una correlativa nueva forma de argumentación legal que la novedad de la fuente del derecho ahora utilizada exigía. En la mayor parte de los casos este conjunto de normas internacionales convencionales y no convencionales se incorpora al texto de la decisión mediante transcripciones sin análisis alguno.

⁷⁷ Un estudio del uso de la CDN por los tribunales nacionales y federales puede encontrarse en WEINBERG, Inés M. (directora), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

⁷⁸ Cfr. CSJN Fallos: 318:1269 donde se interpreta el art. 3 respecto de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; y Fallos: 323:854 referido a una cuestión de competencia resuelta por aplicación también del mismo art. 3 CDN.

⁷⁹ Por ejemplo, la Cámara Federal de San Martín en un fallo pionero que fijó mínimas garantías de debido proceso en los procesos seguidos contra adolescentes infractores, estableció que "toda imputación contra un menor al que se considere no punible debe ser precedida de la comprobación del delito (...)" que permita en los términos del art. 193 del Cód. Procesal Penal de la Nación examinar "si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad (...)" y "establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad (...), como así también determinar si el menor ha cometido el hecho investigado, y la necesidad de que el mismo sea oído ante los estrados judiciales". Asimismo que "la Convención Internacional de los Derechos del Niño (...) estableció que cuando se le atribuía a un menor la comisión de un delito y se tomaba respecto de él una medida que implicaba de alguna manera una restricción de derechos y que, en cierta forma, se originaba en el ingreso al sistema penal a través de ese suceso, debía escucharse al niño para que efectuara su descargo y ofreciera la prueba que creyera pertinente, debiéndose resolver su situación en relación al hecho (...)" Cfr. "M., H.s/L.23.737", CFMSM, Sala II, Sec. Pen. N° 4, Reg. N° 1529; en sentido similar CFMSM, Sala II, causa n° 1681, "G., R. A s/ inf. ley 23.737", resuelta el 28/09/00.

Por razones de espacio, me concentraré en algunas decisiones recientes de los tribunales argentinos que estimo representativas de la forma en la que la jurisprudencia ha comenzado a utilizar el tratado en análisis, de sus problemas y proyecciones futuras.

4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales

La CDN ha sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales⁸⁰ en varios precedentes, aunque ninguno ha tenido por objeto directa y exclusivamente la discusión en torno de su aplicación. El uso de este tratado —en la forma antes descripta— ha ido incrementándose en los últimos años, tal como ha sido señalado, por las diversas razones antes aludidas.

Por su actualidad —y por limitaciones de espacio— me concentraré en dos decisiones recientes que evidencian el mayor uso del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia por la Corte Suprema. Se trata de un primer caso, llamado caso “Verbitsky”⁸¹, donde el máximo tribunal federal utilizó diversas normas internacionales (convencionales y no convencionales), jurisprudencia y otras fuentes con un criterio amplísimo y de forma bastante dogmática y por demás imprecisa en un capítulo dedicado a menores de edad y enfermos detenidos en dependencias policiales; y de un segundo caso, llamado “Maldonado”⁸², donde la Corte utilizó un criterio más acotado y mayor desarrollo argumental aunque con algunos párrafos que evocan el estilo “transcriptivo” del fallo anterior. Ambos casos se relacionan con la justicia penal: el primero trata de la condición de personas detenidas en la provincia de Buenos Aires y contiene algunas referencias a los menores de edad; el segundo específicamente se refiere a la situación de un condenado de diecisiete años al momento del hecho, al que según el Régimen Penal de la Minoridad puede aplicársele, entre otras opciones, la pena prevista en el Código Penal para los adultos, en el caso discutido, la prisión perpetua en los términos del art. 13 del Código Penal según texto anterior a la reforma de la ley n° 25.892⁸³.

⁸⁰ En una decisión temprana: “(...) una medida tutelar como la dispuesta en autos, sólo debe ser adoptada cuando se halle verificado que el menor en cuestión se encuentra en alguna de las situaciones previstas por la ley 22.278 (artículo 1º, cuarto párrafo). Lo contrario importa una injerencia arbitraria del Estado en la vida privada del menor y de su familia (natural encargada de la educación de los hijos) y por ello, violatoria de la preceptiva contenida en la ley 23.849, que incorpora como ley suprema de la Nación la Convención de los Derechos del Niño (...).” Cfr. CCCF, Sala II, causa n° 9008, “Marcenal, Esteban L. infr. Ley 23.737”, sentencia del 8 de junio de 1993 registrada con el nro. 9913. En sentido similar C. 10.883 “Rec. de apelación en causa 877”, CCyCF, Sala II, sentencia 11950 del 4 de mayo de 1995: “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 tutivo legislado en beneficio del menor por intermedio de las leyes 10.903, 14.394 y 22.278 debe armonizarse con la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales elaboradas sobre la materia que otorgan al menor mayores garantías.”

⁸¹ Recurso de Hecho, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, causa n° 856. XXXVIII, sentencia 3/05/2005.

⁸² Recurso de hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174C—”, causa n° 1022. XXXIX, sentencia del 7/12/2005.

⁸³ Según ese régimen y en atención a que los antecedentes de los menores de edad no pueden ser considerados para declaraciones de reincidencia, la libertad condicional podría obtenerse de cumplirse los otros requisitos legales, a los veinte años de condena; en tanto la posibilidad de acceder al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad podría obtenerse a los doce años (arts. 17 de la ley n° 24.660 y 27 del decreto n° 396/99). No estaban en discusión estas normas en este proceso.

En forma sintética, puede decirse que la Corte utilizó en el fallo *Verbitsky* a la CDN como norma complementaria a otras normas internacionales, a fin de fijar un estándar sobre condiciones de detención de menores con encarcelamiento preventivo; en tanto, en el fallo *Maldonado* por primera vez la Corte consideró y *descartó* un posible conflicto entre el Régimen Penal de la Minoridad (leyes n° 22.278-22.803) y el tratado, en cuanto el primero permite aplicar penas del Código Penal a quienes hayan sido declarados penalmente responsables por delitos cometidos entre los dieciséis y los dieciocho años no cumplidos. Lo hizo mediante una interpretación que demanda disminuir la pena en estos casos conforme la propia ley lo autoriza.

Por otro lado, también respecto del punto relacionado con la asistencia letrada, la ley no resuelve problemas mayores como la superposición de roles entre el abogado patrocinante, el asesor de menores (art. 59 del Código Civil) y el defensor creado por la propia ley, la representación necesaria por los padres del niño o niña, etc.).

a) El caso “*Verbitsky*”⁸⁴

En un fallo que tiene varios aspectos relevantes en términos de avances del rol de la judicatura en la protección de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad —consecuencia de un recurso de *hábeas corpus* colectivo interpuesto por una organización civil respecto de detenidos en la provincia de Buenos Aires⁸⁵—, la Corte Suprema dedicó quince páginas al tema: “Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional”.

Sin explicar por qué se incluyó en el mismo capítulo a menores de edad y a enfermos⁸⁶, la Corte fija en el primer párrafo del voto de mayoría lo que parece ser su conclusión sobre el tema:

“42) Que la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ellos se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte

⁸⁴ Un análisis interesante (y algo optimista) del fallo con citas que remiten a gran parte de los artículos por éste provocados, en Courts, Christian, *El caso “Verbitsky”: ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, en Revista “Nueva doctrina Penal”, 2005/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, págs. 529 y siguientes. No es posible extenderse sobre el análisis de este peculiar fallo que con certeza otros autores en este libro lo analizarán profusamente. Quiero no obstante señalar cierta ligereza que caracteriza a la jurisprudencia reciente de la Corte en esta materia. Afirmaciones fundamentales tales como “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” requerían alguna explicación y justificación adicional a una afirmación dogmática. Más de cien años lleva la Corte discutiendo cómo se incorpora el derecho internacional al derecho interno y el tema merecía un desarrollo argumental siquiera mínimo.

⁸⁵ Se trata del Centro de Estudios Legales y Sociales.

⁸⁶ La Corte podría haber explicado que se trata de grupos que tienen derecho, por diferentes razones, a una protección especial, que es probablemente lo que quiso sostener; pero desde el punto de vista narrativo, la inclusión en un mismo grupo “vulnerable” de dos categorías claramente diferentes no parece atinada.

de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente”.

Más allá de la curiosa redacción, afirmar tan categóricamente y sin ninguna explicación adicional que la “ideología tutelar” es “incompatible con la normativa internacional vigente” explicita un juicio teórico discutible, completamente innecesario para sostener los argumentos legales del fallo. Además, tal “declaración” opera como un *boomerang* cuyo efecto debilita los argumentos jurídicos en lugar de reforzarlos⁸⁷. Finalmente, contradice posiciones anteriores de la Corte en el sentido de utilizar a la CDN como expresión del derecho tutelar de menores sin dar explicaciones que justifiquen la adopción de un criterio diverso⁸⁸. Ciertamente es posible sostener que existen diferencias entre el tradicional derecho de menores y el emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, pero ello requeriría, de sostenerse, una justificación argumental en el fallo que está ausente.

En adelante la decisión sólo transcribe de manera asistemática y sin el menor análisis ni justificación para su incorporación a la sentencia: normas y jurisprudencia internacionales —generales⁸⁹ y específicas⁹⁰ respecto de personas detenidas y de niños y adolescentes—,

⁸⁷ Hace tiempo ya que se señala que, en rigor, no hay ruptura sino continuidad en la concepción de protección a la infancia desarrollada a lo largo de las últimas décadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Ver *supra* nota 13.

⁸⁸ Cfr. CSJN *Fallos*: 305:1171; 315:752; 323:2388; 324:908.

⁸⁹ La Corte cita en el párrafo 50): la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), entre otras normas generales.

⁹⁰ “Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que ‘Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663C31-7-57 y 2076-13-5-77)”.

También:

“49) Que respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: ‘No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad’. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física) que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”; y

“51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

informes de cuerpos de monitoreo de tratados como el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes⁹¹ y el Comité de Derechos del Niño⁹².

También incluye jurisprudencia de la Corte Europea y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que no trata directamente de menores ni de personas detenidas enfermas (salvo un caso citado) sino que se refiere al agravamiento de condiciones de detención en general y respecto de personas con prisión o arresto antes de la condena.

En particular, el fallo en este capítulo transcribe muchos párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”⁹³. La Corte realiza una síntesis de la sentencia (de la cual, es del caso señalarlo,

⁹¹ Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto de las Torturas y las Penas o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art.10) del 30 de julio de 1982, Observación General n° 9 del 10 de abril de 1992, la Observación n° 20 y 21 del 10 de abril de 1992. “Interpretando dicha convención, recientemente las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes dictó ‘sus Conclusiones y Recomendaciones’, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33 Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004). Allí señaló los ‘Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención’ para lo cual tomaba ‘nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social’. No obstante, señaló ‘que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura’. Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes: 1. d) La no implementación uniforme de la Convención en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional. 2 (f) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría ‘niños de la calle’ y mendigos, en comisarias de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte.

3 (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes. 4 (i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte.

5 (j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación.

6 (m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.

A partir de ello el Comité fijó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1. (d) Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aun que las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales; (...)

2 (g) Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por ‘motivos asistenciales’ en todo el territorio nacional; (...).

3 (h) Adopte medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad;

4 (i) Considere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva; (...)

4(m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas; (...)

5 (o) Establezca un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención;

6 (p) Establezca y promueva un mecanismo efectivo dentro del sistema penitenciario para recibir e investigar denuncias de violencia sexual y proveer de protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas; (...)

7 (r) Informe al Comité en el plazo de un año sobre las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los aps. e, f, l y o del presente párrafo”.

⁹² “51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

⁹³ Resuelto el 2 de septiembre de 2004, conocido como caso del “Panchito López”, nombre con el que se conocía popularmente en Paraguay el tristemente célebre reclusorio de menores.

es difícil pero no imposible extraer estándares) y transcribe las conclusiones⁹⁴. En particular, el fallo parece querer destacar mediante largas citas, entre otras, la obligación del Estado que se encuentra en una posición especial de garante respecto de los privados de libertad, de garantizar la vida, dignidad e integridad personales de los reclusos, claramente contenida en esta decisión de la Corte Interamericana. Recuerda también el fallo la concepción de esta Corte regional de que el derecho a la integridad comprende no sólo la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia sino la adopción de medidas apropiadas para garantizarlo. La Corte Suprema no menciona que el único estándar específico en relación con niños (más allá de las consideraciones generales respecto de la protección a las personas detenidas y en particular con prisión preventiva) que fija la sentencia del caso “Panchito López” se relaciona precisamente con las obligaciones positivas del Estado: esto es, el deber de brindar especial protección a los más vulnerables (niños marginalizados) entre los vulnerables (niños), que se encuentran bajo custodia del Estado (detenidos).

El fallo concluye con otras citas desordenadas de otros precedentes de la Corte Interamericana para recordar que, según este Tribunal regional, existe un *corpus juris* internacional de protección de los niños integrado por la CDN y otras normas (la cita originaria corresponde al fallo “Villagrán Morales”, no a la OC 17 ni a “Panchito López”, que remiten a ese primer caso histórico de la Corte Interamericana en materia de protección a niños). Si bien no surge con claridad de la sentencia, es posible interpretar que ese *corpus juris* internacional que la Corte Interamericana incorporó en su competencia contenciosa y luego en su competencia consultiva, rige también en el derecho interno argentino.

En síntesis —y más allá de otros varios aspectos por los que esta decisión es trascendental—, en materia de niños y adolescentes detenidos en comisarías⁹⁵ la Corte utilizó la CDN tangencialmente, al repasar el marco general de normas internacionales referidas a la protección de personas detenidas y al transcribir partes del informe del Comité de Derechos del Niño —órgano creado por la CDN para monitorear el cumplimiento del tratado— para Argentina. La Corte no analizó las cláusulas de la CDN ni de las otras normas citadas; no obstante, su incorporación casi ritual al texto de las sentencias permite concluir que ellas son derecho vigente en el país, lo que constituye un avance fundamental en la protección de personas detenidas en general y de niños en particular. Por otro lado, tal como señalé,

⁹⁴ “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁹⁵ Según informes del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, al momento de dictarse esta sentencia no había más menores de edad detenidos en comisarías en esa jurisdicción.

en este caso no hubo análisis alguno sobre los alcances del derecho internacional de los derechos humanos de los niños en el derecho interno, pero al menos ya se ha dado un primer paso. Es de desear que en el futuro la Corte sea más precisa y articulada en la fijación de sus estándares jurídicos en la materia.

b) El caso Maldonado

El Tribunal Oral de Menores n° 2 condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, de conformidad con los arts. 12, 45, 55, 166 inc. 2° y 80 inc. 7° del Código Penal, y 4° de la ley n° 22.278 y sus modificatorias, en función de la ley 23.849. Contra esa sentencia, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación del artículo 4° de la ley n° 22.278 y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia —vía recurso de queja— y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua.

Estrictamente ésta es la primera vez que la Corte Suprema interpreta la CDN. Lo hace en un caso relacionado con la justicia penal de menores. Tal como ha sido señalado⁹⁶, llama la atención la forma en la que los tribunales locales e internacionales se han concentrado en los aspectos relacionados con las garantías penales pero no se han pronunciado respecto de la protección a la infancia en general, cuando es sabido que el adolescente infractor es la punta del iceberg de un mundo de la infancia en el que están ausentes o muy deterioradas políticas públicas tanto universales cuanto específicas.

El articulado y minucioso dictamen de la Procuración es seguido por un voto de mayoría que puede interpretarse como dos votos diferentes: una parte que desarrolla argumentos jurídicos en dos estilos argumentales claramente diferenciados (integrada por el comienzo hasta el párrafo 24 y por la parte final del voto, a partir del párrafo 35) y otra que transcribe en diez párrafos consideraciones de otros órdenes relacionadas con el tema pero cuya inclusión en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se comprende bien ni se explica en el caso (que por lo demás evoca ligeramente la narrativa de la mayoría en “Verbitsky”).

A pesar de esa estructura algo desordenada y de algunos párrafos innecesarios, el máximo tribunal resolvió el problema jurídico planteado por el caso de manera adecuada y propuso una solución respetuosa de derechos fundamentales del adolescente sin recurrir al remedio extraordinario de la anulación constitucional de una ley que, por lo menos con el alcance de los agravios planteados en esa oportunidad, no se justificaba en el caso concreto.

⁹⁶ Ello ocurrió también con la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debía fijar estándares para la protección legal a los niños y se concentró sólo en la materia penal juvenil. Al respecto ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, Cap. IV, *op. cit. supra* nota 41.

Las principales conclusiones del fallo son:

i. La valoración de la circunstancia de que se trata de un menor⁹⁷ de edad al momento de imponer la pena no constituye un defecto sino un mérito de la sentencia.

Esta conclusión puede considerarse ejemplo de la validación constitucional de un derecho penal de autor “al revés”, que se revela en varios párrafos de la decisión. El voto de la mayoría conecta este punto con el principio de culpabilidad, por ejemplo, cuando se refiere a la necesidad de “(...) valorar la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad”; o “Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del *sub lite* la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994”. También cuando sostiene: “Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional”.

Si bien la Corte no lo planteó de esta manera, a lo que da respuesta indirectamente es al dilema de la especialidad, irresuelto aún en la OC 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme el fallo “Maldonado” **menor edad no significa entonces inimputabilidad** y, en consecuencia, **ausencia de culpabilidad** por carencia de un requisito estructural, sino que **significa menor culpabilidad**. Esta es una definición fundamental en la construcción de una nueva respuesta estatal a los delitos de los adolescentes, que la Corte no formuló de manera tan precisa pero es posible construir de los párrafos analizados.

Por lo demás, la preferencia de la Corte por argumentos preventivo especiales⁹⁸ —propios de la cultura tutelar— es compartida por todo el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí que haya sido éste uno de los puntos paradigmáticos para sostener que no existe ruptura sino continuidad (o evolución) entre el antiguo derecho tutelar de menores y la nueva legalidad emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, tal como fuera señalado anteriormente al comentar un párrafo de la sentencia en

⁹⁷ “No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, ‘su minoridad al momento del hecho’. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1°, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la ‘edad’ es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el *a quo* consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido”.

⁹⁸ El fallo pone mucho énfasis en los aspectos de prevención especial, por ejemplo: “23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.

el caso “Verbitsky”. Ambos desconfían del principio retributivo porque, en el fondo, asumen con razón que el niño no es el sujeto para el que fue creado el derecho penal liberal; y reconocen la importancia de la especialidad o “protección especial” del niño como una garantía adicional que lo pone “a salvo” de la rigurosidad del derecho penal general.

ii. Imposibilidad de justificar la aplicación de pena por el fracaso del tratamiento tutelar expresado en la “defraudación” a la confianza estatal que implicaría la comisión de un nuevo hecho delictivo (por el cual, al menos al tiempo del dictado de la sentencia recurrida, aún no había recaído condena). La Corte enfatiza las consecuencias violatorias al principio de inocencia de tal conclusión, a las que conecta con los alcances del establecimiento por vía judicial de la “peligrosidad” de un menor.

iii. Conectado con ii, la Corte establece que ella no puede interpretar el alcance específico de la expresión “peligrosidad” contenida en el art. 41 del Código Penal pero que tampoco puede autorizar que “tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*”.

iv. Las reglas del art. 41 del Código Penal y del art. 4° de la ley n° 22.278 son “(...) parcialmente coincidentes, en especial en la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del condenado antes de determinar la pena”.

v. El matiz diferencial del régimen especial de menores respecto del Código Penal general consiste en la facultad y el deber del juez de ponderar la “necesidad de la pena”. Ello no puede ser equiparado a la “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad” sino, a juicio de la Corte, al “mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’” (art. 40, inc. 1°).

Finalmente:

vi. Los menores de edad tienen una *culpabilidad menor*. En palabras de la Corte:

“40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

Estas razones que, como se advierte sin dificultad, están íntimamente ligadas unas con otras, lleva a la Corte a determinar la revocación de la sentencia recurrida por motivos diferentes a

aquellos que se esgrimieron en el recurso. Este estuvo concentrado en poner en conflicto el Régimen Penal de la Minoridad con la CDN por considerar que ésta prohíbe la prisión perpetua sin “excarcelación” (*without release*, esto es, sin posibilidad de ser liberado, tal como lo establece el texto en inglés y en diferentes versiones oficiales, aunque la defensa hizo de la cuestión del *nomen juris* uno de sus argumentos centrales). La sentencia concluye que “la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad”. Por ese motivo se la invalida.

Para concluir, transcribiré dos párrafos relevantes de los votos concurrentes.

El primero integra el voto del juez Fayt y se destaca por su claridad respecto de qué es lo que se está discutiendo en el fallo, párrafo ausente en el voto de mayoría pero que tiene la mayor relevancia jurídica y pedagógica:

“9°) Que, de tal modo, el *ámbito de decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención -descartada, a su vez, su contradicción con los principios de derecho público local- la condena de prisión perpetua a quienes hayan cometido un delito siendo menores de 18 años. Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé*”. (destacado propio).

Finalmente, transcribiré el capítulo 14 del voto de la jueza Argibay, quien propone una solución con una argumentación legal diferente —impecable— al conflicto normativo suscitado. Esta solución se enmarca en la misma línea sostenida recientemente por los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal⁹⁹ pero se basa sobre una argumentación mucho más sofisticada, que concluye la sentencia de la Corte con una calidad jurídica digna del más alto tribunal de la Nación:

“Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima.

Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa

⁹⁹ Cfr. voto del juez Pablo Jantus, TOM I, causa n° 3378/3470, “M. E., M.; C. C., M y J. C., G.”, sentencia del 18 de marzo de 2005.

exactamente inversa: **es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve.**

La posición asumida por la Cámara de Casación, supone que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado la referida Convención, la aplicación de alternativas penales más leves a la pena perpetua a quien contaba menos de dieciocho años al cometer el delito es un beneficio excepcional o premio por la buena conducta posterior, cuya procedencia debe demostrarse por quien la pretende.

Como lo he adelantado, este método se aparta del procedimiento que, de acuerdo con la Constitución, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, debe seguirse para discernir una pena de prisión perpetua a una persona por hechos cometidos en su minoría de edad. De todas maneras, ello es así con los alcances que desarrollaré a continuación” (resaltado propio).

En síntesis, el caso Maldonado es el primer caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpreta la CDN. Más allá de algunos grises, el fallo debe ser celebrado por su calidad técnica, por su solución del caso y por los argumentos desarrollados por los votos concurrentes.

4.2. Jurisprudencia de tribunales provinciales y ordinarios de la Capital Federal (nacionales)

a) Civil

Un relevamiento general de la jurisprudencia muestra el uso prioritario de la CDN por los tribunales civiles o de familia en algunas áreas en particular vinculadas con los derechos del niño: libertad de prensa e intimidación¹⁰⁰, derecho del niño a ser oído¹⁰¹ y, fundamentalmente, aplicación del art. 3 referido al interés superior del niño en diversos temas¹⁰².

¹⁰⁰ “El art. 40 inc. b de la *Convención de los Derechos del Niño* en cuanto garantiza a los menores el respeto pleno a su vida privada en todas las fases de los procesos penales que los involucren –en el caso, los datos brindados por una crónica periodística permitió identificar a una menor como víctima de una violación–, resulta aplicable a favor de una persona de 20 años, pues si bien el art. 1 de la mencionada Convención alude a los menores de 18 años, en nuestro derecho la mayoría de edad recién se adquiere a los 21 años” (voto del doctor Posse Saguier), CNCiv., Sala F., “R., S. J. C. Arte Gráfico Editorial Argentino S. A. y otro”, 27/04/04; CNCiv., Sala L., “R. R., A. c. Diario Clarín S. A. y otros, 04/11/2003; CNCiv., Sala C., “P., V.A.”, 03/10/96.

¹⁰¹ CNCiv., Sala I., “T., H. E.”, 20/10/98; CNCiv., Sala I., “S. M., M. R. c. A., P. C.”, 26/12/97.

¹⁰² Entre muchos otros cfr. CNCiv., Sala J., “S., F. J.”, 31/08/94; CNCiv., Sala J., “C., E. L. y otro c. R., F. D.”, 30/09/05; CNCiv., Sala F., “R., V. L. c. L., R. V. M.”, 2/10/03; CNCiv., Sala K., “M., S. M. c. M., M. A. y otros”, 18/05/01; CNCiv., Sala K., “C., S. A. c. D., M. F.”, 27/02/02; CNCiv., Sala K., “S., V. D. c. D., E. D.”, 17/10/97; CNCiv., Sala K., “M., A. M. y otro c. L., D. A.”, 8/03/04; CNCiv., Sala B., “T., M. V.”, 11/02/02; CNCiv., Sala H., “D. de P., G. M. c. P., M. N.”, 7/03/97; CNCiv., Sala H., “S. J., A. B. M. c. G., J.”, 4/06/98; CNCiv., Sala H., “N. N. o D., L.”, 18/07/97; CNCiv., Sala L., “V., M. N. y otro c. S., W. F.”, 24/08/05; CNCiv., Sala I., “S. Z. A. A. c. A., D. D.”, 14/09/95; CNCiv., Sala M., “S. F. M.”, 27/12/00; CNCiv., Sala M., “M. A. M. c. L. L.”, 11/07/00; CNCiv., Sala C., “A. P., C. M. y otro c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica”, 28/12/04; CNCiv., Sala E., “Q., M. J.”, 27/10/04; CNCiv., Sala G., “E., M.”, 16/09/03; CNCiv., Sala A., “Z., R. c. A. A. s/suc. y otros s/filiación”, 28/02/94.

Este artículo es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo, no hay un sólo fallo —de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver— que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el art. 3 CDN.

Para ilustrar tal práctica jurisprudencial elegí, entre muchos, un caso que es harto elocuente para mostrar la forma (en este caso con un nivel argumental infrecuente) en la que la jurisprudencia retoma y reinterpretar este mismo artículo para sostener posiciones contrarias.

Se trata de un caso en el que una niña perteneciente a la colectividad gitana, a cuatro meses de cumplir los dieciséis años, solicitó autorización para contraer matrimonio con un joven de dieciocho con quien convivía hacía casi dos años. El juez de familia, en una corta decisión, autorizó el casamiento “(...) teniendo en consideración primordial lo que contempla el superior interés del niño” —que no explica en qué consiste—. En contrario se expidió en su dictamen el Defensor (asesor) de Menores: “No puede entonces invocarse el interés superior del niño a favor de la dispensa [matrimonial] cuando el propio Comité, órgano que preserva a nivel mundial el cumplimiento de la Convención que consagra ese principio general de derecho en su artículo 3º, está requiriendo con insistencia el levantamiento de la edad nupcial de las niñas, justamente invocando su interés superior”¹⁰³.

La Sala E de la Cámara Civil resolvió confirmar la decisión del juez sobre la base de la expresa voluntad de la adolescente a contraer matrimonio (art., 12 CDN): “Y tal voluntad fue nuevamente ratificada ante el Tribunal por ella y su novio (...) quienes expresaron con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, la que llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente.

Ello así, mal puede el Tribunal negarse a confirmar el temperamento propiciado por el anterior magistrado si ha quedado debidamente demostrado que el interés de la menor así lo exige a poco que se advierta que ella y su novio están dispuestos a contraer matrimonio, con los consiguientes derechos y obligaciones recíprocos que ello importa tanto para sí como para sus futuros hijos, contrariando así, a modo de ejemplo, la costumbre de inscribir los hijos a nombre de la madres solamente”¹⁰⁴.

¹⁰³ Del dictamen del Defensor de Menores en CNCiv., Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, 8/09/04. En el mismo sentido: “El matrimonio de niños no interesa a los niños sino a los adultos y es notorio en el caso que son éstos y en especial el Sr. K. el que a toda costa quiere formalizar el casamiento de quien dice ser su hijo, aun no reconocido, con la jovencita que adquirió a la madre [habiendo pagado la dote con monedas de oro]. Respeto las motivaciones tradicionales de cada comunidad, pero no puedo aceptar que en ello radique el interés superior de los niños tal como la misma Convención, en su art. 24, inc. 3º, manda abolir prácticas tradicionales perjudiciales. No todo lo tradicional es de interés de los niños, sino aquellas costumbres que se basan en la naturaleza de las cosas, en el respeto a la persona humana y el progresivo crecimiento de la conciencia ética social”. Y finalmente, “Aunque J. hoy no lo entienda, y quizás no lo haga nunca, el Ministerio Público la está defendiendo en su dignidad de niña y de mujer, y reservando su ‘sí’ pleno al matrimonio para el momento en que la Ley presume que puede darlo”.

¹⁰⁴ CNCiv., Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, sentencia del 8 de septiembre de 2004.

b) Penal

La jurisprudencia en materia penal de menores se ha modificado notablemente en los últimos años. La mayor difusión de los tratados a todo nivel —ya aludida— así como la transformación de la composición de algunos tribunales explican probablemente estos cambios.

A la jurisprudencia de mediados de la década de 1990 que introdujo algunas modificaciones básicas en el funcionamiento de los juzgados de menores (presencia de abogado defensor en expedientes tutelares¹⁰⁵ o en expedientes penales seguidos contra menores no punibles, declaración indagatoria¹⁰⁶ de los menores no punibles, recursos contra las disposiciones tutelares, recursos contra los sobreseimientos dictados sólo por la edad, etc.), se suma un cambio cuali y cuantitativo sobre el final de la década y comienzos de la actual, vinculado básicamente con la introducción de todas las garantías del debido proceso a los menores de edad, con los alcances que se les da en el derecho penal general (aún no se ha ingresado en una etapa de reconocimiento de garantías con alcance específico para menores de edad). Se advierte también que lo que era impensable hace diez años es hoy habitual, como las citas frecuentes de normas y jurisprudencia internacionales —por supuesto, sin mayor análisis— en los fallos de la justicia de menores de todas las instancias.

No es exagerado afirmar que al presente las garantías de los arts. 37 y 40 de la CDN¹⁰⁷ en lo que se refiere a adolescentes infractores rigen a nivel nacional y federal salvo en lo que se refiere al uso aún amplio de la privación de libertad tanto cautelar cuanto como sanción, frente a la ausencia de programas no privativos de libertad.

5. Conclusión: de la propaganda al derecho; del discurso a la acción

Este trabajo procuró, de manera general, repasar la forma en la que la CDN ha impactado en el orden jurídico argentino tanto en el plano legislativo cuanto en el jurisprudencial.

En tal sentido, he tratado de demostrar que, a diferencia del panorama que se describía en la primera oportunidad de evaluar el impacto de la CDN en el derecho interno¹⁰⁸, los cambios ocurridos en ambos niveles son notables. Tanto la profusa producción legislativa

¹⁰⁵ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional determinó que la internación de un menor de edad era una privación de libertad, en los términos del art. 37, inc. d, de la Convención y la regla 11.b de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, por lo que el menor tenía derecho a patrocinio jurídico en los términos del art. 37 inc. d) CDN; aunque luego la misma sala sostuvo que si bien debe considerarse a la internación como privación de libertad, ella no constituye una medida cautelar, pues no persigue asegurar los fines del proceso penal. Cf. CNCCCF, "E., N. J.", causa nro. 6048 sentencia del 27 de diciembre de 1995.

¹⁰⁶ Cf. CNCrim, Sala I, causa n° 2604, "G., D. H.", 13/2/95, y causa n° 2297, "C., A. G.", 21/11/94.

¹⁰⁷ Debe mencionarse que el Comentario General 10 Los derechos del niño en la justicia juvenil, del Comité de Derechos del Niño, aprobado el 2 de febrero del año 2007, no agrega elementos nuevos a la materia, con excepción de la precisa posición del Comité en contra de la reducción de la edad penal.

¹⁰⁸ Cfr. Beloff, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 621/635.

cuanto el creciente y sostenido uso de tratados por los tribunales locales pueden leerse como impacto, de intensidad diversa, de la CDN en el derecho argentino.

Sin embargo, a esta altura no puede afirmarse —excepto que se pretenda pasar por alto lo que ocurre en la realidad—, que esos cambios en el plano legal hayan redundado perceptiblemente en una mejor calidad de vida para los niños y las niñas del país. Más allá de que tener leyes mejores es un fin en sí mismo en la democracia, y que la reforma de los obsoletos estatutos tutelares se imponía como un imperativo elemental de justicia, se advierte, luego de quince años, que la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia, fue excesiva.

Exceso tal vez provocado como reacción a la forma en la que el derecho de menores tradicional se alejaba del mundo jurídico por sus afanes positivistas, pero exceso al fin. Paradójicamente, el nuevo derecho comparte con el viejo su poca sofisticación, su dogmatismo, su falta de imaginación.

¿Cómo se logra un mayor respeto y una mayor vigencia de los derechos de los niños y las niñas? ¿Los derechos de niños y niñas comienzan y terminan con la CDN? Tanto el derecho interno local y federal argentino cuanto la jurisprudencia enseñan que no.

Respecto de las nuevas leyes, quince años de reformas permanentes dan cuenta de que es poco lo que pueden lograr ellas, por sí mismas.

Para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un poder judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión, b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aún cuando fuera la mejor posible, por sí misma —sin estos otros elementos— no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad.

Luego de tantos años, la importancia de la CDN en el contexto latinoamericano —más allá de las críticas que como a cualquier ley pueden hacerse— radica probablemente en que mediante su influencia se introdujo en esta región la traducción de la protección a los niños al lenguaje de protección de derechos, que en otras latitudes había ocurrido veinte años antes. Ello excede el debate discursivo en términos de cuál es la manera políticamente correcta de decir “proteger”; excede aún la auto-referencial y paralizante discusión en torno de qué significa “enfoque de derechos”; prohíbe interpretar que “proteger” pueda significar “hacer nada”.

Permítaseme dar un ejemplo que ilustra la distancia entre derecho y realidad, proveniente de un país lejano en más de un sentido, de la Argentina. Se trata de Zimbawe. Este país tiene más de veinte leyes que garantizan derechos a los niños; sin embargo, los derechos no

se respetan: restricciones administrativas, problemas socioeconómicos y falta de recursos humanos y financieros, en apretada síntesis, explican por qué ese buen derecho no puede concretarse. Un caso concreto: la ley de salud establece, de conformidad con la CDN, que los niños tienen el derecho al más alto nivel de salud alcanzable. Para tal fin eliminó las injustas tasas que cobraban los hospitales públicos. Al mismo tiempo, como consecuencia de diversos recortes en el gasto oficial, las instituciones públicas de salud no cuentan con lo básico en medicamentos, equipos y personal para garantizar condiciones mínimas de salud¹⁰⁹.

Probablemente la clave sea entender que protección en términos de derechos no es una cuestión retórica. La adopción de leyes mejores es fundamental para proteger a los niños allí donde las leyes los ignoran; pero al mismo tiempo deben concretarse políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños aún donde existen buenas leyes pero faltan políticas y programas: básicamente educación, salud y protección respecto de todas las formas de violencia, abuso y explotación¹¹⁰. En este sentido debería llamar la atención el hecho de que, por lo menos en América Latina, se logró sin mayores dificultades un compromiso político de alto nivel para reformar las leyes de infancia; pero no se logró un compromiso igual para que se concreten todos los presupuestos para que esas nuevas leyes tengan impacto en la realidad, básicamente: efectivo *law enforcement*, adecuada asignación de recursos y compromiso de todos los niveles de la sociedad¹¹¹.

El desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos. Tal vez por aquella confianza excesiva, parte importante del movimiento por los derechos de niños y niñas en la región puso toda su energía en las reformas legales y olvidó que ella sólo era una pequeña parte de la solución. La pregunta que deberíamos hacernos ahora los juristas es si seguiremos atrapados en el laberinto sin fin de las reformas permanentes o si tenemos algo que aportar en el proceso de traducir derechos en hechos, en el proceso de reinventar los derechos de la infancia que no tienen el mismo alcance ni el mismo contenido que los de los adultos.

A los fines comunicacionales y de la estadística, Argentina ya tiene su “ley de protección”. Con ella salió de la lista negra de los países con legislación tutelar clásica.

La técnica legislativa de la Ley de Patronato de Menores era mala; sin embargo, produjo efectos culturales de los que aún hoy, casi cien años después, no nos podemos liberar.

¹⁰⁹ “Por otro lado, adoptar Códigos sin tratar de identificar y modificar normas en conflicto de otras legislaciones y sin adoptar regulaciones que provean a los servidores públicos de referencias respecto de cómo el derecho se debe aplicar en la práctica puede sembrar confusión y socavar la efectividad de un nuevo Código. Adoptar leyes sin crear los programas correspondientes es un gesto vacío que puede alimentar el cinismo y la falta de respeto por la ley y por el gobierno. De manera similar, la creación de nuevos programas puede tener un impacto mayor sobre el efectivo disfrute del derecho a la salud, a la educación o a los servicios sociales. Sin embargo, la creación de programas sin un marco legal también tiene sus desventajas; la continuidad del programa permanece en completa dependencia de las prioridades del gobierno en lo cotidiano y puede comprometer el proceso de implementación de modo que respete las principales provisiones de la CDN. Una confianza excesiva en decretos, regulaciones o programas, sin reforma legal, implica confiar en una sola rama del gobierno. Una aproximación más balanceada que involucre la reforma legal, las regulaciones y los programas involucra al estado en su conjunto en el esfuerzo: a la legislatura, el ejecutivo y a los tribunales”. Cfr. *Study on the impact ...*, cit. *supra* nota 7.

¹¹⁰ En tal sentido, el último informe anual del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Estado Mundial de la Infancia 2006: Excluidos e invisibles*, que define las situaciones en las que ocurren mayores violaciones a los derechos humanos de niños y niñas: cuando ellos carecen de alguna clase de identidad oficial, cuando no son cuidados por sus padres, cuando realizan actividades propias de los adultos y cuando son explotados.

¹¹¹ Esta conclusión fue señalada en el ya mencionado estudio del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia que tuvo por efecto medir el impacto de las reformas legales. Cfr. *Study on the impact ...*, cit. *supra* nota 7.

¿Fue la ley o fue la poderosa ideología tutelar que la sustentaba la que explica su efectiva vigencia a lo largo del tiempo? Si fue la ley, a lo mejor con esta nueva ley argentina ocurre lo mismo y es vano todo intento por criticarla. Si fue su concepción del mundo y de la infancia lo que selló su éxito cultural y su perdurabilidad, entonces queda mucho por hacer todavía para que el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia tenga esa poderosa fuerza configurativa, aquélla que fuera comparada, en alguna oportunidad, con el poder de las utopías¹¹².

¹¹² "La intención de estas líneas es la de demostrar que la proposición o el impulso de modificaciones en la estructura social no es en absoluto incompatible con el empleo de los textos legales vigentes, con la condición de recuperar y desarrollar el proyecto utópico que estos contienen. La interpretación de dichos textos en el sentido de potenciar esta función utópica ni siquiera constituye una propuesta que pueda calificarse como vinculada al uso alternativo del derecho, sino que atiende más bien a la reformulación del deseo expresado en el texto legal, y a la jerarquización de los proyectos que paradójicamente están situados en la cima de la escala normativa, como las constituciones y los pactos de derechos humanos. Si bien la propuesta está limitada por el marco del proyecto moderno, no es menos cierto que la no consecución de las aspiraciones de la modernidad constituye un punto de partida posible para redefinir los términos que dieron impulso a aquella utopía. Y en este campo, el derecho tiene aún mucho por decir". Cfr. COURTIS, Christian, *Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos*, en Revista "No Hay Derecho", año 2, n° 5, 1991, págs. 12/13.

RAZONAMIENTO JUDICIAL Y DERECHOS DEL NIÑO: DE VENTRÍLOCUOS Y MARIONETAS

DOMINGO LOVERA PARMO*

1. Introducción

Las marionetas son seres inanimados. Un ventrílocuo tras ellas, sin embargo, es capaz de hacerlas cobrar vida. La marioneta, manipulada por el ventrílocuo, es la boca que pronuncia las palabras del artista¹.

Si tuviésemos que dividir el escenario del poder en una democracia entre marionetas y ventrílocuos, en general diríamos que las primeras son los jueces, mientras que los segundos, los legisladores. Al menos en el contexto de nuestras democracias, donde los jueces son vistos con desconfianza, esperamos de ellos —precisamente porque desconfiamos— que apliquen (y que no traicionen) las palabras de la ley. Esa desconfianza es la que motiva la creación de sistemas de casación, donde se asume que la legitimidad de las decisiones estatales se encuentra situada en una etapa anterior a la de la decisión judicial, a saber: en la creación de la ley y en los controles de constitucionalidad a que son sometidos los proyectos en trámite². Las palabras de la ley nacen en el legislador, y las pronuncian los jueces —seres inanimados que no deben moderar, ni su fuerza, ni su rigor³.

El objetivo de este trabajo es el de explorar, brevemente, algunas de las teorías que pretenden explicar y proponer la forma en que los jueces desarrollan y deberían desarrollar su labor decisoria⁴. Nos interesa conocer y discutir qué se ha dicho acerca de, y cómo se ha descrito,

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), LL.M. Columbia University (2007). Director de investigaciones del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, profesor de derecho, Universidad Diego Portales (Chile). Este trabajo fue preparado para el X Curso de Especialización sobre Protección jurisdiccional de los Derechos del Niño, Centro de Derechos Humanos UDP/UNICEF, Santiago, 2007.

¹ Parafraseando las palabras de Montesquieu, sobre las que luego volveré.

² CARLOS PEÑA, PRÁCTICA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 85 (1996) y Gastón Gómez, *Control de Constitucionalidad y Tribunal Constitucional*, en ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL 5 (Gastón Gómez ed., 1996).

³ CHARLES DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS 155, 158-159, 163 (Anne M. Cohler et al. trans. & eds., Cambridge Univ. Press 2006 12th prin.) (1748) (DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Madrid, Tecnos, 1972) (refiriéndose a la facultad de juzgar y señalando la necesidad de no crear un senado permanente de jueces, sino que tomando personas que posean la misma condición del acusado; pares del que se somete a juicio a objeto de no crear un temor desmesurado hacia los jueces. La comunidad debía temer a las leyes y al poder (abstracto) de juzgar, no a las personas que lo ejercen—ideas que se encuentran fuertemente vinculadas con su concepción de libertad). Sobre el poder judicial como poder nulo, frase que utiliza el Barón de Montesquieu, véase Fernando Atria, *Jurisdicción e Independencia Judicial: el Poder Judicial como Poder Nulo*, en 5 Revista de Estudios de la Justicia 119 (2004) y Rodrigo Correa, *Poder Judicial y Democracia: A rescatar el espíritu del espíritu*, en LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA (2005).

⁴ Explicar y/o proponer porque, mientras algunas teorías buscan sólo describir lo que ocurre cuando los jueces deciden los casos que llegan a su conocimiento, otras postulan teorías normativas acerca de cómo los jueces deberían resolver. El tema no es menor. Ronald Dworkin critica la obra de H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, reprochándole ciertas inconsistencias interpretativas—su propia tesis. Hart responde a esas críticas en su *Postscript* (un manuscrito encontrado a medio terminar luego de su muerte, y editado por Sandra Bulloch y Joseph Raz) señalando que su recuento del sistema jurídico es “descriptivo”, por cuanto es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar con base en un fundamento moral o de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general...” H.L.A. Hart, *Postscript*, en LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DEBATE HART – DWORKIN 92 (César Rodríguez ed., 2002). El debate no termina ahí. Dworkin, recientemente, ha señalado que le parece difícil creer que sea posible simplemente describir fenómenos sin un compromiso moral. Esa postura, que él identifica con Hart y que denomina *Archimedeanism*, es contra la cual dirige su crítica. RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 141-2 (2006).

la tarea que les es propia a los jueces: decidir los conflictos jurídicos que se les presentan. Los jueces, como se ha repetido hasta el cansancio, ‘hablan’ y ejercen su función por medio de sus sentencias. Si las sentencias —y todo lo que ellas significan e incorporan— constituyen el lenguaje de los jueces, ahora vamos a explorar algunas de las teorías que explican y proponen cómo los jueces hablan o deberían hablar. Todo lo anterior, en el contexto de los derechos del niño y el interés superior del niño.

Las teorías que explican y proponen la forma en que los jueces hablan o deberían hablar son múltiples y variadas. En un extremo algunos postulan que los jueces no poseen reglas al decidir o que, mejor dicho, aún cuando esas reglas existen ellas no son, en verdad, observadas por éstos. En el otro se ha señalado —sobre la base de la desconfianza antes mencionada— que el juez es un funcionario cuyo único objetivo es aplicar las leyes. Las soluciones estarían previstas por el legislador y el juez, en ese contexto, sólo debe verificar que las condiciones de aplicación de la hipótesis legislativa concurren al caso concreto. Desde luego que estas tesis extremas, sólo por denominarlas de alguna forma, no siempre resuelven nuestras dudas. Sin embargo, ellas nos presentan los extremos de una línea de distintas posibilidades de análisis de la labor judicial. Si debo situarme entre alguna de las dos teorías, así caricaturizadas, estoy más cerca de la segunda; y una de las secciones de este trabajo va dirigida a entregar algunas razones en ese sentido.

De inmediato permítanme mostrar que es posible encontrar casos en que la segunda tesis, esa que describe y propone un rol de mero aplicador para el juez, encuentra eco en varias disposiciones. El Código Civil, por ejemplo, establece que “el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos”⁵. El testamento se encuentra válidamente otorgado únicamente cuando se encuentran presentes el notario y esos tres testigos. Este precepto reclama (en principio) una labor relativamente sencilla de parte del juez; verificar que esos tres testigos hayan estado presentes y hayan cumplido con las demás formalidades que establece la legislación. A nivel constitucional encontramos disposiciones similares⁶.

Sabemos, sin embargo, que este tipo de casos no representa la regla general. Sabemos que las reglas y principios normativos poseen un lenguaje de ‘textura abierta’⁷ que hace de las ambigüedades y vaguedades *la* regla general del quehacer judicial⁸. Sabemos que nuestros legisladores no son seres omniscientes y que se encuentran, por lo mismo, incapacitados para prever todas las hipótesis de conflicto jurídico que una comunidad

⁵ Código Civil de Chile, Artículo 1014.

⁶ RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW* 2-3 (1999) (particularmente su introducción, donde Dworkin argumenta que el carácter abierto de las disposiciones constitucionales, en particular de las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos, reclama—y se efectúa por medio de—una lectura moral).

⁷ H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 126 (1997) (EL CONCEPTO DEL DERECHO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).

⁸ Ambigüedad, vaguedad y generalidad que no es propia solamente, como podría malentenderse, de los preceptos constitucionales. Aulis Aarnio, *Las Reglas en Serio, en LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO* 17, 20, 23, 33 (Aulis Aarnio et al. comps. 1997) (argumentando que los jueces interpretan *formulaciones de normas* que, independiente de su jerarquía en la pirámide normativa, poseen estructuras binarias o abiertas. El resultado de esa interpretación, la *norma* propiamente tal, elimina la distinción entre reglas y principios pues ella, la *norma*, “expresa[] siempre una norma del tipo o lo uno/o lo otro”).

deseará ver resueltas por sus jueces⁹ —de hecho las más de las veces nos sorprendemos de la escasa capacidad que nuestros legisladores exhiben para prever esas situaciones y nos ofuscamos por la demora en la decisión de las ya resueltas.

Debemos asumir, entonces, que nuestros jueces hacen algo más que simplemente aplicar las leyes. Pero no deberían hacer mucho más. El objetivo de las líneas que siguen, entonces, es el de analizar, como ya lo anuncié, cuáles son algunas de las teorías relativas al razonamiento judicial. La sección que sigue (2) está destinada a ello. El contexto que sirve de telón de fondo al (breve) análisis de estas teorías es el de las cláusulas jurídicas indeterminadas que se contienen en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, y en varias otras disposiciones legales chilenas¹¹. En seguida, en la sección 3, ofreceré dos herramientas de trabajo para los jueces. Éstas, me parece, permitirán dar respuesta a las demandas de la Convención sobre los Derechos del Niño, de una parte, y a mis aprensiones relativas al rol de los jueces en un contexto democrático, de otra. Propondré —sin que se trate de una novedad— que entregando especial importancia a la autonomía de los niños y niñas, así como descansando en cuestiones cuya especialidad (y evaluación) se aloja fuera del derecho, los jueces podrían cumplir un rol mucho más modesto. Un rol más cercano al que hemos pensado para ellos en el contexto de nuestros sistemas legales¹². Hacia el final reservo algunas conclusiones.

2. Las caras de los jueces: las teorías del razonamiento judicial¹³

El sistema legal, sus leyes, reglamentos, pero sobre todo las constituciones y los tratados internacionales —y la Convención sobre los Derechos del Niño es uno—, se encuentra plagado de cláusulas jurídicas de contenido indeterminado. Es decir, cláusulas legales a las cuales los jueces deben echar mano para resolver las disputas judiciales que llegan a su conocimiento, pero cuyo contenido, de su sola lectura, es difícil de comprender (y entender). Tomemos como ejemplo inicial el artículo 3.1 de la Convención —que nos acompañará durante parte de este trabajo.

“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.”

⁹ Aulis Aarnio, *Sobre la Ambigüedad Semántica en la Interpretación Jurídica*, en AULIS AARNIO, DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL 21 (2a ed., 2000).

¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Res. 44/25 20 Nov., 1989 (en vigor desde 2 de Septiembre, 1990) (en adelante “la convención” o “CDN”).

¹¹ Trataré de ir incorporando la discusión especialmente, entonces, en el contexto de leyes que los jueces deben utilizar para decidir los casos que llegan a su conocimiento. Esas cláusulas ejemplifican de manera perfecta la textura abierta del lenguaje con que deben lidiar los jueces día a día.

¹² JOHN HENRY MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA* (2d ed. 1985) (SISTEMAS LEGALES EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA: TRADICIÓN Y MODERNIDAD, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1989) (destacando la diferente forma en que concebimos a los jueces en los sistemas judiciales tributarios del derecho continental, cuando la comparamos con la atención que reciben en el common law—particularmente en los Estados Unidos).

¹³ Agradezco los comentarios que Matías Guilloff me formulara a una versión preliminar de esta sección.

El interés superior del niño es el estándar que los jueces deben situar en la cúspide de sus consideraciones al decidir casos en que haya niños involucrados. Ese estándar, indefinido así como se encuentra en la Convención, requiere ser interpretado y no es, por lo mismo, del tipo de reglas que los jueces puedan simplemente aplicar al caso que conocen¹⁴. Las teorías relativas al razonamiento jurídico ofrecen diversas descripciones del trabajo de los jueces que deciden sobre la base de esos estándares— y como señalé, de paso proponen cómo deben hacerlo.

A. Realismo judicial

El *realismo judicial*, por ejemplo, sostiene que esos estándares presentan poco límite (siquiera alguno) para los jueces. No sólo esos estándares indeterminados presentan escaso control al trabajo del juez, sino que cualquier otro tipo de regla (o principio) que sugiera que el juez es sólo un mero aplicador del derecho. Creer que es posible limitar la discrecionalidad del juez para crear derecho es —sostienen— parte del ‘mito judicial.’ Ese mito consistiría en negar el hecho que los jueces crean derecho y, por lo mismo, en confiar ciegamente en que el sistema jurídico es un “conjunto completo de reglamentos... que es inmodificable, salvo cuando el poder legislativo lo altera por medio de la promulgación de estatutos”¹⁵. La verdad, sin embargo, nos indica que los jueces tienen más poder del que estamos dispuestos a concederles. Justamente para evadir ese problema y para evitar asumir las terribles consecuencias que se siguen de aceptar esa realidad (de jueces omnipotentes), es que preferimos negarla¹⁶. Se crea, así, el mito de jueces ‘cercados’ por el derecho¹⁷.

Para el realismo, uno de los factores que mayormente incide en la imposibilidad de ‘cercar’ a los jueces, es la discrecionalidad que poseen éstos para determinar los hechos importantes de cada caso¹⁸. Ese poder simplemente echa por tierra —apunta el realismo— cualquier posibilidad de predecibilidad de las decisiones judiciales¹⁹. No es cierto, por lo tanto, que

¹⁴ Para volver a Aarnio, el interés superior del niño, de acuerdo a la Convención debe ser la consideración primordial que los jueces deben tomar en cuenta al momento de resolver un caso, es la *formulación de una norma*. Los jueces interpretarán esa formulación, determinando el alcance y sentido de la misma: la *norma*. *Supra* nota 8.

¹⁵ JEROME FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* (Renée Briones & Carlos Cerda trans.), en *RAZONAMIENTO JUDICIAL* 254 (Carlos Cerda ed., 1995).

¹⁶ JEROME FRANK, *DERECHO E INCERTIDUMBRE* 25 (1991).

¹⁷ JEROME FRANK, *COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE* 50 (1973).

¹⁸ FRANK, *supra* nota 15, p. 265-68 (los jueces, apreciando los hechos, son “testigos de los testigos” y, en tanto tales, les afectan los mismos problemas que las percepciones de los hechos acarrear para éstos. No es extraño adivinar por qué los abogados utilizan horas capacitándose y entrenándose para examinar y contra-examinar a los testigos, peritos, y todo otro interviniente en una audiencia de juicio); FRANK, *supra* nota 16, pp. 26-7 (describiendo las dificultades y obstáculos que impiden que los testigos den cuenta fidedigna de hechos que han presenciado—fenómenos que se replican en el juez).

¹⁹ De ahí que para el realismo los abogados sean no otra cosa que una suerte de meteorólogos que con cartas sinópticas (las leyes, los reglamentos y toneladas de decisiones judiciales anteriores) van tratando de adivinar las condiciones del tiempo. Sus consejos no son más que predicciones acerca de lo que una corte decidirá. Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of Law*, en 10 HARV. L. REV. 457 (1897) (“It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into textbooks, or that statutes are passed in a general form”). El fenómeno puede ser algo más complejo si tomamos en cuenta las propuestas del análisis económico del derecho. Véase, por ejemplo, Frank Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 95 HARV. L. REV. 802 (1982) (argumentando la imposibilidad de obtener decisiones coherentes en el tiempo sin violar alguna de las condiciones del teorema de imposibilidad de Arrow). Ni siquiera las decisiones *súper fundadas* son prenda de garantía. Los jueces son capaces de dotar sus decisiones de una (aparente) razonabilidad que las haría calzar dentro del molde clásico en que, según se nos enseña, opera la decisión judicial:

(1) *Regla jurídica* “la persona que mate (injustificadamente) a otra será penalizada con 5 años de cárcel;”

(2) *Hechos* “Pedro mató (injustificadamente) a Juan;”

(3) *Conclusión (sentencia)* “Pedro es condenado a 5 años de cárcel.”

FRANK, *supra* nota 17, pp. 165-8.

los jueces resuelven los casos sobre la base de un silogismo en que la conclusión es el resultado de la aplicación de una premisa general (el estándar legal) a una premisa específica (los hechos del caso)²⁰. Sino que se trata de un fenómeno algo más complejo en que la conclusión, a diferencia de los que se nos enseña, precede a las premisas²¹.

Y aún cuando los jueces fuesen capaces de *aprehender* los hechos de forma objetiva, ello no sería suficiente —si pensamos en jueces con facultades limitadas. No son las normas, los principios, ni las leyes las que determinan cómo un juez va a resolver un caso determinado, sino que es su educación, su propia experiencia en la vida y en su cargo judicial, así como su personalidad y las corazonadas que operan para el caso concreto las que, finalmente, influyen y determinan su decisión²². Es común, sin embargo, que los jueces, ante esta descripción de su trabajo respondan que ello no es cierto; que su función es la de aplicar la ley con imparcialidad tratando, en la medida de lo posible, de eliminar aquellas condiciones que puedan afectar su condición de terceros ajenos al caso que resuelven²³. Sin embargo, ocurre que muchas de las corazonadas que determinan la decisión judicial, así como la personalidad y los fenómenos psicológicos que influyen al juez, operan, las más de las veces, sin que el mismo juez se de cuenta. Pertenecen a esa clase de fenómenos que nos determinan enfrente de las situaciones, y que ni siquiera nosotros mismos sabemos que están ahí, (justamente) operando y determinándonos²⁴. De ahí el ‘mito judicial.’ El ‘mito judicial’ que denuncia Frank no es una mentira que los jueces crean sobre su trabajo a objeto de engañarnos. Se trata, en cambio, de una descripción que ellos y ellas pretenden es fidedigna relación de su trabajo. Ellos y ellas no saben que son parte del ‘mito’ —ni que se encuentran cautivados por él.

Al realismo le interesa el ‘derecho real’: las decisiones de los tribunales y las razones por las cuales los jueces resuelven como lo hacen. Para poder entender las decisiones judiciales resulta esencial comprender cómo los jueces se acercan a los casos. Ello es lo que debería llamar nuestra atención respecto a la forma en que estudiamos el derecho. El juez debe ser el centro de nuestro estudio y, las reglas, principios y estándares que lo rodean, sólo un dato dentro de aquél²⁵. Oliver Wendell Holmes así nos lo recuerda al advertir —fijando la posición del realismo— que “[l]a vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”²⁶.

²⁰ FRANK, *supra* nota 16, p. 26.

²¹ FRANK, *supra* nota 15, pp. 262-4.

²² Por esta misma razón es que es difícil pensar en jueces “recibiendo” los hechos objetivamente. Estas corazonadas, sus impulsos psicológicos y toda su experiencia se pone en juego al momento de ser “testigos de los testigos” que presentan su (particular) visión de los hechos. FRANK, *supra* nota 16, pp. 32-3.

²³ Nadie negaría, por ejemplo, que existe una amplia gama de causales de implicancia y recusación que buscan, justamente, impedir que los jueces puedan afectar indebidamente a alguna de las partes en un litigio. Una interesante discusión en este sentido en FRANK, *supra* nota 17, capítulo X, ¿son los jueces humanos? (pp.146-56). En este mismo sentido es importante repasar varias de las declaraciones emitidas por los jueces nacionales, a propósito de las acusaciones en su contra cuando, bajo la dictadura de Pinochet, rechazaban cualquier responsabilidad en los sucesos que hoy todos conocemos. Así, por ejemplo, véase la entrevista a Hernán Cereceda Bravo, Ministro de Corte Suprema, en EL MERCURIO, 20 de Enero, 1985; Germán Hermosilla, Ministro de Corte de Apelaciones, Presidente de la Asociación de Magistrados de Chile, en LA ÉPOCA (cuerpo dominical), 14 de junio, 1987; Declaración de la Corte Suprema publicada en los diarios del país en julio de 1987. Sergio García, Presidente del Colegio de Abogados, en REVISTA QUE PASA, 23 de julio, 1987; y Pablo Rodríguez Grez, en EL

²⁴ FRANK, *supra* nota 15, p. 265.

²⁵ *Id.* p. 265.

²⁶ OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 15 (Fernando Barrancos y Vedia trad., Topográfica Editora Argentina 1964).

B. Positivismo jurídico

El *positivismo jurídico*, por su parte, confía en el límite que esas reglas imponen a la labor judicial. Sin embargo, reconoce que éstas son insuficientes si lo que deseamos es eliminar la discrecionalidad judicial. De hecho —y siguiendo acá la tesis de Hart— la textura abierta del lenguaje que se utiliza en las *formulaciones normativas* les entrega a los jueces, necesariamente, una irremediable dosis de discrecionalidad para decidir.

La piedra angular del positivismo es la separación entre derecho y moral²⁷. Para Hart las normas jurídicas —eso que llamamos derecho— no dependen su validez de criterios morales²⁸. Es cierto, y no puede negarse, que el derecho ha sido influido tanto por las normas morales convencionales, como por los ideales de determinados grupos sociales. Pero de ello no se sigue, sostiene Hart, que las normas jurídicas se deban, en su validez, a una determinada conformidad con una específica (concepción de) moral o justicia²⁹. Waldron es más agudo al señalar que el “positivismo es neutro desde un punto de vista metaético. No toma posición sobre la naturaleza del razonamiento moral. Es compatible con el realismo moral y con su antítesis. Todo lo que hace es decir que las decisiones jurídicas son de un tipo y las morales de otro”³⁰. Son “de un tipo y otro” porque el procedimiento que seguimos para identificar las normas que determinan el resultado de una decisión y otra, es distinto. Para el positivismo las decisiones (jurídicas) se alcanzan recurriendo a las normas (jurídicas) que la regla de reconocimiento nos permite identificar como válidas. Son esas normas las que pueden justificar una decisión judicial. Y no otras³¹. Ello no quiere decir que la regla de reconocimiento reclame de jueces una actividad mecánica. Ello porque, como Hart lo señala, en los estados modernos esa regla no es una sola; sino que se trata de una regla compleja que incluye constituciones escritas, leyes y precedentes judiciales³².

Si el tema que nos preocupa es la discrecionalidad con la que jueces y juezas pueden actuar al decidir casos, ¿es la regla de reconocimiento una respuesta satisfactoria? Sí

²⁷ Voy a centrarme, sobre todo, en la versión de Hart sobre el positivismo. Esa versión es la que él, en su *postscriptum* (*supra* nota 4), denomina positivismo suave. Versiones más radicales, si quiere ponerse en estos términos, se encuentran en HANS KELSEN, *TEORÍA PURA DEL DERECHO* 55 (Moisés Nive trans., Eudeba 1996) (las consecuencias que en derecho son *debidas*, gracias a la imputación jurídica del orden normativo, no lo son desde una calificación moral. Ello nos permite afirmar—insiste Kelsen—que el derecho y la moral se ocupan de órdenes normativos distintos) y Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (2001), entre otros.

²⁸ Contra esta idea se señala que es el mismo derecho el que, por medio de sus *formulaciones normativas*, incorpora corrientemente referencias a criterios morales, de valoración, o ponderación que exigen del juez—no hay otra solución—una mirada a la moral. Hart, veremos, argumenta que la referencia a principios morales como regla de reconocimiento es posible. HART, *supra* nota 4, p. 124-5. Kelsen señala que, en esos casos, si “desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica.” KELSEN, *supra* nota 27, pp. 55-6.

²⁹ HART, *supra* nota 7, p. 185. También en H.L.A. HART, *LAW LIBERTY, AND MORALITY* (1963) (en lo que Hart denomina la pregunta histórica o causal de la relación entre la moral y el derecho).

³⁰ JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 166-7 (1999) (debo este argumento a Matías Guiloff) (la traducción es mía).

³¹ Esas normas son las que forman *el sistema jurídico* dentro del cual un grupo determinado de jueces (y donde también intervienen abogados y una comunidad) resuelve los casos que llegan a su conocimiento. Justamente porque existe una regla de reconocimiento que nos dice qué normas son válidas para justificar una decisión, y cuáles no, es que tenemos la idea y noción—aunque embrionaria—de (estar actuando dentro de un) *sistema jurídico*. HART, *supra* nota 7, p. 94-5.

³² *Id.* pp. 101-2.

³³ *Id.* p. 103 (“Decir de una determinada regla que es válida, equivale reconocer que ha superado todos los *tests* establecidos en la regla de reconocimiento y es, por lo tanto, una regla del sistema”) (la traducción es mía).

y no. Sí, porque ella nos permite afirmar que de todas las normas de conducta posibles, digamos, de todas las normas que ocupan un espacio en el ‘mundo de las normas,’ sólo algunas de ellas poseen el estatus de normas jurídicas y, por lo mismo, sólo ellas podrán ser utilizadas por los jueces para decidir los casos que se les presentan³³. Ello limita la discrecionalidad judicial en el sentido que proscribire el uso de ciertas (categorías de) normas. No, sin embargo, porque esas formulaciones normativas, una vez identificadas como partes integrantes del sistema legal en que un juez decide, se expresan en lenguaje común. Y por ello poseen los problemas propios del lenguaje: vaguedad y ambigüedad, entre otros. Si a ello sumamos la textura abierta que el lenguaje del derecho asume, la certidumbre es la excepción en un mar de ambigüedad y vaguedad. Más complejo todavía en los casos en que el derecho reclama una mirada a la moral, donde los acuerdos a nivel conceptual dan paso a desacuerdos en el nivel de las concepciones³⁴.

En un escenario tal, sostiene el positivismo *ala* Hart, quedamos atados de manos. Es cierto que las *formulaciones normativas* se expresan en lenguaje común. ¿Supone lo anterior, como afirma el realismo, que los jueces pueden hacer (y hacen) lo que quieran? No. Las palabras aguantan algunas concepciones, y dejan fuera otras —y para Hart la indeterminación es sólo una pequeña parte del conjunto de normas existentes. Pero aún así la vaguedad y ambigüedad nos presenta varias opciones y el juez, en ese caso, opta por una³⁵. Y lo hace ejerciendo una dosis irremediable de discrecionalidad de la que están dotados, justamente porque no tenemos mejor forma de limitarlos en su poder.

C. Integridad en la interpretación

Ronald Dworkin, entre otros, ha sido uno de los principales críticos del positivismo jurídico. Sosteniendo la tesis de la *integridad en la interpretación*³⁶, Dworkin afirma que el positivismo falla al no lograr dar cuenta de un tipo de normas que el sistema jurídico contempla —y a las cuales los jueces pueden echar mano para resolver los casos: los principios. Para decirlo de otra forma, en el mundo del positivismo el sistema jurídico se agota en las normas jurídicas positivas cuyo horizonte, la tesis de Dworkin, extiende a los principios que le dan consistencia moral a la práctica judicial, al derecho de una comunidad, y a la interpretación judicial dentro de ese sistema. El positivismo se ciega en frente de esos principios que forman parte del derecho y, por lo mismo, es lógico que sostenga que los jueces hacen uso de una irremediable dosis de discrecionalidad al resolver. Los jueces deberán siempre, en frente de la “irreducible textura abierta del lenguaje,” elegir. Y elegir discrecionalmente.

³⁴ El acuerdo a nivel conceptual es mayor en tanto ese acuerdo es más fácil de alcanzar. El ejemplo de la justicia o la igualdad puede servir. En principio es difícil encontrarse con detractores de tan loables principios. ¿Quién no querría alcanzar la justicia o mayores niveles de igualdad? Sin embargo, una vez que estamos de acuerdo en que mayores niveles de igualdad, por ejemplo, son deseables, la pregunta que inmediatamente sigue es, pues bien, ¿cómo alcanzamos esa mayor igualdad? ¿Incentivamos el trabajo flexibilizando los contratos de trabajo para que más gente trabaje? ¿O aumentamos los impuestos a aquellos que más acumulan? Dworkin, *supra* nota 4.

³⁵ HART, *supra* nota 7, p. 127 (“La discreción que se deja al juez producto del lenguaje puede ser muy amplia; por lo tanto al aplicar las reglas, la conclusión a la que arriba, aun cuando no sea arbitraria o ilegal, es en efecto una opción”) (la traducción es mía).

³⁶ RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986) (EL IMPERIO DE LA JUSTICIA, Barcelona, Gedisa, 2005 2a ed.).

Dworkin no está de acuerdo. Una parte importante de su argumentación en *Los Derechos en Serio*³⁷ está destinada al tema de la discrecionalidad. Para poder hablar de discrecionalidad debemos tener presente que estamos refiriéndonos a decisiones que deben adoptarse y a los límites dentro de los cuales esas decisiones deben adoptarse. No hay otra opción. Usted podrá hablar de discrecionalidad sólo cuando tiene parámetros conforme a los cuales es posible cotejar una decisión. En términos amplios, la discrecionalidad existe sólo cuando esos límites no son observados. El asunto se debate en torno a cómo se establecen esos contornos de la decisión. Dependiendo de la forma en que establezcan esos límites que debe observar quién adopta esa decisión (el juez), estaremos en presencia de una discrecionalidad en sentido débil (dos sentidos, a su turno) o en sentido fuerte. Usamos la palabra discrecionalidad en un sentido débil, cuando el marco dentro del cual deben dictarse o adoptarse ciertas órdenes es, más bien, difuso. Un segundo sentido débil de la discreción se utiliza cuando se alude a la facultad de la que se encuentra revestida una persona en cuyas manos queda la toma de una decisión final “que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.” Sigue siendo un sentido débil pues, aun cuando esa decisión no puede revisarse, posee límites —aunque difusos. Finalmente, existe un sentido fuerte de discrecionalidad. Éste se verifica cuando la toma de decisiones no se encuentra sujeto a estándar alguno impuesto por autoridad alguna. Al ser esto así, entonces, las decisiones serán discrecionales sólo cuando se verifiquen en un contexto que carece de estándares que limiten la forma en que se adoptan las mismas, es decir, ni estándar ni autoridad alguna controlarán la decisión adoptada. Libertad total³⁸.

El positivismo, al no prestar atención a esos principios que entregan consistencia al sistema jurídico, cree que los jueces que fundan sus decisiones en principios actúan discrecionalmente. Para Dworkin, sin embargo, los jueces no actúan discrecionalmente cuando invocan principios. Al menos no en el sentido fuerte que identifica esa expresión³⁹. Ello, porque una vez que los jueces son capaces de identificar los principios que dan integridad al sistema legal⁴⁰, su decisión es controlada por ellos⁴¹ —aun cuando los límites que establecen son, más bien, difusos⁴². Debemos preocuparnos de evitar la discrecionalidad fuerte pues no queremos,

37 RONALD DWORNIK, *LOS DERECHOS EN SERIO* (1984).

38 *Id.* pp. 84 y ss.

39 De todas formas, sostiene Dworkin, aun en los casos en que se resuelve discrecionalmente, en el sentido fuerte de esa expresión, existen un conjunto de criterios de sensatez justicia y racionalidad que nos permitirían criticar, igualmente, la decisión así adoptada.

40 Tarea nada sencilla, por lo demás, y a la que Dworkin dedica parte importante de *Law's Empire*, *supra* nota 36, p. 411 (“El derecho como integridad . . . [h]ace que el contenido del derecho no dependa de convenciones especiales ni de cruzadas independientes [de un juez de turno] sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar [para decidir un caso]”) (la traducción en la versión es español, p. 288).

41 Esta idea es la que justifica, en la obra de Dworkin, su tesis de la respuesta correcta. Como existen principios a los cuales los jueces recurren para decidir los casos que se les presentan, éstos no actúan discrecionalmente pues esos principios sirven de límites a la actividad de aquéllos. La respuesta existe y es siempre correcta, una tesis que, así descrita, no va ligada al contenido sustantivo de esa decisión particular. Ronald Dworkin, *La Tesis de los Derechos y la Discrecionalidad Judicial*, en *CONFERENCIAS DE RONALD DWORNIK EN CHILE 51* (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994) (“Siempre hay una única respuesta, aun cuando no estemos de acuerdo en cuál es ella y aunque no tengamos siquiera certeza de cuál es”).

42 Como expresa Squella, llamando la atención sobre el modelo de normas que propone Dworkin y su conexión con la tesis de la ‘respuesta correcta,’ “para él todo ordenamiento jurídico . . . ofrece una tal cantidad y variedad de materiales normativos, incluyendo normas propiamente tales y principios, que siempre es posible para el juez descubrir una única respuesta jurídica correcta para cada caso que conoce, incluidos los casos difíciles, de modo que la discrecionalidad judicial queda eliminada como práctica legítima.” AGUSTÍN SQUELLA, *INTRODUCCIÓN AL DERECHO* 456 (2000).

ni nos parece bien que existan, jueces irresponsables⁴³. Y ello se logra —sostiene— con un sistema legal que incorpora esos principios.

* * *

Las teorías relativas a la interpretación judicial, como hemos visto, son variadas. Todas ellas exhiben especial preocupación por los niveles de discrecionalidad de los que, decidiendo, gozan los jueces. En el contexto de los derechos del niño —argumentaré a continuación— esa es mi preocupación también. Y sugiero alguna alternativa.

3. Las exigencias de la democracia: del interés de los jueces al interés superior del niño

Todas estas tesis tienen un telón de fondo delante del cual se colocan en juego. Los jueces no trabajan en medio de la nada. La democracia es el régimen dentro del cual ellos ejercen sus funciones. Y pese a que nadie los elige⁴⁴, ejercen funciones que se les han delegado. Ellos son, para decirlo en otras palabras, funcionarios responsables. Responsables en el sentido que sus decisiones, difíciles de poder medir bajo los parámetros de la verdad y la mentira, requieren estar dotadas de legitimidad. En las líneas que siguen, y para concluir este trabajo, sostendré que, en el contexto de casos sobre derechos del niño, los jueces dotan de legitimidad sus decisiones cuando las justifican sobre la base del interés superior del niño, y no sobre sus propias convicciones⁴⁵. Sostendré, brevemente, que es posible limitar su discrecionalidad si se presta atención a la autonomía de niños y niñas, principalmente, y a la prueba técnica que los jueces deben apreciar, en segundo lugar. El rol de los jueces es, en esta propuesta, mucho más modesto.

A. Autonomía (en serio)

Debemos partir reconociendo —cosa nada de sencilla para varios de nuestros jueces y juezas— que, en el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política y regulación, para pasar a convertirse en sujetos de derecho⁴⁶. Nuestras comunidades reconocen e integran a los niños y niñas como sujetos autónomos capaces de formarse su propia opinión, de manifestarla, y de ser tomados en serio. Locke señalaba que los niños no nacían en estado de igualdad, donde un hombre no puede dominar a otro; sino que

⁴³ Id. p. 401 ("Si Hércules [el juez que Dworkin imagina encarna los valores de la interpretación que propone] hubiera decidido ignorar la supremacía legislativa y el precedente estricto cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas le permitiera mejorar la integridad del derecho, juzgado sólo como una cuestión de sustancia, habría violado la integridad en general") (la traducción en la versión es español, p. 282).

⁴⁴ Algunas ideas críticas sobre este punto en Christian Courtis, *Reyes Desnudos: Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Mari (Roberto Bergalli, Claudio Martiniuk, Comps., 2003).

⁴⁵ E incluso sobre las decisiones de sus propios padres.

⁴⁶ Michael D. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, en 3-4 REV. DER. DEL NIÑO 251, 258 (argumentando que en la medida que reconocemos derechos a los niños dejan de ser esclavos).

nacían *para la libertad*⁴⁷. Freeman, por su parte, agrega que la igualdad es insuficiente para garantizar los derechos de los niños y que debemos, por ello, valorar su autonomía⁴⁸. Me sumo a su reclamo. En esa misma línea, la Convención señala que debe garantizarse “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”⁴⁹. Freeman insiste en que “[u]na teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no sólo la igualdad, sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes”⁵⁰. Similar es el planteamiento de Batista, para quien la Convención introduce una modificación conceptual desde que “convirtió a los niños y adolescentes —hasta entonces entendidos como *objetos del proceso*— en *titulares de derechos y obligaciones* que les son propios—de acuerdo con su condición peculiar de ser personas en desarrollo”⁵¹. Ese “*para la libertad*,” de Locke. Agrega que el ‘nuevo derecho’ que crea la Convención impacta en la labor judicial que requiere, ahora, de un juez altamente calificado, “capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional”⁵². Este punto es de especial importancia. Debemos recordar que en la OC-17 los estados son llamados a integrar “el interés superior del niño, entendido como premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”⁵³. Incluidos los jueces, para quien la valoración adecuada de la autonomía de los niños, es un límite a su discrecionalidad, y los padres⁵⁴.

47 JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 304 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1698). Jeremy Waldron ha sugerido que estas ideas de Locke relativas a los niños deben ser entendidas en su justo contexto. Así, ha señalado que el telos y objetivo de la responsabilidad de los padres para cuidar a sus hijos (“que nacen débiles y desamparados”) es la “igualdad del niño con sus padres, y no algún estado de subordinación continua que pueda extraerse fácilmente del hecho que el padre ha sido creado completamente, y el infante no.” JEREMY WALDRON, GOD, LOCKE, AND EQUALITY: CHRISTIAN FOUNDATIONS IN LOCKE’S POLITICAL THOUGHT 24 (2002).

48 Freeman, *supra* nota 46, p. 268.

49 Artículo 12.1.

50 *Supra* nota 46 (se omiten sus notas al pie). Para Freeman la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y, sobre ellos, configuramos su autonomía, p. 271. Una crítica a la derivación de derechos constitucionales a partir de derechos morales en Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, en 13 O.J.L.S. 18 (1993).

51 Joao Batista Costa, *El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*, en 2 REV. JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO 39, 43 (2000).

52 *Id.* p. 45.

53 CORTE IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 Ago., 2002, p. 595.

54 Algunas notas sobre la intervención estatal, el control de niños por sus padres y la valoración de la autonomía en Robert A. Burt, *Desarrollando Derechos Constitucionales de, en y para los Niños*, en DERECHO Y GRUPOS DESAVENTAJADOS 169 (Roberto Gargarella ed., 1999) pp. 170-4. En Chile, el debate sobre decisiones autónomas de jóvenes y adolescentes, versus decisiones de los padres, se verificó a propósito de la entrega gratuita y sin necesidad del consentimiento de los padres de la anticoncepción de emergencia. Pese a que se intentaron varias acciones de protección (amparos constitucionales) destinadas a revertir la medida, las cortes rechazaron los recursos. Los recurrentes argumentaban que, con esa medida, se desconocía el derecho constitucional a la educación preferente que los padres tienen sobre los hijos. La corte rechazó las acciones sin prestar mayor valor a la autonomía de las adolescentes involucradas. Verónica Undurraga, *Anticoncepción de emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres*, en 3 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 163, 176-70 (2007) (disponible en: http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario03/7- SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIII_UndurragaValdes.pdf) (argumentando que en estos casos, las mujeres cuya autonomía no fue considerada poseían 3 variables que afectaba aún más su situación: la de ser mujeres, jóvenes, y pobres). La autonomía de las jóvenes involucradas tampoco estuvo presente en los debates políticos, según señalé en *Privacidad, Madurez, y Derechos del Niño*, LA NACIÓN, 19 de Octubre, 2006 (disponible en: http://www.diariolanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20061018/pags/20061018211545.html) (“La pregunta que parecen formularse quienes se oponen a esa política, es si acaso el Estado invade el derecho exclusivo y excluyente de los padres a educar. Esa pregunta, sin embargo, prescinde de los derechos de las niñas involucradas. Prescinde de su derecho a la autonomía y privacidad”).

Algunos casos pueden servirnos a entender mejor este punto. En el caso *Gillick*⁵⁵ la House of Lords señaló que cuando la persona, sin importar si es niño o niña, “es capaz de entender lo que se le propone y de expresar sus propios deseos, no veo dónde puede haber una buena razón para sostener que él o ella carece de la capacidad para expresarlos válida y efectivamente”. La regla no es rígida y varía con el tiempo en la medida que los niños y niñas están más cerca —para insistir con Locke— de esa libertad *para* la cual nacen⁵⁶. Libertad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que somos capaces de reconocerles y que va de la mano con el momento en que los niños adquieren “el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaces de tomar una decisión [informada] a su propio cargo.”

¿Supone lo anterior que la opinión del niño decide la cuestión? Desde luego no lo hace, como tampoco lo hace la relación de hechos del demandante y la defensa del demandado. En *In re W*⁵⁷ la Corte de Apelaciones reafirma el criterio establecido en *Gillick*. Realiza, sin embargo, una importante distinción —importante en el sentido que esclarece el rol del tribunal. Si bien en *Gillick* se sostuvo que el niño (que reúne las condiciones que detalla) puede oponerse a la decisión de sus padres en materia de consentimiento para atenciones médicas, no se dijo nada respecto al poder de un tribunal para vetar la opinión del niño. La Corte sostuvo que la anorexia, en ese caso concreto, “es capaz de destruir la habilidad para realizar una decisión informada . . . [A]l momento que el caso llega a esta corte, la condición de la niña se ha deteriorado tan drásticamente que esta corte habría actuado con negligencia de sus deberes si no hubiese revocado su decisión.” El derecho —consecuencia necesaria de reconocer la autonomía del niño— no es absoluto. Como sostiene Freeman, hay ciertas situaciones en las que la irracionalidad de la decisión del niño debe ser considerada justamente para revocar la misma. Lo que debemos cuidar, desde luego, es no permitir que el juzgador contrabandee sus propias decisiones y convicciones bajo ese manto de (entonces aparente) irracionalidad⁵⁸. Desde luego la tarea no es sencilla. Freeman por ejemplo, señala que una decisión será manifiestamente irracional— y, por lo tanto, susceptible de ser revocada por un tribunal —cuando de aceptarse “socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible”⁵⁹— como ocurre en el caso de la niña anoréxica antes descrito.

Debemos dejar margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus (propias) decisiones, incluyendo los errores que de ellas se sigan. Pero debemos evitar la irracionalidad en las mismas. Por cierto que no es este el momento para discutir estas cuestiones con latitud,

⁵⁵ [1986] 1 FLR 224, *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*, House of Lords, 17 de Octubre de 1985.

⁵⁶ La misma sentencia señala que “[e]s preciso tener en cuenta que un niño llega a ser independiente en la medida que va creciendo; mientras el niño es mayor, la autoridad parental va—correspondientemente—disminuyendo. Por lo mismo la ley no reconoce ninguna regla de autoridad parental absoluta sobre alguna determinada edad. En cambio de ello, los derechos parentales son reconocidos por el derecho sólo en cuanto ellos son necesarios para la protección del niño, por lo que esos derechos ceden frente a los derechos del niño a tomar sus propias decisiones cuando ha alcanzado el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaz de tomar una decisión [informada] a su propio cargo. En concordancia con lo anterior, una niña menor de 16 años no carece de la capacidad de consentir en un tratamiento médico anticonceptivo por la sola consideración a su edad”.

⁵⁷ [1993] 1 FLR 1, *Re W*, Corte de Apelaciones, 10 de Julio de 1992.

⁵⁸ Freeman, *supra* nota 46, p. 272.

⁵⁹ *Id.*

pero me interesa dejar en claro lo siguiente. Si concedemos autonomía a una persona para tomar decisiones que ella misma sabe que afectará su vida, por ejemplo, poniéndole término a ésta, ¿por qué la muerte debería ser un límite a la decisión?⁶⁰ En el caso de los niños, y en el contexto al que acá venimos aludiendo, ello podría justificarse en que ellos y ellas no logran la total libertad *para* la cual nacen. El balance no es sencillo: mientras la libertad no es la misma que reconocemos a un adulto, que ya no se desarrolla *para* la libertad, sino *en* libertad, tampoco se trata —y eso argumento acá— de privar al niño de poder decisorial. Por ejemplo, en el caso anteriormente descrito, la Corte no revocó la decisión de la niña que rechazaba un tratamiento, sino que la revocó sólo en cuanto rechazó la forma básica de tratamiento que le permita mantenerse con vida. En el resto sigue vigente su voluntad para consentir en el tratamiento médico que estime conveniente⁶¹ —salvo en aquél que pueda socavar sus opciones “futuras de vida” que le permitirán alcanzar esa libertad *para* la cual ha nacido.

B. La prueba técnica

Ahora bien, ¿cómo reconocemos la autonomía del niño? ¿Cómo es posible determinar su grado de entendimiento y consiguiente facultad para expresar sus deseos? En la primera parte de esta sección me interesaba responder cómo debíamos considerar al niño y sus decisiones. Acá lo que me importa es proponer una forma por medio de la cual podamos limitar la discrecionalidad del juez al momento en que éste determina ese grado de autonomía. Me interesa evitar que el juez realice un ejercicio discrecional⁶² de su poder, privando al niño de autonomía y poder decisorial. Me preocupa, para insistir, que el juez prefiera satisfacer sus propias convicciones de vida, antes que las del niño —a quien, desde luego, asignará escaso papel en esa determinación, y bajo poder decisorial.

Acá es donde, me parece, la prueba técnica tiene un rol importante que jugar. Esa prueba debería ser la base, junto a la opinión del niño, sobre la cual el juez fundará su decisión. Y sobre lo cual deberá hacerse cargo. Quiero insistir en que la prueba técnica, típicamente conocida como prueba pericial, no debe reemplazar la labor del juez⁶³. Sino, cosa distinta, elevar la carga argumentativa de éste —haciendo que las cosas sean más difíciles para el

⁶⁰ El caso, por cierto, no se encuentra resuelto tampoco para los adultos, y menos en el contexto judicial chileno. Un análisis del tratamiento que el derecho a la vida ha recibido en Chile en GASTÓN GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN (2005) (en especial el capítulo 5).

⁶¹ El tribunal de primera instancia tuvo que decidir solamente entre dos alternativas: o permitía los deseos de la niña y no se le aplicaba tratamiento alguno, o no lo permitía y se le aplicaba un tratamiento médico. En el intertanto, la niña había consentido en una orden de emergencia que la obligaba a ingerir alimentos, por lo que la Corte tuvo una tercera posibilidad: la de ajustarse a los deseos de la menor que ha consentido en seguir adelante con una forma de tratamiento, según lo dispuesto en la orden de emergencia. Por ello la Corte concedió la apelación en un sentido restringido: para permitir que se mantenga el tratamiento concedido en la medida de emergencia que, a final de cuentas, era el tratamiento con el cual la niña estaba, ahora, consintiendo.

⁶² En el sentido *fuerte* al que se refería Dworkin más arriba.

⁶³ Mauricio Duce, *La Prueba Pericial en los Procesos Orales*, en ESTUDIOS DE DERECHO EN HOMENAJE A RAÚL TAVOLARI OLIVEROS 383, 384-92 (Alejandro Romero coord., 2007) (argumentando que el excesivo uso de la prueba pericial alienta la sustitución del trabajo judicial por el de los expertos, al tiempo que ésta, admitida indiscriminadamente, afecta la utilización racional de los recursos con que cuenta el sistema —y que se destinan a cada caso particular).

juez que quiera ver sus propias convicciones satisfechas. Permítanme situarlos en un caso que representa el tipo de situaciones que me preocupan. En *Atala*⁶⁴, la Corte Suprema chilena privó a una madre lesbiana de la tuición sobre sus hijas— con quienes ella había vivido desde su separación con el padre de éstas. La razón por la cual la Corte decide entregar la tuición de las niñas al padre, fue la de considerar que la madre, al habitar con su pareja lesbiana el mismo hogar, había antepuesto su propio interés al (interés superior) de las niñas⁶⁵. Además, estimó que esa composición familiar no correspondía a la idea de familia tradicional chilena⁶⁶ y, por lo mismo, ello redundaría en burlas y discriminaciones de su entorno —que la Corte se proponía evitar⁶⁷. Las niñas, sin embargo, habían manifestado encontrarse a gusto con su madre; la prueba técnica, la pericia sobre ellas, indicaba que las niñas no poseían desórdenes psicológicos— y era improbable que fueran a sufrirlos. Pese a ello —y para lo que me interesa destacar acá— la Corte Suprema señaló que las pruebas técnicas, tales como informes sociales, psicológicos y otros, deben ser sólo un antecedente más a considerar. Así, señaló que:

“... en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba”⁶⁸.

Como señala Mauricio Duce, es cierto que no debemos admitir prueba pericial sobre aspectos cuya decisión la ley entrega al juez⁶⁹. En eso Duce coincide con la Corte. Sin embargo, lo que debemos esperar de ésta es un ejercicio argumentativo que nos indique cuáles son las razones para desechar esa prueba⁷⁰, sobre todo considerando la larga relación y análisis que

⁶⁴ Sentencia Rol 1.193-03, Corte Suprema Chile, 31 de Mayo de 2004.

⁶⁵ *Id.*, considerando 16°.

⁶⁶ *Id.*, considerando 16° (“Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave...”) (el destacado es mío).

⁶⁷ *Id.*, considerando 16° (“Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”). A mediados de los años 80s una corte estatal de los Estados Unidos había conferido la tuición de un niño a su padre, y contra la madre, sobre la base del matrimonio que ésta había contraído con un afro americano. El argumento central de ese tribunal era que, de mantenerse a la niña en el hogar ‘birracial’, “era seguro que sería objeto de una fuerte estigmatización social.” La Corte Suprema revocó esa decisión, argumentando que “[l]a Constitución no puede controlar esos prejuicios pero tampoco puede tolerarlos. [Esos] Prejuicios privados deben estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, ni directa ni indirectamente, otorgarles efecto.” *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), citado en RICHARD H. FALLON JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION. AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 120-1 (2004).

⁶⁸ Corte Suprema Chile, *supra* nota 64, considerando 14°.

⁶⁹ Duce, *supra* nota 63, pp. 384-5 (argumentando que la admisibilidad indiscriminada de prueba pericial debe evitarse a objeto de: (a) impedir que los jueces descansen exclusivamente en la labor de los expertos—lo que mina las bases de legitimidad de las sentencias—y (b) de aminorar el impacto que este tipo de pruebas causa en el juzgador).

⁷⁰ Los jueces pueden verse varias veces frente a esa tarea, como, por ejemplo, cuando tengan a la vista dos informes periciales que concluyen en sentidos diversos (i.e.: las niñas si se verán afectadas por la relación lésbica de su madre vs. las niñas no tendrán problemas).

el tribunal de instancia efectuara sobre esos informes⁷¹. Déjenme insistir con un ejemplo. Es cierto que los jueces pueden resolver, como ocurre en los asuntos de familia —al menos en Chile⁷²— conforme a las reglas de la sana crítica. Pero de ello no se sigue que los jueces puedan resolver cómo quieran y, por lo mismo, les exigimos argumentar para poder conocer cuáles son las razones que definitivamente logran su convicción⁷³. ¿Qué señaló la Corte? Prefirió ella ‘producir’ su propia prueba técnica señalando que:

“... aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”⁷⁴.

Sólo para el caso en que se quiera insistir con la autonomía, cabe señalar que el tribunal de instancia no sólo valoró los informes relativos a la integridad de las declaraciones de las niñas; sino que, además, hizo mención expresa de la voluntad de éstas de volver a vivir con su madre⁷⁵ —aun cuando insiste en que, por su corta edad, sus declaraciones son consideradas sólo como un antecedente más⁷⁶. La Corte Suprema, sin embargo, no se refiere a la declaración de las niñas pues, en su concepto, el interés superior de ellas se respetaba evitando la posible confusión de roles paterno y materno⁷⁷. Para decirlo en el contexto de los elementos que vengo analizando en esta sección, la Corte no se hace cargo de evaluar la autonomía de las niñas, y de paso no presta atención —pues sólo son un elemento más— a la prueba técnica que buscaba situar a las mismas en su grado de entendimiento, madurez, desarrollo psicológico y social (entre otros factores).

¿Qué ha ocurrido en derecho comparado? Permítanme volcar la atención nueva y brevemente, a los casos ingleses. En ellos, en general, los tribunales han declarado que la sola condición

⁷¹ Juzgado de Villarrica, 29 de Octubre de 2003, considerando 23°.

⁷² Ley No 19.968 (D. Of. 30 de Agosto de 2004), artículo 32°.

⁷³ El juez que descansa indebidamente en la prueba técnica, dejando de cumplir su labor para (auto) sustituirse por las prueba técnica, afecta la legitimidad de la decisión judicial. Es cierto (Duce, *supra* 63, pp. 385-7). Pero también es cierto que ese es un juez que está haciendo mal su trabajo, como ocurre también con el juez que hace un uso indebido de la sana crítica—no fundando, por ejemplo, su decisión.

⁷⁴ La misma Corte había ordenado entregar la custodia provisoria al padre.

⁷⁵ Juzgado de Villarrica, *supra* nota 71, considerando 36°.

⁷⁶ Una crítica a esta sentencia en Patsili Toledo, *Derechos Humanos y Tuición*, en 1 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 145 (2005) (disponible en: <http://www.anuariochd.uchile.cl/anuario1/14derechos-humanos-tuicion.pdf>). No es que los jueces chilenos siempre resuelvan así, como lo hizo la Corte Suprema en este caso. Por ejemplo, se puede tomar nota de la labor activa del juez en *Menor M.R.B.S.M.*, donde uno de los ministros de la sala se entrevistó con la niña concluyendo, fundadamente, que:

“se trata de una menor muy inteligente, vivaz, conocedora de la situación, no obstante que a la fecha tiene 8 años de edad y cuando retornó a Chile sólo tenía un poco más de 6 años, recuerda la situación vivida, dice que sus padres discutían, que su mamá trataba de aquietar las cosas, pero no su papá, la castigaba por malas notas en dictado; que la llama por teléfono y luego lo hace con su madre con quien discute; que sólo una vez vino a verla a Chile; que se lleva muy bien con su media hermana (...) relata tener muchas amigas; estar contenta en su colegio, cursa 4° año básico, que se integra con todos sus compañeros, que sólo ha sacado una nota mala en dictado. Expresa que su padre es muy enojón y que ella estaba en su pieza estudiando y los escuchaba discutir y que su mamá quería tranquilidad pero él insistía, no sabe bien de qué, pero en voz alta.”

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 1998, considerando 8°. Lo que estoy argumentando es que, de existir prueba técnica, supongamos, en contra de las conclusiones a que arriba el juez, entonces éste tiene un deber argumentativo superior al que poseía sin la existencia de esos antecedentes. Duce insiste en que el juez no debe sustituir su labor por la de los expertos. Y estoy de acuerdo en él. Ocurre, sin embargo, que la admisibilidad de prueba técnica destinada a medir el grado de madurez del niño, así como los posibles efectos de su decisión, por ejemplo, deberá ser analizada para el caso concreto—si se logran los estándares que propone en Duce, *supra* 63, pp. 399-424 (pertinencia o relevancia de la prueba pericial, y necesidad del conocimiento experto).

de homosexualidad o lesbianismo del padre o de la madre no constituye, *per se*, razón para privarlos de la custodia legal sobre sus hijos, aunque se trata de un factor a considerar⁷⁸. En cuanto a la prueba técnica, ésta se ha centrado, más que en la determinación del grado de madurez de los niños involucrados, en las posibles consecuencias que se podrían seguir de permitirse la tuición por gays y lesbianas. En *S v S*⁷⁹ la Corte de Apelaciones decidió privar a una madre lesbiana de la tuición de su hija sobre la base del supuesto peligro social al que se exponía a las niñas, pese a que la evidencia psiquiátrica señalaba lo contrario. Los intereses de los jueces, antes que la autonomía de los niños involucrados y la prueba técnica fueron, de nuevo, la base de la decisión⁸⁰. Más radical aún fue el juez Balcombe LJ, quien revocando una decisión de primera instancia que había mantenido la tuición de una niña en su madre lesbiana asigna a los jueces un rol sorprendente.

“Como sociedad somos hoy menos homogéneos que hace 100 o 50 años atrás, y estos estándares [los morales] pueden ser diferentes entre diferentes comunidades, y un juez puede en casos apropiados recibir evidencia sobre los estándares [morales] aceptados en una comunidad determinada, pero a falta de tal evidencia y donde, como aquí, el niño no proviene de ninguna etnia particular, el juez está facultado, y de hecho atado, para con su propia experiencia determinar cuáles son esos estándares”⁸¹.

Al menos debemos reconocer que el juzgador anglosajón fue más sensato que los jueces de la Corte Suprema chilena. Él decidió asumir el rol de defensor moral de su comunidad, mientras los jueces chilenos insistían en que, su decisión, se justificaba en el interés superior de las niñas. Lo que me interesa remarcar es que este tipo de razonamientos son los que debemos evitar. El juez no es guardián de la moral, sino responsable de resolver las contiendas judiciales sobre la base de los estándares legales que el sistema coloca a su disposición. En el caso en comento son los propios jueces los que se auto otorgan el papel de oráculos, como si fueran capaces de colocarse sobre los cambios culturales y mostrarnos con su experiencia —que desde luego, no escapa a esa comunidad sobre la cual se pronuncian— cuáles son los estándares morales que una comunidad política acepta en un momento determinado. No debemos pasar por alto, como ha señalado Waldron, que en los tribunales colegiados los mismos jueces se ven enfrentados a la necesidad de colocar en juego sus diferentes posturas y, tal como la sociedad, establecer desacuerdos razonables. A final de cuentas los

⁷⁸ ANNE BARLOW ET AL., *ADVISING GAY AND LESBIAN PARENTS. A GUIDE FOR LAWYERS* 42 (1999).

⁷⁹ [1980] FLR 143, Corte de Apelaciones, 21 de Junio de 1978.

⁸⁰ Muy en línea con la Corte Suprema en *Atala*, señaló que:

“[s]in perjuicio de las nuevas actitudes del parlamento, o de la tolerancia pública, que puede permitir comportamientos consentidos entre adultos mayores de 21 años, ello no entrega título alguno a las cortes para relajarse, en cualquier grado, en la vigilancia y severidad con la que ellas deben mirar los riesgos a los cuales los niños pueden ser expuestos, sobre todo en edades críticas, por formas de vida, como las que este caso ilustra, que pueden llevar a la separación de la sociedad normal, estrés e infelicidad psicológica e incluso la posibilidad de experiencias físicas que pueden dejar cicatrices en los niños de por vida”.

⁸¹ *C v C* [1991] 1 FLR 223, Corte de Apelaciones, 24 de Agosto de 1990. El argumento central de la decisión era que:

“[a] pesar del cambio experimentado por nuestra sociedad durante los últimos 30 años con respecto al matrimonio, la moralidad sexual y las relaciones homosexuales, creo que es preferible como ambiente ideal para la crianza de un niño el hogar donde se le entregue amor de parte de sus padres, cuidadosos y sensibles; de su padre y su madre. Cuando el matrimonio entre un padre y la madre termina, ese ideal no puede obtenerse . . . Cuando la corte es llamada a decidir cuál de las dos alternativas posibles es preferible para el bienestar del menor, su deber es elegir la alternativa que más se aproxime a esa situación ideal.”

jueces son personas —el punto fuerte del *realismo judicial*— viven en una comunidad y es posible esperar de ellos desacuerdos, por ejemplo, sobre los principios morales que deben admitirse en esa comunidad. De hecho, nos damos cuenta de esos desacuerdos cuando los jueces deben decidir un caso y, en ausencia de unanimidad, votan. La regla de la mayoría permite que haya ganadores y perdedores en un tribunal⁸².

Para concluir, no debemos obviar un aspecto interesante de la sentencia —al menos como estándar legal: la importancia que le asigna a la evidencia de expertos⁸³. La sentencia señala que los jueces asumen ese ‘súper poder’ — con el que no estoy de acuerdo— sólo en caso de ausencia de evidencia. Lo que ocurre es que en ese caso concreto lo que hay es ausencia de evidencia sobre los estándares morales, no ausencia de evidencia sobre cuáles son los efectos que se van a seguir para un niño que vive con su madre lesbiana. El tribunal acomoda el desacuerdo entre los litigantes desde el plano jurídico (¿habrá daño para la menor?) al moral (¿aceptamos estas relaciones como ‘normales’?). Y así lo decide. En *Re W*, sin embargo, la Corte de Apelaciones revocó una sentencia en un procedimiento de tuición, señalando que el juez de primera instancia se había apartado de las recomendaciones de la oficina de bienestar. Esos informes no son vinculantes para las cortes, las que varias veces se han apartado de ellos, por ejemplo, a petición del propio niño cuando cuenta con representación particular. Cuando la Corte decide apartarse, sin embargo, debe explicar las razones que justifican esa decisión, que es lo que vengo acá proponiendo⁸⁴.

C. La constitucionalización como señal

Para terminar, déjenme agregar un par de consideraciones finales. Primero, el valor de la autonomía supone que consideramos a los niños como sujetos de derecho, antes que como objetos de protección o de política pública. Una manifestación digamos *débil* de un juez que considera importante la autonomía de los niños, es la de permitir y valorar la declaración que éstos presten en el contexto de un juicio⁸⁵. Para evitar que los tribunales puedan decidir discrecionalmente el grado de autonomía de los niños, he propuesto prestar especial atención a la prueba pericial, la cual, siguiendo a Duce, si bien no es decisiva, me parece, aumenta el estándar argumentativo del tribunal⁸⁶. Ello debería permitirnos alejarnos de jueces decidiendo sobre la base de sus propias convicciones morales —como mostré a propósito de los casos sobre tuición y lesbianismo— o, al menos, mostrarnos claramente cuando ello ocurre. En resumen, cuando los jueces no cumplen con el papel que esperamos que cumplan.

⁸² Jeremy Waldron, *Precommitment and Disagreement*, en *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS* 271, 283-4 (Larry Alexander ed., 1998).

⁸³ Barlow et al., *supra* nota 78, p. 45.

⁸⁴ [1999] 2 FLR 391, Corte de Apelaciones, 24 de Febrero de 1999 y [1985] FLR 1140.

⁸⁵ Declaraciones que, de acuerdo a la mayoría de las legislaciones, son obligatorias.

⁸⁶ En estos casos la prueba técnica se refiere al grado de entendimiento, madurez y coherencia en las declaraciones de los niños, antes que sobre puntos de derecho. El juez, incluso en estos casos, tiene, todavía, la facultad de decidir cuál de esas pruebas logra convencerlo. Para ello debe argumentar—lo cual, comprenderán, teniendo a la vista la decisión de la Corte Suprema chilena en *Atala*, no está de más recordarlo.

Segundo, es preocupante la escasa atención que la Corte Suprema prestó a las declaraciones de las niñas en el marco del caso *Atala*. Digo que es preocupante pues ello indica que la *matriz* de los jueces más antiguos sigue siendo la de considerar al interés superior del niño como una manifestación —aunque con distintas palabras— del deber de protección. En otras palabras, de su deber de decidir qué es mejor para los niños, con independencia de los informes sociales y psicológicos (“son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces”) y de las propias declaraciones de los niños. Esa preocupación se ha revitalizado recientemente cuando el Tribunal Constitucional chileno decidió sobre una indicación parlamentaria que proponía un aumento de penas en el marco de la discusión de la (nueva) Ley de Responsabilidad Penal Juvenil⁸⁷. En ella, la primera oportunidad en la que el Tribunal se pronuncia sobre derechos del niño, sigue vigente la matriz de la protección y, más grave aún, la de la no especialidad de los derechos del niño. Para nuestro Tribunal Constitucional basta que las leyes —en este caso, la de responsabilidad criminal— reconozcan formalmente el interés superior del niño⁸⁸. Que existan disposiciones en ese sentido es prueba suficiente —sostiene el Tribunal— de que “la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir...”⁸⁹ Más preocupante resulta, aún, el rol que asigna a la convención, la que equipara al respeto de los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo III de la Constitución que, no está de más recordar, en parte alguna se refiere a los derechos del niño. Así, señala que:

“...corresponde al Tribunal Constitucional... cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano”⁹⁰.

La (aparente) protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución implica, en concepto del Tribunal, la necesaria protección de los derechos que reconoce la Convención, lo que desconoce la especialidad de los derechos del niño que, para terminar —e insistir con Locke— nacen *para* la libertad⁹¹. Asimilando la situación de niños y jóvenes

⁸⁷ STC Rol No 786, 13 de Junio de 2007 (disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol0786.pdf>).

⁸⁸ *Id.* considerando 27°.

⁸⁹ *Id.* considerando 28°.

⁹⁰ *Id.* considerando 30°.

⁹¹ La ausencia de especialización es mucho más evidente si se presta atención al considerando 33°, donde el Tribunal argumenta que la prohibición de poder decretar internación en régimen semicerrado, durante los dos primeros años de cumplimiento de la pena: “... no envuelve una vulneración de derechos del sentenciado y se inserta por completo dentro de los criterios de política criminal que corresponde ponderar exclusivamente a los legisladores... Si así no se entendiera, toda innovación legal que asignara una pena única a un delito anteriormente sancionable conforme a una escala gradual o que entrañara un incremento de penas o un mayor rigor en sus modalidades de cumplimiento entraría en colisión con los derechos esenciales del ser humano, lo que no puede compartirse.”

infractores a la de los adultos, el Tribunal evidencia la contradicción en que se incurre al acercarse a los derechos del niño sin la adecuada especialización. Esa misma falta de rigurosidad es capaz de negarles la autonomía para determinar tratamientos médicos —como la anticoncepción de emergencia— pero no para assimilarlos a los adultos en materia criminal. La constitucionalización de los derechos del niño, entonces, podría ser una importante señal sobre la necesidad de esa especialización; lo que Batista llamaba el nuevo paradigma del juez en el contexto de los derechos del niño⁹².

4. Conclusiones

El objetivo de este trabajo ha sido modesto. Comencé reseñando, brevemente, algunas teorías relativas al rol de los jueces en frente de los estándares que guían (y limitan) su poder de decisión. Hemos acordado que ni leyes, ni tratados, ni constituciones, ni reglamentos poseen reglas lo suficientemente claras como para exigir de los jueces una mera aplicación de sus contenidos. Sin embargo, en el contexto democrático, y bajo una tradición que desconfía del poder puesto en manos de funcionarios responsables, pero no elegidos, debemos cuidar de limitar su discrecionalidad.

He sostenido que ello es posible si tomamos en cuenta la autonomía y la prueba técnica, como herramientas que traducen el interés superior del niño en realidad (la segunda como elemento de la primera). Ellas suponen un rol mucho más modesto para el juez. Un rol que nos acerca más al juez marioneta, que al juez artista. Reclaman, asimismo, un contexto particular para el juez que resuelve este tipo de casos. La ausencia de un acercamiento especializado a los derechos del niño, como ocurre en la sentencia del Tribunal Constitucional, es manifestación de una escasa voluntad de adecuarse a los nuevos paradigmas del derecho. Una excesiva confianza en el camino recorrido, y en las actuaciones pasadas.

⁹² *Supra* nota 51.

EL FUTURO DE LA JUSTICIA JUVENIL: PERSPECTIVAS EUROPEAS*

FRIEDER DÜNKEL**

1. Tendencias contemporáneas en la reforma de la política criminal juvenil

Por toda Europa están surgiendo *tendencias en la política criminal juvenil* que se basan en las nociones de subsidiariedad y proporcionalidad de las intervenciones estatales contra los infractores juveniles, y que se fundamentan en las reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil de 1985 o en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989. Más específicamente, estos desarrollos incluyen, por un lado, la *expansión de las garantías procesales*, y por otro, la *limitación o reducción de la intensidad de intervenciones* en el campo de las condenas.

Sin embargo, más recientemente hemos presenciado *desarrollos contrarios* en varios países europeos que implican una *intensificación de la política e intervenciones de la justicia juvenil* mediante la elevación de los máximos en las sentencias de detención juvenil e introduciendo otras formas de internación en centros de seguridad. Las reformas a la justicia juvenil en *Holanda* en 1995 y en algunos aspectos las de *Francia* de 1996, 2002 y 2007 deberían mencionarse en este contexto, así como las reformas de *Inglaterra* en 1994 y 1998 (para un resumen ver *Dünkel* 2003; *Kilchling* 2002; *Cavadino/Dignan* 2002: 284 ff.; 2006: 215 tl; *Junger-Tas/Decker* 2006; *Bailleau/Cartuyvels* 2007). En otros países como Alemania subsiste una política criminal juvenil orientada al bienestar y se mantiene un enfoque de justicia moderado (prioridad a la diversificación y “educación en vez de castigo”, ver *Dünkel* 2006). Muchos países han implementado elementos de “*justicia restaurativa*” (reparación, mediación, conferencias familiares, ver por ej. Bélgica e Irlanda del Norte, *Dünkel/Grzywa/Pruin* 2009).

Las causas del enfoque más represivo o “neo-liberal” observado en algunos países son diversas. Es probable que la nueva tendencia “punitiva” proveniente de EEUU, con leyes penales enfocadas a la retribución y la disuasión, no dejara de tener un impacto considerable en algunos países europeos, particularmente en Inglaterra y Gales. Este “nuevo punitivismo” (*Pratt et al.* 2005; ver también *Garland* 2001; 2001a; *Roberts/Hough* 2002; *Tonry* 2004) no se detiene ante las puertas de la justicia juvenil. Sin embargo, la justicia juvenil es más “inmune” a las tendencias neo-liberales, en la medida que los estándares internacionales

¹ Este artículo fue traducido de su original en inglés por Julio Cortés Morales.

² Profesor de la Universidad de Greifswald, Alemania.

de derechos humanos (ver abajo 4. y 5.) impiden un giro total en la política de justicia juvenil. Las orientaciones hacia leyes penales más represivas han ganado importancia en algunos países que enfrentan problemas particulares con jóvenes migrantes y/o miembros de minorías étnicas, y problemas con la integración de personas jóvenes al mercado laboral, especialmente con el creciente número de jóvenes viviendo en sectores segregados y deteriorados de la ciudad. A menudo ellos no tienen perspectivas reales de escapar de la marginalidad, fenómeno que “socava la estabilidad y cohesión social y crea mecanismos de exclusión social” (ver *Junger-Tas* 2006, p. 522 ff., 524).

Un asunto reciente dentro del debate sobre las reformas a las leyes sobre bienestar y justicia juvenil es la noción de hacer criminalmente responsables a los padres de jóvenes infractores. En Inglaterra, la autodenominada *orden parental* puede ser impuesta a padres que no tienen éxito en su rol de supervisión, haciéndolos criminalmente responsables de los delitos perpetrados por sus hijos por la vía de imponer, por ejemplo, una multa o la obligación de participar en cursos de apoyo para padres. Francia presenció una intensificación de la responsabilidad parental en el 2002, que implicó que los beneficios por los hijos (*Kindergeld*) pueden ser recortados si a éstos se les ubica en una institución de seguridad. Más aún, se les puede imponer una multa si no se presentan ante la corte juvenil habiendo sido citados por el tribunal (ver *Kasten* 2003, p. 387).

En Inglaterra el concepto de *responsabilización* se ha convertido en un pilar de la justicia juvenil (ver *Graham* 1998; críticamente: *Cavadino/Dignan* 2004; 2006). Lo que resulta positivo en este sentido es que la promoción de la responsabilidad está conectada a la expansión de la conciliación víctima-agresor (*Täter-Opfer-Ausgleich*), de la *mediación* y la *reparación*. Pero es, sin embargo, más problemática a la luz de la abolición de la condición de *doli incapax* de los niños entre 10 y 14 años de edad, que significa una reducción considerable de la edad de responsabilidad criminal. Las tendencias de la justicia juvenil inglesa pueden ser vistas como sintomáticas de las orientaciones neo-liberales bajo los términos claves de *responsabilidad*, *restitución (reparación)*, *justicia restaurativa* y la (a veces abiertamente reconocida) *retribución*. Las llamadas “4 Rs” han reemplazado las “4 Ds” de los debates de los años 1960 y 1970 (*diversificación*, *descriminalización*, *desinstitucionalización*, *debido proceso*) (ver *Dünkel* 2003). El carácter retributivo puede ser ejemplificado con la exigencia de un diseño de intervenciones comunitarias que sean “duras” y “creíbles”. Por ejemplo, el “tratamiento comunitario” de los 60 fue reemplazado por el “castigo comunitario” de las décadas de 1980 y 1990. *Cavadino* y *Dignan* engloban estas corrientes en el denominado “modelo neo-correccional” (ver *Cavadino/Dignan* 2006, p. 210 ff; ver también *Bailleau/ Cartuyvels* 2007 y 2. abajo).

En el caso de los países continentales europeos, no hay, sin embargo, evidencia de una regresión a las concepciones clásicas de los siglos 18 y 19. Existe una adhesión general a los principios previos de educación o prevención especial, aunque los elementos de justicia también han sido reforzados. De ahí que el área de conflicto —si no la paradoja— entre

educación y castigo se mantiene en evidencia. Las leyes de reforma que se aprobaron en Austria en 1988 y 2001, en Alemania en 1990, en Holanda en 1995, en España en 2000 y 2006, en Portugal en 2001, en Francia y en Irlanda del Norte en 2002, así como en Lituania en 2000 (ver *Dünkel/Sakalauskas* 2001), la República Checa en 2003 (ver *Válková* 2006) o en Siberia en 2006 (ver *Skulic* 2009) son ejemplos adecuados (ver *Dünkel* 2003; *Dünkel/Grzywa/Pruin* 2009 para un resumen). Las reformas en Bélgica (2007) e Irlanda del Norte (2002) son de gran interés puesto que afianzaron los elementos restaurativos de la justicia juvenil incluyendo la denominada conferencia familiar (ver *Christiaens* 2009; *O'Mahoney/Campbell* 2006).

Con este trasfondo en mente, bajo una observación más específica uno puede identificar ciertas *estrategias exitosas de reforma* en un número de países europeos occidentales. En *Austria, Alemania y Holanda*, las sanciones comunitarias que fueron introducidas por las reformas de 1988, 1990 y 1995 respectivamente, fueron conducidas en forma sistemática y extensiva. La implementación a nivel nacional de los programas de reforma dependía de una previa verificación empírica de la *practicabilidad y aceptación social* de los proyectos. El proceso de testear y generar aceptación —especialmente entre los jueces y el servicio de enjuiciamiento— toma tiempo. Se requiere de un apoyo adicional continuo y capacitación progresiva, lo que es difícil de garantizar en tiempos de cambios sociales, como es el caso de Europa Central y Oriental. Así, una “*reforma de la justicia juvenil a través de la práctica*” (para Alemania ver *Bundesministerium der Justiz* 1989) parece preferible a una reforma “desde arriba” que a menudo omite proveer de la infraestructura adecuada.

Los *desarrollos* en los *países de Europa Oriental y Central* se caracterizan por un claro incremento en los niveles de delincuencia juvenil oficialmente registrada desde fines de los años ochenta y principios de los noventa. La necesidad de reformar la justicia juvenil, una noción ampliamente aceptada en todos estos países, se enraiza en el derecho de reemplazar las leyes antiguas (a menudo soviéticas o de influencia soviética) por estándares europeos tal como son estipulados en los principios del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas. Este proceso, sin embargo, ha generado en parte diferentes tendencias en la política criminal.

Desde principios de los años 90 han habido desarrollos dinámicos en el movimiento de reforma tanto en la ley como en la práctica, lo cual se ejemplifica no sólo en numerosos proyectos sino también en la designación de comisiones para la reforma legislativa y en algunos casos la adopción de leyes de reforma (ver por ej.: Estonia, Lituania, Serbia, Eslovenia, la República Checa, ver *Dünkel* 2003, p. 69 ff.; *Dünkel/Grzywa/Pruin* 2009 para un resumen).

Por un lado, el desarrollo de un *sistema independiente de justicia juvenil* es un rasgo prominente (ver por ejemplo los *Estados Bálticos, Croacia, República Checa, Serbia, Eslovaquia, Rumania y Rusia*), y en conexión con esto el desarrollo de garantías procesales y derechos que también toman en cuenta las especiales necesidades educativas de los jóvenes infractores. Sin embargo, por ejemplo, en los Estados Bálticos, hasta ahora no hay tribunales juveniles independientes. En Rusia un primer modelo de corte juvenil se lleva a cabo en Rostov/Don, y un proyecto similar se ha establecido en Rumania en Brasov (ver

Parosanu en Dünkel/Grzywa/Pruin 2009). Pero en general, la infraestructura requerida para la incorporación de conceptos modernos, socio-pedagógicos, en el campo de la justicia y el bienestar juvenil escasea por completo.

Con el propósito de disuadir a reincidentes y en particular a ofensores violentos, la expansión de las sentencias no sólo involucra nuevas sanciones comunitarias y posibilidades de diversificación sino también la propagación de sentencias de prisión más duras. Por consiguiente, la infraestructura en gran medida aún inexistente y la falta de aceptación de las sanciones comunitarias siguen conduciendo a una frecuente aplicación de sentencias de prisión. De todas formas, los desarrollos en Rusia, por ejemplo, muestran que un retorno a los patrones antiguos de sanción (con una proporción de sentencias de prisión de alrededor de 50%) no ha ocurrido, y que especialmente ciertas formas de libertad a prueba son ahora más comunes y frecuentes cuantitativamente que las sentencias de encarcelamiento. Lo que está resultando claro en todos los países de Europa Central y Oriental es el hecho de que el principio del encarcelamiento como último recurso (*ultima ratio*) está siendo tomado más en serio, mientras las sanciones de encierro se están restringiendo cada vez más.

En relación a las *sanciones comunitarias*, las dificultades para establecer la infraestructura necesaria son claras. De ahí que, inicialmente, el mayor problema a este respecto es la falta de trabajadores sociales o educadores sociales metodológicamente cualificados, sobre todo desde que los respectivos cursos de capacitación no han sido —en su gran mayoría— completamente introducidos y desarrollados.

La adopción del concepto de responsabilidad penal condicional —como se expresa en la ley alemana (art. 3 dJGG) e italiana— es otro desarrollo interesante. Este enfoque —que implica que los jóvenes no son responsables criminalmente per se, sino que sólo cuando la capacidad del individuo de discernir entre lo correcto e incorrecto y actuar de acuerdo a ello (*Einsichts- und Handlungsfähigkeit*) ha sido positivamente establecida— fue recientemente incorporado en Estonia por la reforma del 2002, y más recientemente en la Ley de Justicia Juvenil de la República Checa de 2003 y en Eslovaquia para infractores de 14 años de edad al reducir la edad de responsabilidad criminal de 15 a 14 (para la República Checa ver *Válková 2003; 2006*).

Las tendencias de la reforma en los países de Europa Central y Oriental han sido y son a menudo influenciadas por leyes juveniles alemanas y austriacas, así como por los estándares mínimos, regulaciones y recomendaciones internacionales.

Un desarrollo que parece ser común a los países de Europa Central, Oriental y Occidental es la aparición de elementos de “*justicia restaurativa*”. La conciliación víctima-ofensor, la *mediación*, o sanciones que requieran reparación o disculpas hacia la víctima han jugado un rol particular en las reformas legislativas de los últimos 15 años. Estos elementos se vinculan principalmente a las disposiciones informales (diversificación). En algunos países, por ejemplo en Inglaterra/Gales (*reparación, orden de restitución*) o en Alemania (la denominada

Wiedergutmachungsaufgabe, Conciliación Víctima-Ofensor como una directriz educativa, ver artículos 10, 15 dJGG) la ley juvenil las contempla como sanciones independientes a disposición de la corte juvenil. Las “*conferencias de grupo familiar*” —originalmente probadas y aplicadas en Nueva Zelanda— son ahora implementadas y quedaron reflejadas en la reforma legal del 2007 en Bélgica (ver más arriba). Estas conferencias son una forma de mediación que activa y toma en cuenta las redes sociales familiares de ambos, el agresor y la víctima. Más recientemente, la reforma de la justicia juvenil en Irlanda del Norte (Ley de Justicia Juvenil [Irlanda del Norte] de 2002), ha incorporado también las *conferencias juveniles*, que se venían desarrollando en programas pilotos desde 2003. Adicionalmente, la *orden de reparación* que fuera introducida en Inglaterra y Gales en 1998 fue incorporada a la ley (ver *O’Mahony/Campbell* 2006).

Si estos elementos restaurativos deben ser vistos como decisivos en la aplicación de sentencias o meramente como la hoja de parra que cubre un sistema más represivo de justicia juvenil, es algo que sólo puede ser determinado si uno toma en cuenta los diferentes trasfondos y tradiciones de cada país. La *conciliación víctima-ofensor* ha alcanzado un formidable grado cuantitativo de importancia en las prácticas sancionatorias tanto de las cortes juveniles alemanas como austriacas (aproximadamente un 8% de todos los castigos impuestos a jóvenes, ver *Dünkel/Scheel/Schäpler* 2003 para el Estado Federal de Mecklenburg en Pomerania-Occidental, para Austria ver *Jesionek* 2001; *Bruckmüller* 2006). Si uno además toma en cuenta el servicio comunitario como una sanción “restaurativa” —en sentido amplio—, la proporción de todos los delinquentes juveniles y adultos a los que se responde con alternativas constructivas -idealmente educativas- aumenta a más de un tercio (ver *Heinz* 2008; *Dünkel* 2006).

2. Tipología de la justicia juvenil y edades de responsabilidad criminal en una comparación europea

Si uno compara los *sistemas de justicia juvenil desde una perspectiva de clasificación por tipologías*, las orientaciones “clásicas” tanto del “modelo de justicia” como del “modelo de asistencia” o “bienestar” pueden aún ser diferenciadas (ver *Kaiser* 1985; *Dünkel* 1997; 2003; *Doob/Tonry* 2004, p. 1 ff.). El modelo de bienestar se caracteriza por un amplio grado de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte del juez u otras entidades decisorias (trabajadores sociales, psicólogos, etc.). También se caracteriza por procedimientos informales sin garantías procesales pronunciadas. Las sanciones típicas del modelo de bienestar son de naturaleza indeterminada, su término depende del resultado educacional estimado. Las intervenciones educativas se aplican típicamente en casos de conducta criminal así como ante situaciones irregulares o necesidad de cuidado o educación (por ejemplo, “*desobediencia*”, “*riesgo*”; esta dirección es más fuertemente practicada en los sistemas de justicia juvenil de Bélgica y Polonia).

Contrariamente al modelo de bienestar, el enfoque de justicia se relaciona exclusivamente con el comportamiento criminal tal como es definido en la ley penal. Las reacciones del Estado son proporcionales a la gravedad de la ofensa y el grado de culpabilidad, y son de una duración determinada. El procedimiento tiende a proveer las mismas garantías que para los adultos. Las decisiones son tomadas en procedimientos formales por operadores legales (especializados).

Uno raramente se encuentra con estos “tipos ideales” de modelos de bienestar o justicia en su forma pura. Existen, en cambio, muchos ejemplos de sistemas mixtos, por ejemplo dentro de la política de justicia juvenil alemana. El sistema alemán es una mezcla del modelo de bienestar y el modelo de justicia combinando medidas de bienestar (educativas) con el modelo de justicia que provee los mismos resguardos legales y garantías que en el procedimiento criminal para adultos. Con respecto a los contenidos de las sentencias, la educación se mantiene como lo primordial, y el encarcelamiento juvenil se considera una sanción de última recurso (“ultima ratio”, en Alemania: *Jugendstrafe* de acuerdo a art. 17 dJGG).

Las tendencias a una *intervención mínima*, por ejemplo, la priorización de procedimientos informales (diversificación), incluyendo conciliación víctima-ofensor, así como *estrategias reparadoras*, pueden también ser vistas como modelos independientes de ley juvenil (“*modelo de intervención mínima*”, “*modelo de justicia restaurativa*”, ver Cavadino/Dignan 2006, p. 199 ff., 205 ff.). Cavadino y Dignan (2006, p. 210 ff.) identifican no sólo el “*modelo de intervención mínima*” (prioridad de la diversificación y sanciones comunitarias) y el “*modelo de justicia restaurativa*” (prioridad de las reacciones de restauración/reparación), sino también el “*modelo neo-correccionalista*” antes mencionado, que es particularmente característico de las tendencias y desarrollos contemporáneos en Inglaterra/Gales (ver arriba).

Aquí tampoco existen fronteras claras, pues la mayoría de los sistemas de justicia juvenil en Europa continental incorporan elementos de ambas filosofías -de bienestar y de justicia-, *intervención mínima* (especialmente en el caso de Alemania, ver Dünkel 2006), “*justicia restaurativa*”, así como elementos de “*neo-correccionalismo*” (por ej., responsabilización incrementada del ofensor y sus padres, penas más duras para reincidentes, centros de seguridad para niños). Así, las diferencias son más evidentes en el *grado* de orientación hacia elementos *restaurativos* o *punitivos*.

Esta “nueva mezcla” se expresa particularmente bien en la Recomendación del Consejo Europeo sobre “Nuevas Formas de Tratar con la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil” (ver *Recomendación* Rec [2003] 20). Por un lado, el Consejo enfatiza que la priorización de la diversificación y la mínima intervención ha demostrado ser una estrategia exitosa y debería ser mantenida en relación a la delincuencia juvenil “normal”, episódica. Más adelante establece que puede ser ampliada para reincidentes o agresores violentos. En este contexto, el Consejo contempla la incorporación de elementos restaurativos y reparadores (conciliación víctima-agresor por ej.) como un desarrollo especialmente

positivo. Simultáneamente, se recomienda que los delincuentes persistentes y violentos así como sus padres debieran progresivamente ser hechos responsables. La Recomendación también contiene elementos del “enfoque neo-correccionalista”, por ejemplo en el énfasis en intervención temprana y prevención de delincuencia juvenil por un lado, y en la aplicación de sentencias efectivas y científicamente fundamentadas basadas en “lo que realmente funciona, con quiénes y bajo qué circunstancias” (ver *Recomendación R (2003) 20* y 5 abajo). La nueva Recomendación comprende además elementos clásicos del Estado de Derecho (debido proceso), por ejemplo en su llamado a la limitación del uso de custodia policial y detención previa al juicio. El ideal de educación y rehabilitación es mantenido como principio central, nombrado en segundo lugar luego de la prevención. Esto resulta en variados y diferentes métodos, por ejemplo una orientación hacia la reintegración exitosa dentro de la sociedad desde el primer día de encarcelamiento (ver N° 19 de las Recomendaciones), un enfoque hacia la reintegración por etapas que debería ser adoptado usando periodos de libertad, instituciones abiertas, autorizaciones para la liberación temprana y unidades de reubicación (ver N° 20). No menos importante, el tercer principio de la Recomendación reforzó la consideración de los intereses y necesidades de las víctimas —lo cual refleja el enfoque restaurativo y reparador en la justicia juvenil.

En general, uno puede concluir que la justicia juvenil europea converge hacia un sistema mixto que combina elementos de bienestar y justicia, los que son más o menos complementados por las nuevas tendencias antes mencionadas (ver *Dünkel/van Kalmthout/Schüler-Springorum 1997; Albrecht/Kilchling 2002; Tonry/Doob 2004; Jensen/Jepsen 2006; Junger-Tas/Decker 2006; Bailleau/Cartuyvels 2007; Patané 2007*).

A pesar de las obvias e innegables particularidades nacionales, existe un grado reconocible de convergencia entre los sistemas. Desde una perspectiva comparativa internacional, los sistemas que se basan solamente en el bienestar infantil y juvenil están en retirada, especialmente desde la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas que se adoptó en 1989 (ver *Hoynck/Neubacher/Schüler-Springorum 2001*). Esto no es tan evidente en Europa, donde enfoques orientados al bienestar en forma más o menos “pura” existen sólo en Bélgica, Polonia y Escocia —a diferencia de, por ejemplo, los países latinoamericanos (que estaban tradicionalmente orientados al enfoque clásico de bienestar, ver *Tiffer-Sotomayor 2000; Tiffer-Sotomayor/Llobet Rodriguez/Dünkel 2002*).

Por otra parte, uno puede hablar de una *filosofía europea de la justicia juvenil* que se vuelve evidente en las recomendaciones del Consejo de Europa sobre *educación/rehabilitación*, la consideración de las víctimas a través de *mediación y restauración*, así como la observancia de garantías procesales *legales*. Sin embargo, no existe señal de *armonización* de la edad de responsabilidad penal en Europa.

La edad mínima de responsabilidad penal en Europa varía entre 10 (Inglaterra), 12 (Holanda), 13 (Francia), 14 (Alemania, Italia, Austria, España y numerosos países de Europa central y

oriental), 15 (países escandinavos) e inclusive 16 años (para crímenes específicos en Rusia y otros países de Europa oriental). Después de las reformas contemporáneas en Europa Central y Oriental, la edad más común de responsabilidad penal es 14 (ver la siguiente *Tabla N° 1*).

Tabla N° 1
Comparación de edad de responsabilidad penal en Europa

País	Edad mínima para aplicación de medidas educativas del tribunal de familia/juvenil (ley de bienestar juvenil)	Edad de responsabilidad penal (ley penal juvenil)	Responsabilidad penal plena (la ley penal adulta puede/debe ser aplicada; puede aplicarse la ley o sanciones de la ley juvenil)	Rango de edad para detención de jóvenes, prisión u otras formas similares de privación de libertad
Austria		14	18/21	14-27
Bélgica		18	16**/18	Sólo instituciones de bienestar
Bielorrusia		14***/16	14/16	14-21
Bulgaria		14	18	14-21
Croacia		14/16*	18/21	14-21
Chipre		14	16/18/21	14-21
República Checa		15	18/18 + (mit. sent.)	15-19
Dinamarca****		15	15/18/21	15-23
Inglaterra/Gales		10/12/15*	18	10/15-21
Estonia		14	18	14-21
Finlandia****		15	15/18	15-21
Francia	10	13	18	13-18+6
		-		m.I23
Alemania		14	18/21	14-24
Grecia	8	13	18/21	13-21/25
Hungría		14	18	14-24
Irlanda		10/12/16*	18	10/12/16-18/21
Italia		14	18/21	14-21
Latvia		14	18	14-21
Lituania		14***/16	18/21	14-21
Macedonia		14***/16	14/16	14-21
Moldavia		14***/16	14/16	14-21
Montenegro		14/16*	18/21	14-23
Holanda		12	16/18/21	12-21
Irlanda del Norte		10	17/18/21	10-16/17-21

Noruega****	15	18	15-21
Polonia	13	15/17/18	13-18/15-21
Portugal	12	16/21	12/16-21
Rumania	14/16	18/(20)	16-21
Rusia	14***/16	18/21	14-21
Escocia	8	16	16-21
Serbia	14/16*	18/21	14-23
Eslovaquia	14/15	18/21	14-18
Eslovenia	14***/16	18/21	14-23
España	14	18	14-21
Suiza****	15	15/18/21	15-25
Turquía	12	15/18	12-18/21
Ucrania	14***/16	18/21	14-21

* Mayoría de edad penal en lo relativo a detención juvenil (encarcelamiento juvenil, etc.); ** Sólo para crímenes de tránsito y excepcionalmente para ofensas realmente graves; *** Sólo para crímenes graves; **** Sólo mitigación de sentencias sin legislación aparte sobre justicia juvenil.

- Prof. Dr. Frieder Dünkel/Universidad de Greifswald/Alemania.

En parte, las sanciones puramente educativas de los tribunales de familia y juveniles son aplicables a una edad temprana, como ha sido más recientemente y de forma explícita el caso de Francia (desde los 10 años de edad hacia arriba) y Grecia (desde los 8). En Suiza, la ley contemporánea sólo provee medidas educativas para niños entre 10 y 14 años de edad, mientras que el encarcelamiento juvenil se restringe a jóvenes de al menos 15 años.

Más aún, algunos países emplean una escala gradual de responsabilidad penal, de acuerdo a la cual sólo los delitos más serios y graves pueden ser perseguidos desde los 14 años, mientras que la edad mínima promedio de responsabilidad penal se fija a los 16 (ver Lituania, Rusia, Eslovenia).

Si estas diferencias notorias pueden ser de hecho relacionadas con variaciones en las sentencias condenatorias, no es del todo claro. Pues en un sistema basado únicamente en la educación, bajo ciertas circunstancias la posibilidad de ser destinado a un hogar o residencia (particularmente en centros de seguridad cerrados como en Inglaterra o Francia) como un “último recurso” puede ser tan intensa y de igual (o incluso mayor) duración que una sentencia de cárcel juvenil. Más aún, las franjas legales de responsabilidad penal no dan necesariamente una indicación sobre si la práctica de justicia juvenil o asistencia social es más o menos punitiva. La práctica generalmente difiere considerablemente del lenguaje usado en los debates de la reforma (ver *Doob/Tonry* 2004, p. 16 ff.). De ahí que las intensificaciones legales sean a veces el *resultado* de cambios en la práctica, y a veces *contribuyen a cambios* en la misma. A pesar de la dramatización de ciertos eventos por los medios de comunicación en algunos países, existe por ejemplo en Alemania un destacable grado de estabilidad en la práctica de justicia juvenil (ver *Dünkel* 2002; 2003b; 2006).

También existen desarrollos interesantes en los límites superiores de la edad de responsabilidad criminal (la edad máxima hasta la cual la ley penal juvenil o las sanciones juveniles pueden ser aplicadas). Lo más importante en este aspecto dice relación con la extensión de la aplicabilidad de la ley penal juvenil —o al menos de sus medidas educativas específicas— para incorporar adultos jóvenes entre 18-20, como ocurrió en Alemania tan tempranamente como en 1953 (ver también las reformas recientes en Holanda, Croacia, Austria y Lituania, en resumen *Dünkel* 2003; p. 82 ff.; 2003a; *Pruin* 2007; *Dünkel/Pruin* 2008).

Esta tendencia está bien fundada en la criminología juvenil, con referencia a fases extendidas de transición en el desarrollo personal y social desde la adolescencia a la adultez. En los últimos 50 años, las etapas de educación e integración al trabajo y a la vida familiar (el establecimiento de “la familia propia”) ha experimentado una prolongación bastante más allá de la edad de 20. De ahí que las “crisis” de desarrollo psicológico y dificultades en la transición a la vida adulta sean características del grupo de los adultos jóvenes, e incluso pueden ocurrir hasta los treinta y tantos años de edad (ver *Pruin* 2007).

La práctica común alemana de incorporar adultos jóvenes en la competencia de los tribunales juveniles así como el enfoque flexible de sentenciar, ya sea bajo la ley juvenil o adulta de acuerdo a su nivel de desarrollo y madurez (ver art. 105 de la Ley de Justicia Juvenil Alemana, JGG), pueden ser considerados como un gran éxito en el avance de un sistema de justicia juvenil independiente. Desde 1953, la proporción de adultos jóvenes que ha comparecido ante la ley juvenil se ha elevado a más de un 60%. En casos de delitos particularmente serios y crímenes graves, la cifra sube a más de 90%. Esto conduce a sentencias más “blandas” que las que se hubieran impuesto bajo la ley penal adulta. La ley juvenil prescribe un plazo máximo de encarcelamiento de 10 años, mientras que la ley penal adulta contempla el encarcelamiento hasta 15 años o de por vida. La pauta de responder ante delitos realmente graves con la ley juvenil puede ser atribuida a las relativamente elevadas sentencias mínimas de la ley adulta alemana, por ejemplo entre tres a cinco años por robo grave, 1-2 años por crímenes de drogas específicos (graves), o por violación/asalto sexual. De ahí que los jueces intenten evitar condenas carcelarias irracionalmente largas y educativamente nocivas mediante la aplicación de las sanciones de la ley juvenil. La ley criminal adulta se aplica preferentemente en casos de delitos menores, tales como los relativos a conducción de vehículos (como manejar sin licencia o ebrio, entre otras), ya que bajo los procedimientos penales de la ley adulta tales delitos pueden ser tratados rutinariamente mediante un procedimiento sumario escrito. (ver *Dünkel* 2003a; 2005; *Pruin* 2007).

Este desarrollo contrasta claramente con las tendencias en EEUU, donde los jóvenes —muchas veces niños— que han cometido delitos serios son derivados al tribunal de adultos en orden a facilitar un castigo más duro del que hubieran recibido en una corte juvenil (ver *Stump* 2003).

Los otros países europeos en que se pueden aplicar las disposiciones legales juveniles a infractores adultos jóvenes —Holanda, Croacia, Lituania, Rusia, Serbia, y Eslovenia— aparentemente hacen un uso menos extensivo de esta opción (ver en resumen *Pruin* 2007). En Holanda (donde sólo un 1% de los adultos jóvenes son sentenciados de acuerdo a la ley juvenil, ver *Dünkel* 2003a p. 22), esto puede atribuirse el hecho que la ley penal adulta doméstica provee una amplia gama de sanciones alternativas (en contraste con el código penal alemán, *StGB*, el que “meramente” contempla multas y suspensión de condenas como alternativas al encarcelamiento incondicional). Particularmente, la orden de realizar servicios a la comunidad es una sanción de vital importancia en las condenas holandesas. Esto hace la “transferencia” a la ley penal juvenil menos probable o necesaria. El hecho que las disposiciones del art. 105 de la JGG alemana han estado presentes desde 1953 ciertamente juega un rol importante. En Alemania, en cualquier caso, la dictación de sentencia en relación a adultos jóvenes radica en las cortes juveniles (ver art. 108 JGG Alemán) las cuales tienen una tendencia más “natural” a aplicar la JGG, con la que están mucho más familiarizados.

Si uno toma en cuenta los avances en las normas aplicables a jóvenes infractores, ha habido una clara expansión de los medios disponibles de diversificación. Sin embargo, estos se relacionan frecuentemente con medidas educativas o tienen la sola función de validar normas por medio de advertencias, etc. Este es el caso, por ejemplo, de la forma alemana de conciliación víctima-ofensor. En Grecia, por ejemplo, una reforma reciente de los procedimientos criminales el 2003 introdujo posibilidades muy amplias de renunciar al rígido principio de legalidad bajo los 18 años de edad, especialmente en conexión con esfuerzos restaurativos/reparadores de parte del delincuente (art. 45ª de la Ley de Procedimiento Criminal Griega, ver *Spinellis/Tsitsoura* 2006). Esta forma de diversificación es también favorecida en la nueva ley juvenil checa (ver *Válková* 2006) y en la ley serbia de 2006 (ver *Skulic* 2009). Por otro lado, en Inglaterra/Gales la práctica de la diversificación ha sido recientemente limitada por la introducción de un nuevo sistema de advertencias para delincuentes jóvenes en la Ley sobre Crimen y Desorden. La reforma de 1998 enmendó el sistema de advertencia policial estableciendo que una segunda ofensa —siguiendo a una *reprimenda* previa por delitos menores— se respondería automáticamente con una *advertencia final*. Cualquier infracción posterior es automáticamente derivada al servicio de procesamiento (ver *Cavadino/Dignan* 2002, p. 286 ff.).

Aún así, podemos suponer que —sin importar si los sistemas de justicia juvenil están más orientados hacia el modelo de bienestar o de justicia— la gran mayoría de las infracciones juveniles son tratadas fuera del tribunal mediante medidas informales de diversificación. En Alemania en el 2006, el 69% de todos los procesos enjuiciables (Alemania Occidental: 68%; Alemania Oriental: 75%) eran solucionados a través de la diversificación (en total 69%, ver *Heinz* 2008; *Dünkel* 2006). En Bélgica, uno de los pocos países que aún emplea un enfoque no ambiguo de bienestar en su política criminal juvenil, aproximadamente un

80% de todos los procesos se resuelven fuera de los tribunales (ver *van Dijk/Dumortier/Eliaerts 2006; Drenkhahn 2006*).

Medidas constructivas como, por ejemplo, cursos de entrenamiento social (Alemania) o las sanciones o proyectos de trabajo o aprendizaje (Holanda) también han sido exitosamente implementadas. Muchos países siguen explícitamente el ideal educativo (Portugal), e incidentalmente el énfasis es puesto en la prevención de la reincidencia, esto es, en la prevención especial (como es el caso de la Recomendación del Consejo de Europa “Nuevas Formas de Tratar con la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil” de 2003, ver 3. más abajo).

La comparación internacional muestra que —quizás con la excepción de Inglaterra/Gales— no ha habido de hecho *una renuncia al precepto de educación*. Sin embargo, las restricciones de la ley penal educativa a través de condenas proporcionales al crimen son profundamente necesarias, especialmente en lo concerniente a condenas de prisión.

De ahí que podemos entonces contestar la pregunta sobre si las nuevas formas de delito y grupos de delincuentes requieren sanciones nuevas y más duras con un rotundo “no”. Ni la evolución de la delincuencia ni la supuesta ineficiencia de los enfoques educacionales convencionales o preventivo-especiales justifican una intensificación de la ley penal juvenil. Más bien podría decirse que está internacionalmente comprobado que las intervenciones menos intensas, incluyendo la diversificación (de ser necesario, en conexión con conciliación víctima-ofensor, reparación, u otras intervenciones socialmente constructivas), asisten de mejor manera a la integración del joven infractor “normal” (caracterizado por la naturaleza episódica de sus delitos) que medidas intensas, especialmente de encarcelamiento.

3. La Recomendación del Consejo de Europa sobre “Nuevas Formas de Tratar la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil”

La Recomendación del Consejo de Europa sobre “*Nuevas Formas de Tratar con la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil*” (ver www.coe.int online) del año 2003 persigue los siguientes grandes objetivos:

1. Prevención de infracciones y reincidencia,
2. Rehabilitación y reintegración de infractores, y
3. Preocupación por las necesidades e intereses de las víctimas del delito.

El enfoque estratégico incorpora las siguientes perspectivas:

El sistema de justicia juvenil debe ser considerado como un componente de una estrategia más amplia, basada en la comunidad, para la prevención de la delincuencia juvenil, que toma en cuenta el contexto familiar en sentido amplio, del colegio, vecindario y grupo de

pares, dentro del cual ocurre el crimen (Nº 2 de la Recomendación). Los recursos deben ser especialmente destinados al tratamiento de delitos serios, violentos, persistentes, y a la infracción relacionada con alcohol y drogas de ser posible (Nº 3). Existe la necesidad de desarrollar medidas de prevención y reintegración más adecuadas y efectivas diseñadas para jóvenes migrantes, grupos de jóvenes, mujeres jóvenes, y niños y jóvenes bajo la edad de responsabilidad penal (Nº 4).

Las sanciones deberían —tanto como sea posible— basarse en resultados científicos sobre lo que en realidad funciona, con quiénes y bajo qué circunstancias (Nº 5).

Las consecuencias para las minorías étnicas requieren una atención particular en esta política. Por ello, las personas a cargo están obligadas a compilar las llamadas *evaluaciones de impacto* (Nº 6).

La Recomendación propone las siguientes “nuevas respuestas”:

La expansión del rango de alternativas adecuadas ante la persecución formal debería continuar. El principio de proporcionalidad debe ser tenido en cuenta, y se debe considerar la voluntariedad del infractor (Nº 7). En cuanto a delitos juveniles serios, violentos y persistentes, se deberían desarrollar sanciones comunitarias (proporcionales) (esto también podría implicar la inclusión de los padres en la responsabilidad penal de los niños, en la medida que no sea contraproducente), especialmente las medidas que incorporen elementos de reparación y restauración hacia la víctima (Nº 8, 10).

La recomendación de expandir las sanciones comunitarias a casos de delincuencia grave es destacable dado que el énfasis usual en este contexto está en la necesidad de encarcelamiento. Sin embargo, experiencias con la suspensión de sentencias así como con programas educativos y de tratamiento comunitario dentro del marco de la libertad asistida o servicios de bienestar o asistencia social juvenil han demostrado que se pueden lograr resultados positivos con infractores o grupos de infractores habituales o violentos (ver *Dünkel* 2003, p. 89 ff, 96 ff.). De esta forma, los jóvenes que eran vistos como clientes tradicionales del sistema carcelario 20 ó 30 años atrás, hoy pueden ser exitosamente supervisados en la comunidad.

Con respecto a las fases extendidas de educación (escolar y vocacional) y transición hacia la adultez, las sanciones de la ley penal juvenil deberían ser aplicables a los jóvenes adultos de acuerdo a su nivel de madurez y desarrollo (Nº 11). Esto se corresponde con las citadas experiencias positivas realizadas en Alemania, y se refleja en reformas legales contemporáneas en, por ejemplo, Lituania, España y Austria (ver abajo).

Incidentalmente, las recomendaciones enfatizan repetidamente la necesidad de *evaluaciones de riesgo, intervenciones basadas en evidencia y evaluación empírica*. Aunque también se pueden detectar aspectos del pensamiento “neo-correccionalista” (por ejemplo, en lo relativo a responsabilidad paternal), la Recomendación Rec 20 (2003) se mantiene fiel en su

adhesión a un sistema de justicia moderado que priorice la educación (término clave: *mínima intervención*) y que enfatice intervenciones basadas en la comunidad incluso en casos de delitos más serios. Esto debería servir como recordatorio mental ante las contra-reformas orientadas en una dirección más represiva.

La implementación de la Recomendación del 2003 debe ser llevada a cabo en cercana colaboración con las agencias locales de prevención e intervención y debe tomar en consideración estándares de calidad. También se recomiendan entre estas estrategias el continuo “*monitoreo*” y la *diseminación* de buenas prácticas.

Resta por ver aún la forma en que influirá la Recomendación en las reformas en Europa, especialmente en los países de Europa central y oriental. Desafortunadamente, uno puede suponer que habrá problemas con el financiamiento de evaluaciones científicas. La importancia de una política de justicia criminal *basada en la evidencia*, sin embargo, no puede ser sobreestimada. Sólo por este medio podremos contrarrestar efectivamente las tendencias populistas en las políticas de justicia juvenil que son publicitadas por el grupo de *Jorg Haider* en Austria, *Silvio Berlusconi* en Italia y *Le Pen* en Francia.

4. Las “Reglamentaciones Europeas para Delincuentes Juveniles Sujetos a Sanciones y Medidas” de 2008

En enero de 2006 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó las nuevas Reglas Europeas sobre Encarcelamiento (European Prison Rules, vgl. *Consejo de Europa* 2006). Al mismo tiempo el *Comité sobre Problemas Criminales* (CDPC) designó otro grupo de expertos para delinear las Reglas Europeas para jóvenes en sanciones y medidas comunitarias y privados de libertad. Los términos de referencia usados explícitamente se refirieron a sanciones comunitarias y sanciones con privación de libertad, y de esa forma fueron más allá del ámbito de las EPR. Pero también con respecto a la privación de libertad, las nuevas reglas son más comprensivas que las EPR ya que cubren todas las modalidades de privación de libertad tales como detención previa al juicio, detención en instituciones (cerradas) de bienestar, encarcelamiento juvenil e instalaciones psiquiátricas juveniles.

El grupo de expertos estuvo conformado por en *Andrea Baechtold*/de Berna,, *Frieder Dunkel*/de Greisfswald y *Dirk van Zyl Smit*/de Nottingham. Las Reglas fueron trabajadas hasta Abril del 2008, el CDPC en su sesión de Junio 2008 las aceptó (con cambios menores), y probablemente a fines del 2008 el Comité de Ministros del Consejo de Europa las aprobará como “Reglas Europeas para Jóvenes Sujetos a Sanciones y Medidas”. Los resultados logrados hasta ahora pueden ser vistos en el sitio web del *Consejo Penológico* (PC-CP) del Consejo de Europa en www.coe.int.

Las siguientes notas dan una idea del esquema general y de los así llamados “Principios Básicos” de las Reglas.

Las Reglas están estructuradas en ocho partes. Del mismo modo que las EPR, comienzan con “Principios Básicos” (Reglas 1-20) que dicen relación con la imposición y ejecución de sanciones comunitarias y todas las formas de privación de libertad. Reglas sobre el ámbito de aplicación y definiciones también pertenecen a la Parte I (Reglas 21-22). El tema más relevante en ese aspecto es que el ámbito de aplicación abarca a adultos jóvenes de 18 a 21 años de edad (en la medida que la ley nacional permita la aplicación de leyes juveniles o sanciones o medidas especiales para llevar la ejecución de sanciones o medidas para este grupo etario, ver Principio Básico No. 17 abajo). La Segunda parte trata de las sanciones comunitarias y medidas (Reglas 23-48), mientras que la Parte III cubre asuntos relacionados con la privación de libertad (Reglas 49-119). La Parte IV es sobre “asesoría y asistencia legal” (Regla 120), y la Parte V está dedicada a “procedimientos de reclamo, inspección y monitoreo” (Reglas 121-126). Las cuestiones relacionadas con el personal son tratadas en la Parte VI (Reglas 127-134); aquellas ligadas a evaluación e investigación así como el trabajo con los medios y el público están contenidas en la Parte VII (Reglas 135-141). La última Regla 142 (Parte VIII) requiere que las Reglas sean regularmente actualizadas.

El preámbulo formula la siguiente directriz general: *“El propósito de las presentes Reglas es reforzar los derechos y la seguridad de los infractores juveniles sujetos a sanciones y medidas y promover su bienestar cuando son sometidos a sanciones y medidas comunitarias o cualquier forma de privación de libertad.*

Nada de lo dispuesto en estas Reglas debe ser interpretado como excluyendo la aplicación de otros instrumentos y estándares internacionales relevantes de derechos humanos que conduzcan de mejor forma a garantizar los derechos, cuidados y protección de los jóvenes. En particular, las disposiciones de la Recomendación Rec (2006) 2 sobre Reglas Europeas de Encarcelamiento y de la Recomendación R (92) 16 sobre Reglas Europeas sobre Sanciones y Medidas Comunitarias serán aplicadas en beneficio de los infractores juveniles en la medida en que no entren en conflicto con estas Reglamentaciones.”

Esta afirmación deja en claro que las presentes Reglas no van más allá de las garantías formuladas en Recomendaciones y Reglas anteriores concernientes a los derechos humanos de los infractores. Esto debe ser interpretado como una prohibición formal de cualquier discriminación o restricción de los derechos y garantías legales de los jóvenes, por ejemplo en relación a sus necesidades educativas. En el mismo sentido, el Principio Básico 13 exige: “Los jóvenes no tendrán menos derechos legales y garantías que aquellos reconocidos delincuentes adultos por las normas generales de procedimiento criminal”.

Los 20 “Principios Básicos” son los siguientes:

1. *Los infractores juveniles sujetos a sanciones o medidas serán tratados con respeto por sus derechos humanos.*
2. *Las sanciones o medidas que se puedan imponer a los jóvenes así como su forma de implementación deberán ser especificadas por ley y basadas en los principios de integración social y educación y en la prevención de la reincidencia.*

3. *Las sanciones y medidas deberán ser impuestas por un tribunal o, si fuera impuesta por otra autoridad legalmente reconocida, deberán ser sujetas a una pronta revisión judicial.*
4. *La edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no será demasiado baja y deberá ser determinada por ley.*
5. *La imposición e implementación de sanciones y medidas se basará en el interés superior de los jóvenes infractores, limitado por la gravedad de los delitos cometidos (principio de proporcionalidad) y tomará en cuenta la edad, bienestar físico y mental, desarrollo, capacidades y circunstancias personales (principio de individualización) tal como sean establecidas por informes sociales, psicológicos o psiquiátricos cuando sea necesario.*
6. *En orden a adaptar la implementación de sanciones y medidas a las circunstancias particulares de cada caso, las autoridades responsables de la implementación deberán tener un cierto grado de discrecionalidad sin que ello conduzca a desigualdades serias en el trato.*
7. *Las sanciones o medidas no deben humillar o degradar a los jóvenes sujetos a ellas.*
8. *Las sanciones o medidas no deben ser implementadas de forma que agraven su carácter aflictivo o conlleven un riesgo indebido de daño físico o mental.*
9. *Las sanciones o medidas deben ser implementadas sin demoras indebidas y sólo por el periodo estrictamente necesario (principio de mínima intervención).*
10. *La privación de libertad de un joven debe ser una medida de último recurso, impuesta e implementada por el menor tiempo posible. Se deben hacer esfuerzos especiales por evitar la detención previa al juicio.*
11. *Las sanciones y medidas deben ser impuestas e implementadas sin discriminación en base al sexo, raza, color, idioma, religión, orientación sexual, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, asociación con alguna minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición (principio de no discriminación).*
12. *La mediación u otras medidas restaurativas deben ser estimuladas a todo nivel cuando se trabaje con jóvenes.*
13. *Cualquier sistema de justicia que trate con jóvenes debe asegurar su efectiva participación en los procedimientos relativos a la imposición e implementación de sanciones y medidas. Los jóvenes no tendrán menos derechos legales y garantías que aquellos reconocidos a delincuentes adultos por las normas generales de procedimiento criminal.*
14. *Cualquier sistema de justicia que trate con jóvenes debe tomar en cuenta los derechos y responsabilidades de los padres y tutores legales y debe en lo posible involucrarlos en los procedimientos y ejecución de sanciones y medidas, excepto cuando esto no propenda al interés superior del joven. Cuando el infractor sea mayor de edad la participación de padres o tutores legales no es obligatoria. Otros miembros de la familia extensa de los*

infractores y de la comunidad amplia también pueden participar de los procedimientos cuando corresponda.

15. *Cualquier sistema que trate con jóvenes debe seguir un enfoque multi-disciplinario y multi-agencial y estar integrado con iniciativas sociales más amplias para los jóvenes de modo de garantizar en relación a ellos un enfoque holístico y la continuidad de la atención a dichos jóvenes (principios de participación comunitaria y cuidado continuo).*
16. *El derecho del joven a la privacidad debe ser plenamente respetado durante todas las fases del procedimiento. La identidad de los jóvenes así como información confidencial sobre ellos y sus familias no debe ser revelada a nadie que no esté autorizado por ley para recibirla.*
17. *Los infractores adultos jóvenes podrían ser considerados como jóvenes y ser tratados como tales cuando sea apropiado.*
18. *Todo el personal que trabaja con jóvenes desarrolla un importante servicio público. Su selección, capacitación especial y condiciones de trabajo deben asegurar que ellos sean capaces de entregar los estándares apropiados de cuidado para satisfacer las necesidades de los jóvenes y ofrecerles modelos positivos de comportamiento.*
19. *Deben entregarse suficientes recursos y personal para asegurar que las intervenciones en las vidas de los jóvenes sean significativas. La falta de recursos nunca debe justificar la vulneración de los derechos humanos de los jóvenes.*
20. *La ejecución de cualquier sanción o medida debe estar sujeta a inspección regular por parte del gobierno y a vigilancia independiente.*

Los siguientes comentarios están ampliamente basados en el comentario a las Reglas que han sido elaboradas por los expertos del Consejo de Europa desde 2007 (ver *Dünkel/Baechtold/van Zyl Smit 2007; Dünkel 2008*).

La *Regla 1* corresponde a la *Regla 1* de las Reglas Europeas sobre el Encarcelamiento (EPR). Tal como fue establecida en el Preámbulo de las Reglas Europeas sobre Sanciones y Medidas Comunitarias de 1992 es también de particular relevancia. Los temas de derechos humanos no cobran vida sólo cuando se priva de la libertad, sino también cuando se aplican sanciones y medidas comunitarias. Tanto la privación de libertad en plena escala como restricciones menores de la libertad pueden ser invasivas y violar los derechos humanos si no se aplica el principio de proporcionalidad contenido en la *Regla 5*. Es un estándar básico de todos los instrumentos internacionales que los derechos humanos de los jóvenes deben ser protegidos del mismo modo que en el caso de los adultos. La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas así como las Recomendaciones del Consejo de Europa en el campo de la justicia juvenil enfatizan esto. Debe recalarse que la *Regla 1* se refiere no sólo a la protección de la dignidad humana, sino que de todos los derechos humanos de los jóvenes ya sean privados de libertad o bajo sanciones y medidas

comunitarias. Debe quedar claro que, adicionalmente, otros instrumentos internacionales tales como las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad del 14 de diciembre 1990 (las llamadas Reglas de La Habana) también han jugado un rol vital en el desarrollo de estas Reglas.

La *Regla 2* se refiere al hecho de que todos los sistemas de justicia y bienestar juvenil se basan en principios sociales de integración y educación en lo relativo a imponer y ejecutar medidas y sanciones comunitarias así como sanciones de privación de libertad. Esto deja poco espacio, y en algunos países ninguno, al principio general de disuasión general u otros objetivos (más represivos) característicos del sistema de justicia criminal para adultos.

En la justicia juvenil se reconoce que la personalidad de los jóvenes está en pleno desarrollo y abierta a influencias positivas. El énfasis debe estar en la posibilidad de reintegrar a las personas jóvenes. Esto puede lograrse en algunos casos sólo mediante intensos esfuerzos educativos o terapéuticos. De ahí que la regla de integración social no permitiría medidas de seguridad a largo plazo o sentencias de por vida que sólo apunten a proteger a la sociedad de criminales jóvenes, sin otorgarles la opción de libertad dentro de un periodo razonable (Ver a este respecto la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: *T. v. Reino Unido* [GC], no. 24724/94, 16 diciembre 1999; *V. v. Reino Unido* [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IXT).

El énfasis que se coloca en el objetivo central de educación para la prevención de la reincidencia es vital. En muchos instrumentos internacionales la educación no está claramente definida. Esto puede ser problemático ya que el término “educación” podría ser usado incorrectamente, tal como se puede comprobar en la existencia de formas represivas de educación autoritaria, por ejemplo regímenes de detención al estilo militar, que no se ajustan al concepto europeo de derechos humanos y dignidad. Por un lado, el objetivo de prevenir la reincidencia es modesto, ya que no busca más que la integración en la sociedad respetando la ley. Por otro lado, es ambicioso ya que está conectado al término integración social y con ello apunta a promover el desarrollo social y personal más amplio de los jóvenes, y el hacerse responsables de sus comportamientos. La educación, entonces, debería ser entendida como comprehensiva de medidas tales como el mejoramiento de sus habilidades comunicativas o requiriéndoles que realicen reparaciones, por ejemplo escribiendo cartas apropiadas de disculpas. De igual modo, la sociedad debe posibilitar que estos cambios tengan lugar. Es importante que las oportunidades de aprendizaje y las intervenciones escogidas para lograr estos objetivos estén basadas en evidencia (ver también Reglas 135-138 y el comentario al pie de ellas) y puedan contribuir al desarrollo y diferenciación de las capacidades de percepción, interpretación, toma de decisiones y acción responsable.

La restricción del poder de imponer sanciones y medidas, que queda entregado a los tribunales u otra autoridad legalmente reconocida —como se estipula en la *Regla 3*— refuerza el principio de legalidad. La pronta revisión judicial cuando la imposición es decidida por otra autoridad es una garantía adicional en este punto. La detención sólo por motivos legítimos

sigue los requerimientos de la Corte Europea de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Más adelante se refiere a la *Regla 2* que enfatiza los objetivos primordiales de cualquier sanción o medida impuesta a jóvenes infractores.

Es importante que todas las sanciones y medidas impuestas a jóvenes sean de duración determinada en razón de la necesidad de certeza legal y de perspectivas realistas de integración en la sociedad. Cuando las sanciones o medidas sean de final abierto esto se puede lograr haciéndolas objeto de revisión regular. El principio de proporcionalidad rige tanto en la imposición como en la implementación de las sanciones y medidas. Este principio debe ser aplicado en todas las fases del procedimiento, de manera que los jóvenes no sean sujetos a restricciones innecesarias.

El principio de intervención mínima en la *Regla 3* se refiere a la etapa de sentencia. Las sanciones y medidas deberían imponerse por el “*mínimo tiempo necesario*”. La *Regla 9* contiene la misma idea pero para el nivel de ejecución de las sanciones y medidas, y la *Regla 10* recalca esta idea en relación a la privación de libertad (ver más abajo).

La *Regla 4* estipula que la ley debería fijar una edad mínima para cualquier tipo de intervención que resulte de una infracción. Esto incluye la determinación de la edad de responsabilidad penal así como de la edad a partir de la cual se pueden tomar medidas penales más punitivas. Esto deriva directamente del principio universalmente reconocido de legalidad: la condición de cualquier responsabilidad penal es que el comportamiento criminalizado y el posible infractor deben estar descritos por ley. El principio de legalidad se aplica de igual manera a otros tipos de intervención.

La edad de responsabilidad penal debe corresponder a una “edad internacionalmente aceptable” (ver *Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10 año 2007, párr. 32 (CRC/C/GC/10, 25 abril 2007)*). Aunque podría ser difícil encontrar un consenso europeo general, tal edad mínima no debe ser demasiado baja y debería tener relación con la edad en que los jóvenes asumen responsabilidades civiles en otras esferas tales como el matrimonio, fin de la escolaridad obligatoria y empleo. La mayoría de los países han fijado una edad mínima entre 14 y 15 y este estándar debería seguirse en Europa. La responsabilidad criminal para jóvenes menores de 12 existe sólo en unos pocos países, tales como Inglaterra y Gales y Suiza (ver Tabla 1 más arriba).

En cualquier caso, los infractores muy jóvenes que sean formalmente responsables penalmente no deberían ser admitidos en instituciones penitenciarias juveniles. En algunos países la edad de admisión a tales instituciones es de 15 años (como en Suiza) o 16, aunque la edad general de responsabilidad criminal sea menor, usualmente de 12 a 14 años de edad.

La *Regla 5* dispone que todas las sanciones y medidas deben ajustarse al interés superior del joven, el cual necesita ser establecido en cada caso individual. Esto implica evaluaciones

regulares por trabajadores sociales, psicólogos y otros profesionales. Por otro lado, el interés superior de los jóvenes no debería ser una excusa para intervenciones excesivas o desproporcionadas. Las medidas que promueven la integración social son generalmente las que van en el mejor interés del joven.

Esta Regla comprende dos principios adicionales interrelacionados. El principio de individualización es inherente a la justicia juvenil tradicional. Cuando se impone una sanción o medida se debe tomar en consideración la edad, el bienestar físico y mental, desarrollo, capacidades y circunstancias personales del infractor. La información sobre estas circunstancias individuales del joven usualmente puede ser obtenida de informes psicológicos, psiquiátricos o sociales y por ello un enfoque multi-agencial como el indicado en la *Regla 15* es necesario. El principio de proporcionalidad sirve como correctivo para evitar sanciones o medidas educativas extensas que no se justifiquen con la gravedad del delito. Por ende, el principio de individualización *no* debe ser usado para justificar intervenciones que sean desproporcionadamente severas en relación al delito (sobre esto ver también Reglas 8 y 13 de la Recomendación [2003] 20 mencionada arriba en la 3).

La *Regla 6* estipula que en la implementación de sanciones y medidas se debe dar un cierto grado de discrecionalidad a las autoridades ejecutoras con el fin de apreciar las diferencias individuales de cada caso. Sin embargo, esto no debe conducir a una severa desigualdad en el trato. Debe existir documentación cuidadosa de la práctica de las sentencias así como sobre la implementación de las sanciones y medidas. Con el fin de evitar la discriminación (como es definida en la *Regla 11*) se debe prestar atención especial a identificar diferencias locales, culturales, étnicas y otras diferencias y determinar si se justifica un trato diferente en orden a lograr los mismos resultados de reintegración social, educación y prevención de la reincidencia.

La *Regla 7* prohíbe cualquier violación de la dignidad humana. La sobrepopulación en instituciones y los regímenes duros de tipo militar, reclusión solitaria o privar a los jóvenes de contactos sociales son ejemplos de lo que debe ser evitado. De igual modo, algunas formas de trabajo comunitario podrían también estigmatizar a los jóvenes infractores y no ser consistentes con esta regla (uniformes especiales que los identifican como delincuentes, etc.).

La *Regla 8* corresponde a la *Regla 102.2* de las Reglas Europeas sobre Encarcelamiento. No debe existir ningún modo de implementación de sanciones o medidas que agraven su carácter aflictivo, por ejemplo, a través de trabajo duro y degradante en prisiones o como una forma de trabajo comunitario. Por ende, no están permitidos regímenes diferentes en instituciones penitenciarias juveniles que se relacionen (por razones punitivas) con la gravedad del delito. La sobrepopulación es una de las circunstancias mejor conocidas que puede poner en peligro el bienestar y la integridad física y mental de los jóvenes detenidos. Un riesgo indebido de daño mental o físico puede ser causado al exponer a detenidos jóvenes al contacto con otros detenidos violentos o peligrosos. Condiciones de detención que no sean lo suficientemente

estimulantes y la privación social o sensorial de cualquier tipo son prohibidas por la *Regla 8*. En lo que se refiere a sanciones comunitarias, se debe dar especial atención a evitar condiciones de estigmatización o humillación (ver también *Regla 7* más arriba).

La *Regla 9* se refiere al principio de rápida implementación de las sanciones y medidas. El retraso indebido no es deseable, entre otras cosas, porque socava la efectividad de las intervenciones. La *Regla 9* se relaciona con la *Regla 5* y limita las sanciones y medidas comunitarias así como la privación de libertad al mínimo necesario. De ahí que la ley debe contemplar figuras de revisión que acorten la ejecución de una sentencia cuando su vigencia continua no sea necesaria para la integración social del joven infractor. Todos los países han introducido figuras de liberación temprana del encarcelamiento. Las sanciones y medidas comunitarias también pueden ajustarse para aminorar su impacto negativo, o reducir su duración. El principio de mínima intervención también sirve para proteger mejor los derechos humanos y preservar los vínculos sociales sin incrementar los riesgos para la sociedad.

La *Regla 10* refleja el art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la *Regla 17* de las Reglas de Beijing y la Recomendación del Consejo de Europa N° R (87) 20 sobre “Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil” así como la Recomendación Rec (2003) 20 sobre “Nuevas Formas de Tratar la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil”. Se deriva de la *Regla 9* sobre intervención mínima y enfatiza que la privación de libertad debe ser una medida de último recurso: normalmente se deben intentar primero otras sanciones, menos intrusivas. Las Reglas de Beijing dan ejemplos de lo que se entiende en base a la prescripción de que la privación de libertad se limite a “casos excepcionales”: la privación de libertad debe restringirse a los jóvenes de mayor edad involucrados en delitos graves o persistentes. Muchas legislaciones nacionales han respondido a esta idea elevando la edad para ser sentenciado a detención o encarcelamiento juvenil a un mínimo de 15 o 16 años, mientras la edad general de responsabilidad penal puede ser menor (ver Tabla 1 y el comentario a la *Regla 4* arriba).

Más aún, la privación de libertad también debe restringirse al tiempo mínimo necesario. Esto es muy importante ya que previene que la detención sea innecesariamente prolongada, por ejemplo, en orden a completar programas educacionales y de tratamiento u otras formas de intervención. En vez de eso, deberían tomarse las medidas necesarias para que los jóvenes infractores que han sido liberados tempranamente puedan completar tales programas fuera de la institución. Incluso cuando la privación de libertad inicial se relacione con otros objetivos, por ejemplo, con la retribución, debe quedar claro que el preparar al joven para su reintegración en la sociedad se vuelve progresivamente importante a medida que avanza el proceso de implementación de la sanción (“principio progresivo”). La decisión final radica en la autoridad judicial que tiene el poder legal de ordenar la privación de libertad.

El problema de la detención previa al juicio ya se ha abordado extensivamente en las Reglas 16-18 de la Recomendación Rec (2003) 20. Refleja la evidencia empírica de que la detención previa al juicio es extensivamente usada en muchos países por más tiempo del justificado y

para propósitos no contemplados en la ley; por ejemplo, como forma de intervención ante una crisis o para reducir la presión social. De ahí que, la *Regla 16* de las Rec (2003) 20 establece: “Cuando, como último recurso, los jóvenes sospechosos sean dejados bajo prisión preventiva, ésta no debe superar los seis meses antes de comenzar el juicio”. Adicionalmente, la *Regla 17* de la misma Recomendación claramente señala que “cuando sea posible se deben usar alternativas a la prisión preventiva de jóvenes sospechosos, tales como la entrega al cuidado de parientes, familias sustitutas u otras formas de apoyo. La prisión preventiva nunca debe ser usada como castigo o como forma de intimidación, ni como sustituto de protección infantil o medida de salud mental”. Las presentes Reglas incorporan estas restricciones a la detención previa al juicio, requiriendo que “se hagan esfuerzos especiales para evitar la detención previa al juicio”.

El principio de no discriminación establecido en la *Regla 11* es un principio básico en todos los instrumentos de derechos humanos del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas (ver, por ejemplo, Art. 14 de la Convención Europea de DDHH y la *Regla 13* de las reglas Europeas de Encarcelamiento). Esto no significa que el ideal sea la igualdad formal, si de ella resultara una desigualdad sustancial. La protección de grupos vulnerables no es discriminación, como tampoco lo es el tratamiento de las necesidades especiales de los jóvenes infractores. Por eso, este principio no es infringido por las medidas especiales destinadas a abordar a jóvenes infractores o grupos de jóvenes infractores con necesidades especiales.

La *Regla 12* enfatiza la mediación y otras medidas de justicia restaurativa que se han convertido en herramientas importantes de intervención en los sistemas de bienestar y de justicia. En muchos países la legislación nacional reciente prioriza la mediación y la justicia restaurativa como métodos de diversificación y derivación desde los procedimientos formales en varias etapas del proceso en la justicia juvenil. Estas estrategias deben ser consideradas en todas las etapas del trato con jóvenes y se les debe dar prioridad por sus especiales ventajas preventivas, tanto para los jóvenes infractores así como para las víctimas y la comunidad.

La *Regla 13* incluye el derecho a ser informado, a tener acceso a recursos legales, asistencia legal, procedimientos de quejas y otros derechos y garantías procesales (ver también *Regla 15*, Recomendación Rec. [2003] 20). El principio de participación efectiva en este caso se refiere a la etapa de imposición así como la ejecución de sanciones y medidas. Independientemente de qué procedimiento o modelo específico de investigación criminal se siga, los jóvenes y sus padres o tutores legales deben ser informados sobre el delito o delitos que se les imputa haber cometido y la evidencia en su contra. Los jóvenes tienen derecho a defensa legal incluso en los procedimientos definidos como de asistencia o bienestar. En casos donde la privación de libertad es posible, se debe destinar a los jóvenes un defensor desde el comienzo del proceso. La Regla deja bien en claro que no existen justificaciones para otorgarles a los jóvenes menos derechos que a los adultos. De ahí que las regulaciones que restringen el derecho a apelar o a usar procedimientos de quejas con argumentos educativos no pueden ser justificadas. Otros ejemplos tienen relación con la protección de

información: los informes de investigación social más completos y los archivos de casos dentro del sistema de justicia juvenil no deberían transferirse a antecedentes criminales que posiblemente dejarían en desventaja a los infractores juveniles en su vida posterior adulta. Los antecedentes criminales juveniles deberían incluir solamente sanciones intervenciones severas, para así prevenir la estigmatización tanto como sea posible.

La *Regla 14* recalca los derechos y responsabilidades de los padres y tutores legales en orden a participar en todas las etapas de las investigaciones y procedimientos. Esto está implícito en el principio general de participación efectiva. Sin embargo, es importante reafirmar los derechos individuales de participación de los padres y tutores legales. No obstante, estos derechos pueden restringirse si los padres o tutores actúan contra el interés superior del joven. La necesidad de tales restricciones debe ser evaluada por psicólogos u otro personal profesional de las autoridades de bienestar juvenil y decidida formalmente por autoridades judiciales. Mientras que la participación de padres o tutores legales es generalmente obligatoria, no sucede lo mismo con los adultos jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad civil. De todas formas, su participación puede ser deseable también, especialmente si los adultos jóvenes aún viven con ellos. Inclusive si los padres y tutores del joven viven en el exterior, se les debe tratar de contactar. Cuando estos padres y tutores no puedan participar, su lugar debe ser ocupado por un representante asignado. Pueden ser impuestas restricciones si son requeridas por investigaciones criminales en curso, pero sólo por el periodo que resulte estrictamente necesario.

Los procedimientos contra jóvenes y la ejecución de las sanciones y medidas resultantes se llevan a cabo en un contexto más amplio, en el cual los miembros de la familia y la comunidad entera pueden tener un rol que jugar si es que resulta pertinente, y pueden tener un impacto positivo en el joven y en la sociedad. Un ejemplo de tal participación comunitaria es la ejecución de una sanción o medida comunitaria donde por definición está involucrada la comunidad. La reintegración después de la privación de libertad también supone necesariamente la aceptación de y la interacción con la comunidad local. Esto también está sujeto al principio de que tal participación vaya en el interés superior del joven. El corolario de la *Regla 14* dice que los jóvenes tienen el derecho a tener contacto con los miembros de su familia.

Las características de los jóvenes requieren de un enfoque específico multi-disciplinario y multi-agencial. Esto es enfatizado en la *Regla 15*. Las disciplinas claves a ser incluidas son la psicología, el trabajo social y la educación. El enfoque multi-agencial es una forma normal de cooperación entre las agencias del sistema de bienestar y de justicia en muchos países. Los trabajadores sociales, la policía, las autoridades escolares y de capacitación vocacional, fiscales y jueces juveniles así como las organizaciones laicas de bienestar juvenil deberían trabajar en conjunto en orden a actuar en el interés superior del joven. El enfoque multi-agencial debería involucrar tanto como sea posible a agencias y organizaciones fuera del sistema judicial, que pueden ser social y ambientalmente más

cercanas al joven. En este aspecto el principio de atención directa es de vital importancia. El principio “del inicio al fin” en el manejo del agresor, donde un trabajador social de la comunidad u oficial de libertad asistida mantiene contacto con el infractor a través de la sentencia, es de particular relevancia para proveer continuidad en la atención. Las gestiones de liberación deben ser planificadas cuidadosamente con tal de asegurar la continuidad del cuidado. Las instituciones de privación de libertad deben trabajar en conjunto con los servicios de cuidado posterior y otras agencias relevantes de asistencia social. Sin embargo, las preocupaciones sobre protección de información se deben tener en mente cuando se coopera de esta manera.

La *Regla 16* enfatiza los derechos a la privacidad y a la protección de información. Los jóvenes infractores y sus familias tienen derechos específicos a la privacidad con el objetivo de protegerlos contra estigmatizaciones negativas. Esto reconoce la necesidad de ayudar a los jóvenes en su desarrollo hacia la adultez. La *Regla 16* plantea como deber del Estado entregar la protección necesaria a los jóvenes infractores y sus familias. En concreto, la identidad de los jóvenes así como la de sus familias no debe ser comunicada a nadie que no esté legalmente autorizado a ser informado.

La autorización legal para recibir información debe ser estrictamente limitada a personas e instituciones que requieran información particular sobre algún caso específico. Esto no debería conducir a la exposición pública de listas completas de nombres de jóvenes infractores. Por consiguiente, se debe partir reuniendo sólo la información necesaria que sirva para este propósito.

La *Regla 17* se refiere a infractores adultos jóvenes. La Recomendación Rec (2003) 20 establece en la *Regla 11* que “reflejando la extendida transición hacia la adultez, debería ser posible para los adultos jóvenes bajo la edad de 21 ser tratados de forma similar a los jóvenes y estar sujetos a las mismas intervenciones, cuando el juez opine que no son tan maduros o responsables por sus acciones como los adultos”. Del mismo modo, la *Regla 3.3* de las Reglas de Beijing establece que: “Se deben hacer esfuerzos por extender los principios comprendidos en las Reglas a los adultos jóvenes”. La *Regla 17* sigue esta misma corriente. Los adultos jóvenes en general están en una etapa de transición en sus vidas, que puede justificar que sean tratados por las instituciones y tribunales de la justicia juvenil. En particular durante los últimos 15 años, muchos países han tomado en cuenta este periodo extendido de transición ya sea dando la posibilidad de aplicar medidas educativas a adultos jóvenes o al menos estipulando una especial mitigación de sus condenas (ver resumen *Pruin 2007; Dünkel/Pruin 2008* y *Tabla 1* más arriba). El aplicar sanciones o medidas contempladas en la ley penal juvenil no significa automáticamente que los adultos jóvenes vayan a recibir sanciones menos duras que los adultos sobre los 21 años de edad; pero, cuando corresponda, ellos deberían beneficiarse de la variedad de sanciones y medidas educativas contempladas para los jóvenes infractores. Es una política basada en evidencias alentar a los legisladores a extender el alcance de la justicia juvenil al grupo de los adultos jóvenes.

Los procesos de educación e integración a la vida social de los adultos se han prolongado y se han presenciado reacciones constructivas más apropiadas en relación a los problemas particulares del desarrollo de los adultos jóvenes en las leyes sobre justicia juvenil (ver, por ejemplo, el énfasis especial que se ha dado a la mediación y conferencias familiares en muchas leyes nuevas sobre justicia juvenil).

La *Regla 18* corresponde a la *Regla 8* de las Reglas Europeas de Encarcelamiento y coloca al personal de las instituciones de bienestar y justicia juvenil en el centro de los servicios de atención de jóvenes infractores que necesiten ayuda especial e intensiva. La *Regla 18* se relaciona fuertemente con la *Regla 15*, que enfatiza la cooperación de las diversas instituciones involucradas (enfoque multi-agencial). Todo el personal del área del bienestar y la justicia juvenil debe ser idóneo para trabajar con jóvenes y estar especialmente entrenado o tener experiencia en temas de desarrollo y educación. Se debe entregar entrenamiento y supervisión permanentes. Los modelos positivos de comportamiento son particularmente importantes, ya que muchas veces el personal asume los roles que normalmente tienen los miembros de la familia del joven. Los estándares de cuidado y rendición de cuentas no sólo deben aplicarse cuando el personal está empleado de forma permanente, sino también cuando la ejecución es delegada o encargada por otras agencias.

La *Regla 19* se relaciona con la *Regla 18* y está destinada a clarificar que las agencias de bienestar y justicia juvenil deben recibir el financiamiento necesario en orden a lograr los objetivos de educación e integración social requeridos. Las diferentes agencias deben estar equipadas de una manera que les permita entregar el estándar apropiado de cuidado para dar respuesta a las diferentes necesidades de los jóvenes. Esto también puede significar que los servicios se dispongan de acuerdo a las diferentes necesidades y riesgos que enfrentan los infractores. Esta regla corresponde a la *Regla 4* de las Reglas Europeas de Encarcelamiento. Ella entrega el mensaje de que la falta de recursos nunca debe justificar la violación de los derechos humanos de los jóvenes. Al imponer sanciones o medidas a los jóvenes infractores, el Estado interviene a una edad en la cual normalmente la familia es la responsable de la crianza del joven. Si el Estado reemplaza parcialmente a los padres debe garantizar que las intervenciones sean significativas, positivas y efectivas.

La *Regla 20* refleja la necesidad de inspección gubernamental continua así como de monitoreo independiente. Esta Regla corresponde a la *Regla 9* de las Reglas Europeas de Encarcelamiento. El monitoreo independiente realizado por personas o instituciones no controladas por agencias del Estado es un importante elemento de control democrático, ya que garantiza una supervisión efectiva del sistema general de justicia juvenil que es independiente de los procedimientos individuales de reclamo. La Regla propone realizar monitoreos a cargo de organismos reconocidos tales como equipos de visitantes u ONGs acreditadas, ombudsmen y otras agencias similares. Un procedimiento efectivo de quejas individuales disponible para los jóvenes en lo relativo a la imposición y ejecución de sanciones y medidas complementa los mecanismos de inspección y monitoreo.

Una descripción detallada de las Reglas *específicas* para la ejecución de sanciones y medidas comunitarias y formas de privación de libertad (partes II - VII de las Reglas Europeas para Infractores Juveniles...) no puede ser entregada aquí (para eso, ver *Dünkel/Baechtold/van Zyl Smit 2007; Dünkel 2008*).

5. Perspectivas

El desarrollo de la delincuencia juvenil en los años 90 ha puesto a la justicia juvenil bajo una enorme presión. Un sistema de justicia criminal que apunta hacia la prevención especial y la educación es arrastrado a un conflicto de justificación y argumentación de sus méritos en relación a criminales violentos, posiblemente xenofóbicos y ultraderechistas, especialmente bajo las condiciones de un debate —en parte alimentado por los medios— sobre la necesidad de castigos más severos. Pero en general, los desarrollos de la delincuencia juvenil en Europa no fundamentan un giro total en la política de justicia juvenil. La delincuencia de la gente joven aún sigue siendo episódica y de naturaleza leve. Por otro lado, no se puede negar que un número pequeño, de no más del 5% de jóvenes masculinos de cada cohorte de nacimientos (especialmente aquellos que entran en contacto tempranamente con la policía, y quienes cargan con el fenómeno de la desintegración), pueden incurrir en carreras criminales persistentes. Sin embargo, un sistema de justicia juvenil moderado, restringido por el imperio de la ley (por ejemplo, el principio de proporcionalidad), es suficiente para este grupo de infractores. Además, tal enfoque puede ser considerado más eficiente que un concepto represivo que ponga énfasis en largas condenas de prisión.

El abandono de la idea de educación o —en términos menos dramáticos— de la prevención especial como *leitmotif* de la justicia juvenil podría conducir no sólo a una intensificación injustificada de las condenas, sino que además amenaza la autonomía de la justicia juvenil en relación a la justicia criminal adulta como un todo. No obstante, tenemos que reconocer que la extensión del abanico de sanciones en el campo de ley penal de adultos por un lado, y el reconocimiento de derechos y garantías procesales fundamentales en el campo de la justicia juvenil por otro lado, han disminuido la brecha entre el derecho penal adulto y el juvenil (ver por ejemplo Holanda). Sin embargo, la política de justicia juvenil todavía debe ser —y mantenerse como— algo más que una forma moderada de derecho penal de adultos. La Recomendación del Consejo de Europa sobre Nuevas Formas de tratar con la Delincuencia Juvenil de 2003 y las Reglas Europeas para Jóvenes Sujetos a Sanciones y Medidas Comunitarias del 2008 son una orientación valiosa para un sistema de justicia juvenil independiente y están en sintonía con un amplio consenso europeo sobre la necesidad de mantener una política social y criminal razonable para la gente joven, aún en tiempos difíciles. El objetivo debe ser la integración del joven infractor, no su (consiguiente) exclusión. Las medidas constructivas como, por ejemplo, la mediación (conciliación víctima-agresor), el

apoyo educativo que apunte a mejorar las habilidades sociales y un sistema general racional y moderado de derecho penal juvenil, pueden ser vistas en coherencia con este objetivo.

Las conclusiones que han sido presentadas aquí pueden resumirse de la siguiente forma:

- La delincuencia juvenil es menos preocupante de lo que se sugiere en cierto sector de los medios.
- Los incrementos de la cifra oscura de la violencia juvenil son mucho menos espectaculares que en las estadísticas oficiales, que obedecen a un cambio en el comportamiento de las denuncias. Este es el caso de Alemania y Suecia, mientras que estudios internacionales comparativos son indicativos de niveles generalmente estables de denuncia.
- Incidentalmente, los niños y gente joven merecen la atención del público, no sólo como autores sino también como víctimas de la violencia.
- El crimen juvenil sigue siendo episódico y de naturaleza leve.
- No obstante, existe una necesidad de validación de las normas a través de intervenciones constructivas, particularmente alentadoras y promocionales para un grupo distintivo pero pequeño de criminales jóvenes ampliamente desaventajados.
- Aquí también las formas tradicionales de asistencia juvenil y apoyo educacional con base comunitaria son suficientes y exitosas –también para infractores juveniles violentos–.
- Si la ubicación en un centro de seguridad parece inevitable, debe ser llevada a cabo en un entorno terapéutico y educativo (cuidado residencial o detención juvenil terapéutico-social).
- Las tendencias contemporáneas en la política europea de justicia juvenil son bienvenidas, en la medida que se orienten hacia una expansión de las medidas educativas para la rehabilitación y al fortalecimiento de la “*justicia restaurativa*”.
- De ahí que las Recomendación del Consejo de Europa de 2003 y las Reglas Europeas para Jóvenes de 2008 están en concordancia con una filosofía moderna de justicia juvenil.
- Los jóvenes requieren comprensión, tolerancia y apertura mental por parte de los adultos, en orden a combatir los problemas de integración.
- Un enfoque represivo de la justicia juvenil tiene más probabilidades de resultar contraproducente en este contexto.
- Por ende, los sistemas neo-liberales que se orientan hacia la retribución y el castigo (ver el “modelo neo-correccional” de Inglaterra/Gales) y que carecen de estrategias de política de justicia juvenil racionales y fundadas empíricamente deberían ser aplastados.
- Formas de justicia restaurativa son un medio positivo para reforzar la responsabilidad y se ajustan al modelo tradicional de un sistema de justicia penal educativo.

Bibliografía

Albrecht, H.-J. (2002): Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch verfassungsgemäß? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag. München: C. H. Beck.

Albrecht, H.-J., Kilchling, M. (2002) (Eds.): Jugendstrafrecht in Europa. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

Bailleau, F., Cartuyvels, Y. (2007): La Justice Pénale des Mineurs en Europe – Entre modèle Welfare et inflexions néo-libérales. Paris: L'Harmattan.

Bannenbergh, B. (1993): Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis. Bonn: Forum-Verlag.

Bruckmüller, K. (2006): Austria: A Protection Model. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): International Handbook of Juvenile Justice. Dordrecht: Springer, p. 263-294.

Bruinsma, G. J. N., de Keijser, J. W. (2002): Potentials and pitfalls of aggregated data in comparative victimology. The case of varying reporting rates between countries. In: Nieuwbeerta, P. (Ed.): Crime victimization in comparative perspective. Results from the International Crime Victims Survey, 1989-2000. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 375-389.

Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium der Justiz (2001): Erster Periodischer Sicherheitsbericht. Berlin: BMI/BMJ (also available online under: www.BMI.de/Berichte)

Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium der Justiz (2006): Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht. Berlin: BMI/BMJ (also available online under: www.BMI.de/Berichte)

Bundesministerium der Justiz (1989) (Ed.): Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis. Bonn: Bundesministerium der Justiz.

Cavadino, M., Dignan, J. (2006): Penal Systems. A Comparative Approach. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.

Christiaens, J. (2009): Belgium. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Pruin, I. (Eds.): Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (in preparation).

Council of Europe (1989): Social reactions to juvenile delinquency (Recommendation No. R (87) 20 and explanatory memorandum). Social reactions to juvenile delinquency among young people coming from migrant families (Recommendation No. R (88) 6. Strasbourg: Council of Europe, European Committee on Crime Problems.

Council of Europe (2003): New Ways of Dealing with Juvenile Delinquency and the Role of Juvenile Justice. Recommendation (2003) 20. Strasbourg: Council of Europe (see also www.coe.int Committee of Ministers, Recommendations).

Doob, A. N., Tonry, M. (2004): Varieties of Youth Justice. In: Tonry, M., Doob, A. N. (Eds.): Youth Crime and Justice. Chicago, London: University of Chicago Press (Crime and Justice Vol. 31), p. 1-20.

Drenkhahn, K. (2006): Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf Kinderdelinquenz im europäischen Vergleich. *Praxis der Rechtspsychologie* 16, No. 1/2, p. 82-93.

Dünkel, F. (1997): Jugendstrafrecht in Europa – Entwicklungstendenzen und Perspektiven. In: Dünkel, F., van Kalmthout, A., Schüler-Springorum, H. (Eds.): *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien des Jugendstrafrechts im europäischen Vergleich*. Bonn: Forum Verlag Godesberg, p. 565-650.

Dünkel, F. (2002): Le Droit Pénal des Mineurs en Allemagne: entre un Système de Protection et de Justice. *Déviance et Société* 26, p. 297-313.

Dünkel, F. (2003): Entwicklungen der Jugendkriminalität und des Jugendstrafrechts in Europa – ein Vergleich. In: Riklin, F. (Ed.): *Jugendliche, die uns Angst machen. Was bringt das Jugendstrafrecht?* Luzern: Caritas-Verlag, p. 50-124.

Dünkel, F. (2003a): Heranwachsende im Jugendstrafrecht in Deutschland und im europäischen Vergleich. *DVJJ-Journal* 14, p. 19-27.

Dünkel, F. (2003b): Youth violence and juvenile justice in Germany. In: Dünkel, F., Drenkhahn, K. (Eds.): *Youth violence: new patterns and local responses – Experiences in East and West*. Mönchengladbach: Forum Verlag Bad Godesberg, p. 96-142.

Dünkel, F. (2006): Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): *International Handbook of Juvenile Justice*. Berlin, New York: Springer 2006, p. 225-262.

Dünkel, F. (2008): Europäische Mindeststandards und Empfehlungen für jugendliche Straftäter als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis: die „European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions and Measures“. In: Sonnen, B.-R. (Ed.): *Dokumentation des 24. Deutschen Jugendgerichtstags*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (in print).

Dünkel, F., Baechtold, A., van Zyl Smit, D. (2007): Europäische Mindeststandards und Empfehlungen als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis – dargestellt am Beispiel der Empfehlungen für inhaftierte Jugendliche und Jugendliche in ambulanten Maßnahmen (die „Greifswald Rules“). In: Goerdeler, J., Walkenhorst, P. (Eds.): *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, p. 114-140.

Dünkel, F., van Kalmthout, A., Schüler-Springorum, H. (1997) (Eds.): *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Dünkel, F., Drenkhahn, K. (2001): Behandlung im Strafvollzug: von „nothing works“ zu „something works“. In: Bereswill, M., Greve, W. (Eds.): *Forschungsthema Strafvollzug*. Baden-Baden: Nomos Verlag, p. 387-417.

Dünkel, F., Gebauer, D., Geng, B., Kestermann, C. (2007): Mare-Balticum-Youth-Survey – Gewalterfahrungen von Jugendlichen im Ostseeraum. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Dünkel, F., Grzywa, J., Pruin, I. (2009) (Eds.): Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (in preparation).

Dünkel, F., Pruin, I. (2008): Young adult offenders in the criminal justice systems of European countries. In: Lösel, F., Bottoms, A., Farrington, D. (Eds.): Lost in Transition? Young adult offenders in the criminal justice system. Devon: Willan Publishing (in print).

Dünkel, F., Sakalauskas, G. (2001): Jugendstrafrecht und Jugendstrafrechtsreform in Litauen. DVJJ-Journal 12, p. 72-80.

Dünkel, F., Scheel, J., Schäpler, P. (2003): Jugendkriminalität und die Sanktionspraxis im Jugendstrafrecht in Mecklenburg-Vorpommern. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, 14, S. 119-132.

Elsner, E., Molnar, H., Steffen, W. (2001): Kriminalität Heranwachsender und Jungerwachsener in München. München: Bayerisches Landeskriminalamt.

Estrada, F. (1999): Juvenile Crime Trends in Post-War Europe. European Journal on Criminal Policy and Research 7, p. 23-42.

Estrada, F. (2001): Juvenile Violence as Social Problem. British Journal of Criminology 41, p. 639-655.

Farrington, D., Langan, P., Tonry, M. (2004): Cross National Studies in Crime and Justice. Washington/DC: Bureau of Justice Statistics.

Feuerhelm, W., Kügler, N. (2003): Das „Haus des Jugendrechts“ in Stuttgart Bad Cannstatt. Ergebnisse einer Evaluation. Mainz: Institut für Sozialpädagogische Forschung e. V.

Gabaglio, S., Gilliéron, G., Killias, M. (2005): Hat die Jugendkriminalität wirklich zugenommen? Zur Entwicklung des Anzeigeverhaltens gegenüber Jugendlichen zwischen 1981 und 2000. CRIMISQOPE Nr. 30, p. 1-6 (ESC – UNIL Lausanne).

Gabriel, G. (2004). Fast tracking and co-operation between police, justice and social services – crime as a cause for looking if support is required. In: Centre for the Prevention of Youth Crime (Ed.): Prevention of Youth Crime in Germany: Educational Strategies. München: Deutsches Jugendinstitut, p. 99-112.

Garland, D. (2001): The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press.

Garland, D. (2001a) (Ed.): Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences. London: Sage.

Graham, J. (1998): Aktuelle Entwicklungen in der Jugendjustiz in England und Wales. DVJJ-Journal 9, S. 317-321.

Heinz, W. (2002a): Entwicklung der Kriminalität junger Menschen – Anlass für eine Verschärfung des Jugendstrafrechts? DVJJ-Journal 13, p. 277-288.

Heinz, W. (2002b): Kinder- und Jugendkriminalität – ist der Strafgesetzgeber gefordert? ZStW 114, p. 519-583.

Heinz, W. (2004): Kriminalität in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Jugend- und Gewaltkriminalität. Internet-publication www.uni-konstanz.de/rtf/kik/Heinz_Kriminalitaet_in_Deutschland.htm

Heinz, W. (2008): Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2006 (Stand: Berichtsjahr 2006) Version: 1/2008. Internet-Publikation www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.pdf.

Höynck, T., Neubacher, F., Schüler-Springorum, H. (2001): Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht. Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarats. Berlin: Forum Verlag Godesberg.

Jesionek, U. (2001): Das österreichische Jugendgerichtsgesetz. 3rd edition, Wien: Juridica Verlag.

Junger-Tas, J., Decker, S. H. (2006) (Eds.): International Handbook of Juvenile Justice. Dordrecht: Springer.

Kaiser, G. (1985): International vergleichende Perspektiven zum Jugendstrafrecht. In: Schwind, H.-D. u. a. (Eds.): Festschrift für G. Blau. Berlin, New York: Walter de Gruyter, p. 441-457.

Kaiser, G. (1996): Kriminologie. Ein Lehrbuch. 3rd edition. Heidelberg: C. F. Müller.

Kasten, A. (2003): Das französische Jugendstrafrecht. Die Auswirkungen der französischen Strafrechtsreform vom 9. September 2002 auf das französische Jugendstrafrecht. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 1, p. 382-388.

Kerner, H.-J. (1993): Jugendkriminalität zwischen Massenerscheinung und krimineller Karriere. In: Nickolai, W., Reindl, R. (Eds.): Sozialarbeit und Kriminalpolitik. Freiburg i. Br.: Lambertus Verlag, p. 28-62.

Kerner, H.-J. (2001): Möglichkeiten und Grenzen der Prävention von Jugendkriminalität. In: Dölling, D. (Ed.): Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert. Berlin, New York: Walter de Gruyter, p. 99-124.

Kilchling, M. (2002): Vergleichende Perspektiven. In: Albrecht, H.-J., Kilchling, M. (Eds.): Jugendstrafrecht in Europa. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, p. 475-532.

Killias, M., u. a. (2004): Juvenile delinquency in Switzerland over 50 years. *European Journal on Criminal Policy and Research* 10, p. 111-122.

Kunkat, A. (2002): Junge Mehrfachauffällige und Mehrfachtäter in Mecklenburg-Vorpommern – eine empirische Untersuchung. Mönchengladbach: Forum Verlag.

Lösel, F. (2001): Behandlung oder Verwahrung? Ergebnisse und Perspektiven bei „psychopathischen“ Straftätern. In: Rehn, G. u. a. (Eds.): *Behandlung „gefährlicher Straftäter“*. Pfaffenweiler: Centaurus, p. 36-53.

Lösel, F., Bender, D. (2000): Protektive Faktoren gegen Delinquenzentwicklungen. In: Jehle, J.-M. (Ed.): *Täterbehandlung und neue Sanktionsformen*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, p. 117-153.

Lösel, F., Bliesener, T., Averbeck, M. (1998): Hat die Delinquenz von Schülern zugenommen? Ein Vergleich im Dunkelfeld nach 22 Jahren. *DVJJ-Journal* 9, p. 115-125.

Lösel, F., Bliesener, T. (2003): *Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen. Untersuchungen von kognitiven und sozialen Bedingungen*. München, Neuwied: Luchterhand.

McCarney, W. (1996) (Ed.): *Juvenile Delinquents and Young People in Danger in an Open Environment*. Winchester.

Mischkowitz, R. (1993): *Kriminelle Karrieren und ihr Abbruch*. Bonn: 1993.

O'Mahony, D., Campbell, C. (2006): Mainstreaming Restorative Justice for Young Offenders through Youth Conferencing - The Experience of Northern Ireland. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): *International Handbook of Juvenile Justice*. Dordrecht: Springer, p. 93-115.

Patané, V. (2007) (Ed.): *European Juvenile Justice Systems. First volume*. Milano: Giuffrè Editore.

Pfeiffer, C. (2005): Migration, Crime and Masculinities: Young Immigrants in Europe. Paper at the World Congress of Criminology, 7-12 August 2005, Philadelphia (see also www.kfn.de, Projekte).

Pratt, J., u. a. (2005) (Eds.): *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*. Cullompton: Willan Publishing

Pruin, I. (2007): Die Heranwachsendenregelung im deutschen Jugendstrafrecht. Jugendkriminologische, entwicklungspsychologische, jugendsoziologische und rechtsvergleichende Aspekte. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Roberts, J., Hough, M. (2002) (Eds.): *Changing Attitudes to Punishment. Public opinion, crime and justice*. Cullompton: Willan Publishing.

Schwind, H.-D., et al. (2001): *Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer deutschen Großstadt. Bochum 1975 – 1986 – 1998*. Neuwied, Kriftel: Luchterhand.

Škuli, M. (2009): Serbia. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Pruin, I. (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (in preparation).

Spinellis, C. D., Tsitsoura, A. (2006): The Emerging Juvenile Justice in Greece. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): *International Handbook of Juvenile Justice*. Berlin, New York: Springer, p. 309-324.

Stelly, W., u. a. (1998): Kontinuität und Diskontinuität sozialer Auffälligkeiten im Lebenslauf. *MschKrim* 81, p. 104-122.

Stelly, W., Thomas, J. (2001): *Einmal Verbrecher – immer Verbrecher?* Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.

Stump, B. (2003): „Adult time for adult crime“ – Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Tiffer-Sotomayor, C. (2000): *Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendstrafrechts in Costa Rica*. Mönchengladbach: Forum Verlag.

Tiffer-Sotomayor, C., Llobet Rodríguez, J., Dünkel, F. (2002): *Derecho Penal Juvenil*. San José/Costa Rica: DAAD.

Tonry, M. (2004): *Punishment and Politics*. Cullompton: Willan Publishing.

Tonry, M., Doob, A. N. (Eds.): *Youth Crime and Justice*. Chicago, London: University of Chicago Press (Crime and Justice Vol. 31).

Válková, H. (2006): Restorative Approaches and Alternative Methods: Juvenile Justice Reform in the Czech Republic. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): *International Handbook of Juvenile Justice*. Berlin, New York: Springer, p. 377-395.

van Dijk, C., Dumortier, E., Eliaerts, C. (2006): Survival of the Protection Model? Competing Goals in Belgian Juvenile Justice. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (Eds.): *International Handbook of Juvenile Justice*. Dordrecht: Springer, p. 187-223.

van Dijk, J., Manchin, R., van Kesteren, J., Nevala, S., Hideg, G. (2005): *The Burden of Crime in the EU. Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*. Dordrecht 2005.

von Hofer, H. (2004): Crime and Reactions to Crime in Scandinavia. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 5, p. 148-166.

Walter, M. (2005): *Jugendkriminalität*. 3rd edition, Stuttgart et al.: Richard Boorberg Verlag.

NOTAS PARA UN ESTUDIO SOBRE LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DE ADOLESCENTES: EL CASO DE LA LEY CHILENA

JAIME COUSO*

Nota introductoria

Estas notas, preparadas en el marco de un proyecto de investigación sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes¹, constituyen una primera exploración acerca de las diversas materias penal-sustantivas y procesal-penales en las que la cuestión de la especialidad merece ser planteada y analizada, con indicación básica de los criterios de especialidad sostenidos respecto de cada una de ellas en el derecho y la doctrina comparados, así como de las referencias bibliográficas y normativas más relevantes. El listado de materias, y el contenido de la especialidad en cada caso, serán precisamente objeto de desarrollo a lo largo de la investigación, y objeto de futuras publicaciones producidas en el marco de la misma.

Relevancia del problema

En Chile acaba de entrar en vigencia —el 8 de junio de 2007- la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley N° 20.084, en adelante, LRPA). Ella se propone, como el Mensaje del Presidente de la República lo señala “reformular radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos sean cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal de adolescentes” (Mensaje del Proyecto de LRPA).

Con ello, según el propio Mensaje, se busca adecuar la normativa nacional aplicable en la materia a “los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República (CPR), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile”. Ese objetivo exige derogar tanto la legislación tutelar de menores aplicable a los menores de dieciséis y menores de dieciocho años declarados “sin discernimiento” como el sistema de responsabilidad penal atenuado aplicable a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años declarados “con discernimiento”,

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile.

¹ “El principio de especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes. Análisis dogmático y jurisprudencial”, proyecto Fondecyt regular 2008, N° 1080644, Investigador responsable: Jaime Couso, Co-investigador: Mauricio Duce.

por considerarse que la primera (Ley de Menores) “en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, y el otro (el sistema penal atenuado, con discernimiento) “es un resabio de los códigos penales decimonónicos” que ha sido “abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo”, que han avanzado hacia legislaciones penales especiales que consideran “al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención del delito”.

En ese sentido la LRPA representa un cambio radical, como lo sostiene el Mensaje, tanto respecto de los sistemas de justicia de menores, como respecto de la simple aplicación —si bien atenuada— del sistema de responsabilidad penal de los mayores de edad a los menores declarados con discernimiento.

En comparación con la Ley de Menores, la LRPA es un sistema basado en la idea de “responsabilidad” del adolescente, que reconoce el carácter penal de las consecuencias que impone (sanciones penales de adolescentes), y que por ello “recepiona todas las garantías penales y procesales propias de los adultos”, que el sistema de tribunales de menores les negaba (Mensaje).

Pero, en comparación con la responsabilidad criminal del mayor de edad, la LRPA se basa en una “responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo”, lo que se traduce en sanciones diferentes a las de los adultos, preferentemente no privativas de libertad (que se considera “el último recurso”), menos severas que las de los adultos (“un criterio de intervención penal especial reducida o moderada”) y orientadas especialmente a fines socioeducativos —“fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas”— y de inserción social —“resguardando su desarrollo e integración social” (Mensaje, citando la CDN)—, así como en la introducción de “garantías (penales y procesales) específicas para los adolescentes”, que se organizan en torno de “un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción, que aseguren la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema para hacerse cargo de las finalidades de esta Ley” (Mensaje).

Esas importantes diferencias a que el Mensaje hace referencia, y que distinguen la LRPA del sistema de responsabilidad criminal aplicable a los mayores de edad, configuran lo que puede denominarse el “principio de especialidad”, aludido por el Mensaje con la referencia al carácter “radical” de esta reforma que introduce, por primera vez en Chile, “un sistema de responsabilidad penal **especial** para adolescentes” (destacado nuestro), y por el propio nombre del Proyecto de Ley, que también se refiere a un “sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, es decir, un sistema propio para los adolescentes, y no simplemente un conjunto de modificaciones puntuales al sistema penal, aplicables a los adolescentes.

La **especialidad** de la respuesta penal a los adolescentes es reflejo, según el propio Mensaje, de los especiales derechos reconocidos por la CDN a las personas menores de dieciocho años, fundamentalmente en los Arts. 37 y 40 de ese tratado internacional, a la que la propia LRPA, en su Artículo 2°, hizo especial referencia. Además, de acuerdo con la tesis de un importante sector doctrinario, se trata de derechos que adquieren rango constitucional en virtud de lo dispuesto por el Art. 5°, inciso segundo, de la CPR². Entre esos principios especiales de la CDN y de la LRPA se cuentan: el “interés superior del adolescente”, la privación de libertad como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y la orientación especial de las sanciones y medidas a la inserción social del adolescente y a un efecto socioeducativo.

Ahora bien, y más concretamente, la regulación concreta de la LRPA, contempla, en efecto, una serie de diferencias con el sistema penal aplicable a los mayores de edad, que pretenden dar aplicación a los principios a que hace referencia el Mensaje. Con todo, la especialidad del sistema penal de adolescentes se ve reflejada fundamentalmente en el tipo de sanciones que puede imponerse a los adolescentes, así como en su forma de cumplimiento y de controlarse su ejecución, pero es menos clara —en el sentido de la “radicalidad de la reforma”— en relación con el procedimiento destinado a establecer su responsabilidad y a determinar la sanción (basado en gran medida en el Código Procesal Penal, salvo un puñado de reglas especiales establecidas en 10 artículos), así como en lo relativo a las propias reglas de determinación de la sanción (que, en buena medida reproduce las reglas del Código Penal, sin perjuicio de la introducción de un listado de criterios especiales para la selección de la sanción dentro del tramo penal al que se lleva por aplicación de aquellas reglas). Más aún, en lo que atañe a los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la responsabilidad (culpabilidad) del autor, prácticamente no hay reglas especiales (salvo, acaso, la del Art. 4° de la LRPA, en relación con los delitos sexuales impropios, y las que se refieren a las faltas).

Lo anterior no quiere decir que la diferencia entre el Derecho penal y procesal penal de adolescentes y el Derecho penal y procesal penal aplicable a los mayores de edad en Chile, se reduzcan a lo establecido en las reglas explícitas contempladas por la LRPA. Tampoco ocurre ello así en otros sistemas de derecho penal de adolescentes, semejantes al chileno.

En realidad, la especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, como los establecidos por la CDN, que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados, así como de principios jurídicos generales, establecidos a favor de todo

² De hecho, en un reciente fallo del Tribunal Constitucional (TC), es interesante notar que el requerimiento de inconstitucionalidad fundado en que cierta indicación parlamentaria a la LRPA habría infringido derechos de rango constitucional establecidos por la CDN, se rechazó, no porque esos derechos no tuviesen tal rango (el TC omitió referirse al punto), sino porque el contenido del derecho de la CDN supuestamente afectado (enunciado en el Art. 37), en realidad “no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del legislador” (Sentencia del TC, de fecha 13 de junio de 2007, considerando 28°), lo que implica reconocer que, de acuerdo con su rango, los derechos de la CDN sí deben ser respetados por el legislador, y podrían dar lugar a acoger un requerimiento de inconstitucionalidad si una prohibición establecida por ella fuese violada por una ley.

imputado o condenado, pero que aplicados a la especial situación en que se encuentra el adolescente frente al sistema penal, se traducen en criterios y estándares diferenciados para su juzgamiento o para la aplicación de determinadas garantías. De hecho, si el legislador ha establecido reglas diferenciadas explícitas, es precisamente en aplicación de esos principios especiales, o a causa de su reconocimiento de la especial situación del adolescente y de la relevancia que ello tiene para aplicar en forma diferenciada los principios generales. Un ejemplo de lo primero (principio especial) parece constituirlo el establecimiento de una regla especial para la aplicación del principio de oportunidad (en el Art. 35 de la LRPA) que, junto con admitir su aplicación para delitos más graves (en un grado) que los que lo permitirían en el caso de los mayores de edad, prescribe que los fiscales decidan su aplicación teniendo en cuenta especialmente “la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado”, regulación que es aplicación del principio del “interés superior del adolescente” (Art. 3° LRPA) y, eventualmente, del principio que promueve “la reintegración del niño en la sociedad” (Art. 40.1, LRPA); otro ejemplo lo constituye la regla según la cual la medida cautelar personal de internación provisoria sólo puede aplicarse cuando se trate de la imputación de un crimen (Art. 32 LRPA), que es aplicación del principio especial (del Art. 37, b CDN) conforme al cual para los menores de edad la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Un ejemplo de lo segundo (principio general aplicado a una situación especial), puede apreciarse en la regla que establece una duración máxima para las penas privativas de libertad, de cinco años, para los adolescentes menores de 16 años de edad, y de diez años, para los adolescentes mayores de 16 años de edad, que parece aplicar a la diferente situación en que se encuentra el adolescente, por su menor madurez y competencia sociales, el principio general de culpabilidad, conforme al cual, la medida de la pena varía de acuerdo con la variación de la magnitud de culpabilidad, la que depende, a su vez, de la mayor o menor exigibilidad del comportamiento conforme a derecho, asociado a la diversa madurez que puede apreciarse en el adolescente, en comparación con el mayor de edad e, incluso, en los adolescentes más jóvenes, comparados con los menos jóvenes; otro ejemplo se encontraría en la regla que exige la presencia del defensor para que el adolescente pueda declarar, y que exige que la declaración sea siempre ante el fiscal (Art. 31 LRPA), que parece estar aplicando a la especial situación del adolescente el principio general del derecho a la defensa y del derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, que para una persona menos madura y con menores competencias sociales y comprensión del sistema procesal, exigen un especial resguardo, prohibiendo implícitamente que pueda renunciar a su derecho a guardar silencio hasta que no tenga la oportunidad de ser aconsejado sobre ello por su defensor.

Pero el hecho de que el legislador haya deducido de esos principios determinadas reglas diferenciadas, no implica que la eficacia de esos principios (generales y especiales), se agote en el alcance —más o menos amplio o limitado, según el caso— de esas mismas reglas. La validez general de esos principios, recogidos en la CPR, en los tratados internacionales

de derechos humanos —como la CDN—, en la propia LRPA, o reconocidos como principios generales del Derecho, exige también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales. Ello es evidente en los casos en que la misma LRPA reprodujo alguno de esos principios, con la indudable voluntad de que los propios tribunales (entre otras autoridades llamadas a cumplir con la LRPA) aplicaran tal principio, en su caso deduciendo criterios y estándares de juzgamiento diferenciados. Así, por ejemplo, cuando la LRPA reproduce el principio conforme al cual la privación de libertad debe emplearse tan sólo como último recurso y por el período más breve que proceda (Art. 26 LRPA), lo está llamando a cumplir un papel que va más allá de la aplicación de las reglas explícitas inspiradas en el mismo; así, por ejemplo, deberá tenerse en cuenta ese principio, al decidir si escoge una sanción de encierro o una ambulatoria, en los casos en que la gravedad del delito determina como marco penal uno de aquellos que contemplan sanciones de uno y otro tipo, y también cuando decide la duración de la internación provisoria. El mismo tipo de razonamiento sobre las implicancias de los demás principios que determinan la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes deben hacer los tribunales cuando decidan otras cuestiones en las que tales principios aparezcan como materialmente relevantes, incluso si esos principios no han sido reproducidos expresamente por la LRPA, pues la validez de aquellos no deriva de este hecho, sino de la fuente que los ha establecido: la CPR, la CDN o los principios generales del Derecho.

De hecho, si se examina la doctrina y la jurisprudencia de los países que cuentan con legislaciones penales de adolescentes, puede constatararse que buena parte del desarrollo de criterios y estándares diferenciados, que configuran la **especialidad** del sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, deriva de la aplicación de principios especiales o de la aplicación de principios generales a la diversa situación fáctica en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad.

Este desarrollo deriva, en parte, de situaciones aplicables en nuestro derecho (sobre todo, la aplicación de principios reconocidos del derecho penal —como el de culpabilidad— a la diferente situación en que se encuentran los adolescentes, tanto en esos países como en Chile —menores competencias, que determinan una menor exigibilidad de la conducta conforme a derecho—), pero también deriva en parte de la específica formulación que en cada ordenamiento jurídico tiene los derechos constitucionales y de los tratados internacionales (diversos en Europa y en América Latina), y de la específica situación de estos tratados desde el punto de vista de su rango, en relación con la Constitución y la ley doméstica. Así, no es posible simplemente importar los planteamientos de esos otros países, ni siquiera de aquellos en los que la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes explícitamente se ha inspirado.

Por todo ello, para un sistema penal de adolescentes nuevo, completamente inédito en nuestro país, una cuestión fundamental es la que se pregunta acerca de cuáles

concretamente son los criterios y estándares diferenciados de juzgamiento y de aplicación de garantías que se desprenden de los principios jurídicos especiales para adolescentes y de la aplicación de principio jurídicos generales a la diversa situación de los adolescentes. Ello implica resolver previamente, cuáles concretamente son esos principios, sobre todo los principios especiales del sistema penal de adolescentes, cuestión que en alguna medida varía en cada ordenamiento jurídico, sobre todo si las reglas de validez y rango de los tratados internacionales son distintas. También implica tener una perspectiva clara de en qué sentido y concretamente en qué dimensiones de la realidad relevante, la situación del adolescente es diferente a la del mayor de edad, como para que los principios generales se traduzcan en criterios y estándares diferenciados.

Todo ello, por razones obvias, no ha sido abordado por la doctrina chilena, respecto de una Ley que acaba de entrar en vigencia.

Además, también es una cuestión fundamental, directamente relacionada con la tarea de identificar esos principios y los criterios y estándares diferenciados, el seguimiento y análisis de la forma en que los tribunales chilenos, particularmente los tribunales superiores de justicia —llamados a uniformar la aplicación del derecho—, razonen a partir de los principios generales y especiales aplicables a los adolescentes infractores de ley penal, y especifiquen los criterios y estándares diferenciados que deben regir su juzgamiento y la aplicación de las garantías e instituciones del sistema penal, en los primeros años de aplicación de la nueva Ley.

Fundamentos teóricos y discusión bibliográfica

En Chile la discusión sobre la especialidad del sistema penal de adolescentes frente al sistema penal aplicable a los mayores de edad, es relativamente reciente. Ello se explica en buena medida porque durante años, el énfasis del debate pre-legislativo estuvo puesto en la necesidad de reconocer las semejanzas entre la intervención penal con adolescentes y el sistema penal aplicable a los mayores, desenmascarando al derecho tutelar de menores como un sistema penal encubierto, para así poder exigir la aplicación a los adolescentes de —a lo menos— las mismas garantías penales y procesales que el ordenamiento jurídico aseguraba a los mayores de edad, y que la Ley de Menores le negaba a los menores de edad (Bustos, 1992 —con referencias más bien a la situación española—; Cillero et al, 1995; Couso, 1998; Couso et al, 1999).

En años más recientes, la doctrina nacional se ha concentrado algo más en aquello que debe diferenciar al sistema penal de adolescentes del sistema penal aplicable a los mayores de edad, a partir del reconocimiento (que nunca se negó, pero no constituía un foco de las investigaciones) de la dimensión de especialidad del sistema penal de adolescentes, y ha identificado genéricamente la existencia de algunos principios especiales así como la necesidad de aplicar los principios generales en forma diferenciada a la especial situación

del adolescente (Maldonado, 2004; Cillero, 2003, concentrándose en términos todavía muy generales, en las garantías procesales). Bustos (2007) ofrece el desarrollo más reciente y completo, si bien todavía en un nivel de abstracción muy alto, determinado en gran medida por la falta de jurisprudencia en un momento en que la LRPA todavía no entraba en vigencia, y por el hecho de que la doctrina nacional todavía debatía los principios en el plano de la discusión legislativa (para la eventual reforma de la LRPA, tras la postergación de su entrada en vigencia, en junio de 2006).

En esa literatura, los principios son derivados de diversas fuentes, sin haberse llegado a sistematizar la forma y rango con que ellos se integran en el ordenamiento jurídico nacional, ni las eventuales colisiones que pueden plantearse con otros principios, o los problemas de regulación especial —de las reglas legales— versus regulación general —de las cláusulas de los tratados internacionales—, entre otros problemas dogmático-jurídicos más concretos, todo lo cual es explicable, entre otras razones, porque aún no se contaba con un texto definitivo y vigente de la LRPA.

En alguna ocasión, en esa literatura se examinaba en qué medida la aplicación de ciertas instituciones del proceso penal de adultos a los imputados menores de edad —declarados con discernimiento— permitía pronosticar el desarrollo de un procesamiento diferenciado de los adolescentes, compatible con el modelo de un “Derecho penal mínimo de adolescentes”, cuando esas instituciones comenzaran a serles aplicadas en el contexto de principios especiales, al entrar en vigencia la LRPA (Couso, 2002). En otra ocasión, en cambio, se destaca críticamente que el Proyecto de LRPA no desarrollaba en forma suficiente la especialidad y se quedaba demasiado anclado —en materia procesal-penal— a la estructura y las instituciones del proceso penal aplicable a los imputados mayores de edad (Duce, 2003).

También se ha planteado la idea de una especial situación del adolescente ante el sistema penal, sin ofrecerse una caracterización precisa —apoyada en conocimientos psicológicos y criminológicos consolidados— acerca de cuáles son las dimensiones de la realidad personal y social del adolescente que lo ponen en una situación diferente, si bien siempre se hace referencia a la menor madurez y competencias sociales, así como su mayor vulnerabilidad frente a los efectos negativos del proceso penal y de la pena (Bustos, 2007; Maldonado, 2004; Cillero, 2003). Sobre la base de esa situación fáctica diferente, se ha llegado a desprender, todavía sin mayor desarrollo dogmático-jurídico, la idea de que esa situación implica un juzgamiento diferenciado en ciertas materias penales (sobre la culpabilidad, como exigibilidad de otra conducta, diferente para los adolescentes que para los mayores de edad, Bustos, 2007; sobre los criterios de determinación de penas, Horvitz, 2006) y procesal-penales (sobre el sistema de recursos, Cillero, 2003; sobre el derecho a la defensa, Berríos, 2006; sobre la renuncia al derecho a guardar silencio, Estrada, 2006). Una visión algo más sistemática de las implicancias de la diferente situación del adolescente para una aplicación diferenciada de los criterios de juzgamiento en materia de injusto penal, culpabilidad y participación delictual, pero todavía en un nivel de desarrollo muy embrionario, la ofrece Couso (2006b).

En la doctrina comparada, la especialidad del sistema penal de adolescentes, y las implicancias concretas que de ellos se derivan para un juzgamiento diferenciado y para la aplicación también diferenciada de las garantías penales y procesales, han sido objeto de un tratamiento más sistemático. Los países más relevantes para un estudio de derecho comparado, desde el punto de vista del nivel de desarrollo que en ellos ha alcanzado la discusión, así como de las semejanzas relevantes con nuestra LRPA, parecen ser: España, Costa Rica, Alemania y Estados Unidos. Más precisamente, atendiendo al criterio del grado de desarrollo de la discusión y al de las semejanzas relevantes con nuestra Ley, sería necesario distinguir entre las materias estrictamente penales y las materias procesal-penales. Para las primeras, las legislaciones de España, Costa Rica (mencionadas expresamente como modelo por el Mensaje de la LRPA) y, muy especialmente, Alemania (que combina un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de más de 80 años, respecto de su Ley Penal Juvenil, con semejanzas muy relevantes entre su sistema de derecho penal general y de derecho penal juvenil y los nuestros³). Para las segundas, los sistemas procesal penal de Alemania y Estados Unidos son los más relevantes: en el caso de Estados Unidos, especialmente por la riqueza en el desarrollo de las garantías del debido proceso, cuya influencia internacional es reconocida por la propia doctrina alemana (Kuhn, 1996); y, en el caso de Alemania, en parte por el desarrollo de esas garantías, teniendo en cuenta además que en ese país las garantías procesal-penales se toman en buena medida de instrumentos internacionales aplicables en Chile (la CDN) o semejantes a los que en nuestro país son aplicables (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para Alemania; la Convención Americana de Derechos Humanos, para Chile), y también en parte, por la gran influencia que el sistema procesal penal alemán tuvo en el diseño del proceso penal chileno —que, en lo fundamental, ha sido adoptado por la propia LRPA—.

Como se ha venido señalando, la especialidad del sistema penal de adolescentes, en el derecho comparado, se deriva de una serie de principios especiales (en Costa Rica, Tiffer et al, 2002; en Alemania, Eisenberg, 2006:4 y ss, Shaffstein/Beulke, 2002: 3 y ss.; en España, Giménez-Salinas i Colomer, 2001), que no implican en absoluto negar que “el Derecho penal de adolescentes es Derecho Penal” (Albrecht, 2000:VII) y exige, por ello, aplicar las garantías de que disfrutaban los adultos —sin perjuicio de aumentarlas con otras especiales—, cuando son objeto de persecución penal del Estado; y también se deriva de las especiales consecuencias que ciertos principios jurídicos generales producen cuando se aplican a la diferente situación en que el adolescente se encuentra frente al sistema penal. Una parte de la discusión doctrinaria en el derecho comparado se refiere, también, a la necesidad de evitar la discriminación de los adolescentes en la aplicación de las garantías generales, so pretexto de la especialidad de su situación y de los principios llamados a regir su juzgamiento (en Alemania, en general, denunciando la posición desmedrada —*Schlechterstellung*— de los adolescentes en la criminalidad de bagatela y leve, Albrecht, 2000, y específicamente

³ Derivada, fundamentalmente, del hecho de que nuestra LRPA se inspira en buena medida en las leyes penales juveniles de España y Costa Rica, que, a su vez, en gran medida, se basan en la Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunales de Menores, o de “Justicia Juvenil”) alemana (sobre Costa Rica, Tiffer, 2000:83-84; sobre España, Tamarit, 2002:30 y Couso, 2006a:453).

relación con el proceso penal, Burscheidt, 2000; en Estados Unidos, crítico sobre la negación de la garantía del juicio por jurado, Feld, 1999).

A partir de los principios especiales y de la especial situación en relación con los principios generales, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado criterios y estándares diferenciados a lo menos en las siguientes áreas:

- juzgamiento de la responsabilidad penal de adolescentes;
- determinación de sanciones penales;
- aplicación de reglas y garantías procesales;
- condiciones de ejecución de las sanciones penales.

Juzgamiento diferenciado de la responsabilidad penal de adolescentes:

1) En relación con la producción de un injusto penal

Diversos autores, en Alemania y España, critican que las leyes de esos países apliquen sin más las tipificaciones de la ley penal de adultos a los adolescentes. Según Albrecht, “Los mandatos y las prohibiciones del mundo de los adultos, no son compatibles por regla general, con los mundos de vida de los menores y sus representaciones normativas” (2000:92), ni con ciertas formas de interacción que se dan entre los adolescentes. Por eso, la aplicación de aquellos mandatos y prohibiciones, sin modificaciones, para juzgar los comportamientos de los adolescentes, materialmente pueden llevar a un trato desigual y a “rupturas de comunicación y valoración” (ibíd.).

Esta crítica, sin perjuicio de sus implicancias de *lege ferenda* (sobre todo, fundamentando una cuidadosa selección de las conductas punibles que tiene sentido incriminar para los adolescentes), tiene importantes repercusiones de *lege lata*, es decir, en la interpretación de los tipos, y se dirige a sostener la necesidad de flexibilidad a la hora de calificar jurídicamente ciertos hechos, cuando, justamente a causa de aquellas diferencias en las formas de interacción y valoración de ciertos conflictos por parte de los adolescentes, aparece como dudosa la realización del tipo penal en el sentido de la *ratio legis* (Albrecht, 2000:92). Es decir, al tomarse en serio la peculiar situación de los adolescentes y su mirada sobre los conflictos que protagonizan, resulta, por ejemplo, que un hecho que para el Código penal puede considerarse como un robo con violencia en las personas, con una pena abstracta muy alta (en Chile, superior a la del homicidio simple), visto desde el punto de vista de los dos jóvenes involucrados (autor y víctima) puede aparecer como un conflicto completamente menor, que se resuelve con la devolución de la especie (en el caso de dos jóvenes que rivalizan después de un partido de fútbol y uno de ellos le quita la pelota al otro tras haberle pegado con unos golpes de puño) (Albrecht, ibíd.).

Estas peculiaridades de la conducta de los adolescentes en materia de injusto penal, en general, son más bien una consecuencia de principios generales, en particular el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, que conduce a una interpretación de los tipos a partir de la exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma. Así, en ciertos casos, el significado que en la interacción juvenil tienen ciertos hechos, determina que no se produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que fundamenta la punibilidad de la conducta o su castigo bajo un determinado tipo penal agravado.

A continuación se exponen algunos de los casos más relevantes:

a) En materia de elementos subjetivos del injusto

La menor o nula lesión del bien jurídico protegido se puede producir, en primer lugar, porque falta, en el sentido de la *ratio legis*, algún “elemento subjetivo” del injusto que debe concurrir para que se de la tipicidad que se supone en el hecho (Albrecht, *ibíd*; Eisenberg, 2006). Entre los ejemplos más plausibles de elementos subjetivos que pueden faltar por las características “adolescentes” del comportamiento, se cuentan los siguientes:

- El “ánimo apropiatorio”, en los delitos patrimoniales; así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha negado la “intención de apropiarse” de la cosa en el caso del apoderamiento violento, por parte de un grupo de *skin-heads*, de una chaqueta de la víctima con un estilo y color de aquellos que normalmente sólo usan los miembros de ese grupo, al que la víctima precisamente no pertenecía, lo que se tradujo en que el apoderamiento violento tenía la intención de descalificar a la víctima como portador legítimo de esa indumentaria, más que de “apropiársela” (AG Tiergarten, 7/11/88), todo lo cual sólo se entiende apreciando la especial situación de ese grupo juvenil y de sus representaciones normativas y formas de interacción.
- El dolo homicida o ciertas agravantes o calificantes en el homicidio, en casos de ostensible espontaneidad, falta de plan, irracionalidad y gran carga emocional con que los adolescentes suelen cometer acciones violentas (Albrecht, 2000; Eisenberg, 2006).

b) Caso especial de los delitos sexuales

La situación de los abusos sexuales y los delitos contra la libertad sexual cometidos por adolescentes es también reconocida como una situación especial (como lo advierte, en España, Tamarit, 2002:36), que ha merecido, a lo menos un tratamiento legal especial en relación con los delitos sexuales “impropios” (aquellos en que la “víctima” menor de la edad de consentimiento sexual, de hecho ha consentido en la relación sexual con el adolescente), que suele exigir un mínimo de diferencia de edad entre autor y víctima para considerar punible la conducta, lo que puede tener un impacto más global sobre la consideración de la responsabilidad penal de los adolescentes (aún si la diferencia de edad con la víctima es mayor) respecto de los delitos sexuales impropios.

2) En relación con la culpabilidad del autor

El Derecho penal de adolescentes es un derecho penal de culpabilidad. Ello implica que se aplican todas las eximentes y atenuantes basadas en la falta de culpabilidad o en una situación de culpabilidad disminuida. Pero la doctrina comparada ha considerado que el principio general de culpabilidad, aplicado a los adolescentes, debe traducirse en criterios de juzgamiento especiales para los diversos elementos de la culpabilidad (respecto de Alemania, Albrecht, 2000, para España, Couso, 2006a; en relación con Costa Rica, Tiffer et al, 2002:429; respecto de Estados Unidos, Feld, 1999:302 y ss.). Además, considerando la situación de los adolescentes con serias desventajas socioeconómicas, que condicionen su conducta delictual, en general, se ha llegado a afirmar que el principio de culpabilidad implica reconocerles una menor culpabilidad, pues menos exigible les es a ellos el comportamiento conforme a derecho (Bustos, 1992); criterio que ha sido reconocido por la jurisprudencia de Costa Rica (Tribunal de Casación Penal, Setencia N° 591-F-97).

3) La actuación en grupo y los adolescentes

El fenómeno de la actuación en grupo por parte de los adolescentes ha sido estudiado desde el punto de vista de la dinámica psicológica que se produce en los miembros del grupo, teniendo en cuenta las características propias de los adolescentes, pero también con las especificidades que la interacción en el grupo genera. En la doctrina comparada se admite que la actuación en grupo es un dato distintivo, propio de la cultura de pares en relación con los adolescentes, y que los adolescentes son especialmente sensibles a la influencia de sus pares (Feld, 1999:312, citando al célebre psicólogo de la infancia, Erik Erikson).

Las características de la actuación de adolescentes en grupo, relevantes para un juzgamiento penal diferenciado, han sido sistematizadas en Alemania por Zieger (2002, citando los estudios de Cabanis):

- Actuación imprevista, basada en una ocurrencia espontánea, desprovista de plan, sin acuerdo verbal alguno.
- Efecto grupal de desaparición de las inhibiciones y escrúpulos.
- Desvalorización hacia los viejos, débiles, homosexuales u otros grupos minoritarios o marginales.
- Ostensible ausencia de objetivos y de falta de sentido de la actuación (desproporción entre el hecho punible y la “ganancia” esperada o alcanzada).
- Falta de conciencia de lo injusto del hecho y de sentimiento de responsabilidad en quienes actúan en grupo.

- Gran sentimiento de solidaridad interna y de superioridad del grupo.
- Ausencia de división de roles clara o definida.

De todas ellas pueden derivarse importantes consecuencias en materia de tipicidad y culpabilidad de la participación (exploradas para la LRPA chilena por Couso, 2006b).

Determinación de sanciones:

En los sistemas penales de inspiración “continental”, la doctrina ha identificado la existencia de una situación fáctica (menor culpabilidad, mayor *sensibilidad* a la pena, especialmente la privativa de libertad) y jurídica (principios de la CDN y la LRPA) categorialmente diferente entre adolescentes y mayores de edad, que debe traducirse *prima facie* en criterios de determinación de la pena también diferentes, especialmente en materia de selección de una sanción privativa de libertad en lugar de una ambulatoria, así como de una sanción orientada a la prevención especial (típicamente, la libertad asistida, o libertad vigilada en el caso de los mayores de edad) en lugar de una reparatoria (reparación, multa) o simbólica (amonestación, respecto de los adolescentes, remisión condicional de la pena, en el caso de los mayores de edad), y, en general, en relación con la determinación del contenido de inserción social de las diversas sanciones aplicables. En particular, se ha investigado sobre las consecuencias que el “principio educativo” debería tener, y el que de hecho tiene, en la práctica de determinación de sanciones (en Alemania, críticamente sobre la posición desmedrada en los delitos leves, donde existiría un “plus educativo” de pena para los adolescentes, Albrecht, 2000, Eisenberg, 2006; en Costa Rica, en un plano más prescriptivo sobre el rol del principio educativo, Tiffer et al, 2002; también en España, González Cussac y Cuerda Arnau), así como la importancia del principio que relega la privación de libertad como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y el efecto limitador del principio de culpabilidad (*ibid.*). En Estados Unidos, con una práctica sancionatoria comparativamente mucho más severa, se han debatido especialmente las consecuencias de la especial situación evolutiva del menor de edad, para excluir la aplicación de la pena de muerte (recién declarada inconstitucional por la Corte Suprema federal el año 2005), o las penas de encierro de larga duración (Zimring, 2005; Feld, 1999).

Aplicación diferenciada de garantías e instituciones procesal-penales:

En esta materia, el desarrollo jurisprudencial norteamericano y doctrinario —y, en menor medida, jurisprudencial- alemán han alcanzado un importante desarrollo. La sistematización comparativa de Kuhn (1996) parece seguir siendo, a la fecha, la más completa en la materia, analizando paralelamente y en forma comparada la situación del derecho alemán (también examinada con detalle por Eisenberg, 2006, o Albrecht, 2000) con la de los Estados Unidos de América (sistemáticamente expuesta por Gardner, 1997, también por Abrams y Ramsey, 2000) y, respecto de la aplicación de las garantías del debido proceso, teniendo a la vista

los criterios y estándares diferenciados de aplicación que derivan de principios especiales o de la especial situación material en la que se encuentra el adolescente. De su exposición se desprenden criterios y estándares eventualmente diferenciados (si bien, con especificidades para cada uno de esos dos países) respecto de la aplicación de las siguientes garantías e instituciones procesales:

- Derecho a estar presente en forma ininterrumpida a lo largo de todo el juicio (que en ocasiones se ve restringido para la protección de la personalidad y el desarrollo del adolescente).
- Necesidad de asegurar que el imputado entienda el sentido y alcance de la imputación y de los actos que pueden afectar sus derechos.
- Derecho a la defensa material, es decir, a poder intervenir como parte en el proceso y a dirigir su defensa (materia en la que, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una importante sentencia en contra del Reino Unido, considerando vulnerada la garantía del imputado que le confiere derecho a participar en el proceso, por tratarse de un menor de edad que, debido a su juventud y escasa capacidad intelectual, no pudo ejercer eficazmente este derecho —sentencia de 15 de junio de 2004, recaída en la demanda núm. 60958/2000).
- Derecho a la defensa técnica en todas las fases del proceso (que ha generado una serie de estándares especiales para adolescentes; véase, sobre la aplicación de las “Directrices de Colonia” en Alemania, Walter (Dir.), 1997; sobre el derecho a la defensa en Estados Unidos, Feld, 1999: 109 y ss., y sobre las Guidelines de la IJA-ABA, en Estados Unidos, McCarthy/Carr, 1989: 458 y ss.).
- Derecho a no declarar en su contra y a no ser interrogado sino en la presencia de su defensor (donde, por ejemplo, en Estados Unidos hay un importante desarrollo jurisprudencial diferenciado para menores de edad, de las garantías de Miranda versus Arizona, especificándose que la renuncia del menor a su derecho a guardar silencio, para ser voluntaria, inteligente y con conocimiento de causa, exige que antes de ser interrogado haya podido discutir el asunto con un adulto independiente, como sus padres o su abogado defensor; In re ETC (449, A.2d 937, Vt., 1982)).
- Protección frente a renuncia de derechos sin inteligencia suficiente.
- Derecho a un juzgamiento oportuno y a un juicio sin dilaciones (donde también hay desarrollo jurisprudencial diferenciado para menores de edad en Estados Unidos: In the Matter of Benjamín (708 N.E.2d 156, N.Y., 1999); cfr., en Alemania, Mertens, 2003, advirtiendo sobre la tensión entre el principio de celeridad y otras garantías procesales).
- Criterios de selección de las medidas cautelares personales, en particular, la prisión preventiva (materia sobre la cual hay jurisprudencia con estándares especiales en Costa Rica, referida por Tiffer, 2004).

Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis (1990), *El Derecho Penal de Menores*, traducción de Juan Bustos. PPU, Barcelona.

Albrecht, Peter-Alexis (2000), *Jugendstrafrecht*, 3a Edición. C.H. Beck, München.

Abrams, Douglas E., y Ramsey, Sarah, H. (2000) *Children and the Law. Doctrine, Policy and Practice*. West Group, St. Paul, Minn.

Berrios, Gonzalo (2006), “Derechos de los Adolescentes y Actividad Persecutoria Previa al Control Judicial de la Detención”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7. U. de Chile, Santiago.

Bustos Ramírez, Juan (1992), *Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de menores: por un Derecho penal de Menores*, en él mismo (director), *Un Derecho penal del menor*. Conosur, Santiago de Chile.

Bustos Ramírez, Juan (2007), *Derecho Penal del Niño-Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.

Burscheidt, Ulrike (2000), *Das Verbot Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage*. Nomos, Baden-Baden.

Cillero, Miguel (2003), “De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes”, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 2. UDP-UNICEF, Santiago.

Cillero, Miguel; Couso, Jaime; Juste Picón, María Antonia y Urzúa, Paula (1995), *Niños y adolescentes: sus Derechos en Nuestro Derecho*. SENAME, Santiago.

Couso, Jaime (1998), “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 *OPCION, De la Tutela a la Justicia*. LOM, Santiago.

Couso, Jaime (2002), *El nuevo proceso penal y los imputados menores de edad. Estudio exploratorio acerca de los resultados del primer año de aplicación en las regiones de Coquimbo y la Araucanía*, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1. UDP-UNICEF, Santiago.

Couso, Jaime (2006a), *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología*. Tirant lo Blanch, Valencia (España).

Couso, Jaime (2006b), *Lecciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes*, en *Curso de Capacitación on-line sobre la Ley N° 20.084, Defensoría Penal Pública*, Chile, inédito.

Couso, Jaime; Farías, Ana María, y colaboradores (1999), “Derecho penal de adolescentes. ¿Educación, ayuda o sanción?”. U. de Chile-UNICEF Santiago.

Duce, Mauricio (2003), "El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas", en Revista de Derechos del Niño, N° 2. UDP-UNICEF, Santiago.

Eisenberg, Ulrich (2006), Jugendgerichtsgesetz, 11 Edición. C.H. Beck, München.

Estrada, Francisco (2006), "La renuncia al derecho a guardar silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento y en el Estadounidense", en Revista de Derechos del Niño, N° 3-4. UDP-UNICEF, Santiago.

Feld, Barry (1999), Bad Kids. Race and the Transformation of the Juvenile Court. Oxford University Press, New York.

Gardner, Martin (1997), Understanding Juvenile Law. Matthew Bender, NY-San Francisco.

Giménez-Salinas i Colomer, Esther (2001), "Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

González Cussac, José L. y Cuerda Arnau, Ma. Luisa, "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", en González Cussac y Tamarit Sumalla, Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). Tirant lo Blanch, Valencia.

Kuhn, Thomas (1996), Verfahrensfairness im Jugendstrafrecht. Das deutsche Recht und das Recht der USA im Vergeleich. VVF, München.

Mertens, Andreas (2003), Schnell oder Gut? Die Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes im Jugendstrafverfahren. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Schaffstein/Beulke (2002), Jugendstrafrecht. Eine Systematische Darstellung, 14 Edición. Kohlhammer, Stuttgart.

Tamarit Sumalla, Josep Ma. (2002) "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en González Cussac y Tamarit Sumalla, Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). Tirant lo Blanch, Valencia.

Tiffer, Carlos (2000), Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica. Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach.

Tiffer, Carlos (2004), "La jurisprudencia en materia de justicia penal juvenil en Costa Rica", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Temis, Bogotá.

Tiffer, Carlos; Llobet Rodríguez, Javier y Dünkel, Frieder, (2002) Derecho Penal Juvenil. ILANUD-DAAD, San José.

Walter, Michael (Dir.) (1997), Strafverteidigung für junge Beschuldigte. Versuch einer Bestandsaufnahme und einer Bilanz der "Kölner Richtlinien". Centauros, Pfaffenweiler.

Zieger, Matthias (2002), Verteidigung in Jugendstrafsachen, 4a Edición revisada y actualizada. C.F. Müller, Heidelberg.

Zimring, Franklin (2005), American Juvenile Justice. Oxford University Press, New Cork.

DESAFÍOS DURADEROS EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA DE RESPONSABILIDAD DE MENORES DE EDAD: UN ESTUDIO CRÍTICO A LA LUZ DE LOS 18 AÑOS DE VIGENCIA Y DEL MODELO ESPAÑOL

KARYNA BATISTA SPOSATO*

Introducción

El presente artículo procura reflexionar sobre la actual legislación brasileña de responsabilidad penal de menores de edad y sus dieciocho años de vigencia a raíz de distintos modelos de justicia penal en la materia¹. Es decir, se trata de un análisis de la ley 8.069/90, el Estatuto del Niño y del Adolescente y sus bases de sustentación teórica, utilizando como punto de arranque la persistencia de aspectos tutelares o correccionales en su implementación y algunas distinciones con el sistema español.

En primer lugar, es necesario aclarar que la responsabilidad penal de menores de edad no es un tema pacífico en la doctrina brasileña². La mayoría de los autores no considera que se trate de una responsabilidad penal, y sustenta dicho planteamiento en la negación de la imputabilidad de los menores de edad con arreglo al artículo 26 del Código Penal Brasileño como veremos a continuación.

Por ahora, lo decisivo es destacar que el no reconocimiento de la naturaleza penal de las medidas aplicables a los menores de edad y, por consiguiente, del procedimiento de

* Master en Derecho Penal de la Universidad de São Paulo. Doctora en Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide – Sevilla/España. Profesora de Derecho Penal de la Facultad Ruy Barbosa. Autora de la obra "O Direito Penal Juvenil", São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

¹ Podemos clasificar los diferentes modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil a lo largo de la historia en: 1. Modelo Punitivo o Penitenciario, en el cual los menores eran sometidos a las mismas reglas de los adultos, con penas atenuadas, y por eso también llamada Etapa Penal Indiferenciada del Derecho Penal Juvenil; 2. Modelo de Protección, correspondiente a la vigencia de las legislaciones tutelares fundadas en las llamadas *situaciones irregulares*, o sea, el abandono, las situaciones de riesgo, la infracción a la ley penal. Todas tratadas con medidas de protección y no sanciones jurídico-penales, también conocida por eso, por Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil; 3. Modelo Educativo, introducido principalmente en los países nórdicos como consecuencia del Estado de Bienestar y caracterizado por una no intervención del Derecho Penal y la búsqueda de soluciones extra-judiciales. Éste está íntimamente vinculado a modelos de reparación y compensación entre autor y víctima. 4. Modelo de Responsabilidad, resultante de los textos internacionales de protección a los derechos de los menores de edad y del reconocimiento de su posición como titulares de derechos; 5. Modelo dos 4DS, también influido por las directrices internacionales y de procedencia norteamericana. Sus pilares son la despenalización, desinstitucionalización, el proceso justo (due process) y la desjudicialización (diversión). (VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. (editores) *Derecho Penal Juvenil* Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.99 y segs.)

² Es importante destacar que en la doctrina penal brasileña son pocos los autores que conciben la intervención estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad como materia penal. Véase, SARAIVA, J.B.C. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*, Brasília, 2002. FRASSETO, F.A. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Belém/ Pará: Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 2001 y DONIZETI LIBERATI, W. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. La contribución de GARCÍA MENDEZ, E. en diversas obras y en especial en *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998 no se podría dejar de mencionar aunque no precisamente como parte de los autores brasileños. Ya en el ámbito de las ciencias sociales y del trabajo social, véase VOLPI, M. *Sem liberdades e sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Cortez, 2001, y VOLPI, M. & SARAIVA, J. B. C. *O adolescente e a Lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

enjuiciamiento de un menor de dieciocho años, genera impactos extremadamente nocivos tanto para la imposición de respuestas adecuadas y respetuosas de la dignidad humana de los menores de edad, como también para la percepción de la problemática por la sociedad en general. En suma, como procuraremos desarrollar en este trabajo, la oscuridad de las medidas aplicables y la resistencia en reconocer un Derecho Penal Juvenil en el ámbito de la Justicia Juvenil Brasileña favorecen respuestas desproporcionadas, muchas veces injustas, y asimismo una sensación de profunda inseguridad frente a delitos cometidos por menores de edad, resultando en su identificación, por parte de la opinión pública y de la sociedad, con la criminalidad violenta.

Con el objetivo de demostrar que, pese a su no aceptación por la mayoría de la doctrina brasileña, la ley 8.069/90 —el Estatuto del Niño y del Adolescente— configura un Derecho penal dirigido a los menores de edad, recuperaremos brevemente la construcción normativa del ordenamiento jurídico brasileño en materia de menores.

El primer paso es mostrar que, desde los orígenes, la intervención estatal ante la comisión de hechos cometidos por menores de edad consistió en una intervención de naturaleza penal, incluso bajo las legislaciones tutelares. Y luego revelar cómo a partir de la influencia de la Constitución Brasileña de 1988 y de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, se estructura un nuevo Derecho Penal Juvenil en el Derecho Brasileño.

Todavía, dicho nuevo Derecho Penal Juvenil no logró superar el correccionalismo o la ideología del tratamiento, como se nota a partir del análisis de sus características, fundamentos y principios. La herencia del discurso de la corrección parece un verdadero fantasma, por detrás del articulado de la ley. Las medidas aplicables, llamadas *socioeducativas*, son en general justificadas y legitimadas por un discurso fraudulento de asistencia y educación, pero opera un ejercicio del poder punitivo sobre los menores más agudo y desmedido que cualquier otro.

En este ámbito, el desafío presente está en la superación del sistema tutelar, fundado sobre las ideas de inferioridad del menor y por lo tanto, de su irresponsabilidad penal. Bajo la herencia del sistema tutelar aún hoy día en Brasil, pasados 18 años de la ley 8.069, el ejercicio del poder punitivo sobre los menores de edad se realiza de forma arbitraria e irracional.

Si por un lado, la experiencia brasileña presenta en términos legislativos el abandono del *Menorismo*³ y del Modelo Tutelar, justamente como resultado de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la consecuente adopción de una nueva legislación, el Estatuto del Niño y del Adolescente – ley 8.069/90. De otro, las prácticas institucionales sufren con la persistencia de una lógica tutelar y correccional en los procedimientos. Nos referimos precisamente no sólo a los programas de ejecución de las medidas sancionadoras

³ Por Menorismo se suele identificar en Brasil la Etapa tutelar, pues el menor de edad concebido como un ser inferior al adulto es llamado *menor*. Existe en dicha etapa una combinación entre minoridad/peligrosidad/pobreza que fundamenta toda la intervención estatal sobre la vida y la libertad de los menores.

o *socioeducativas*, sino también de igual modo al funcionamiento del Sistema de Justicia (Poder Judicial, Ministerio Fiscal y Defensoría).

La imposición de una medida socioeducativa como remedio para la situación de vulnerabilidad social⁴ del adolescente es uno de los incuestionables reflejos de la dificultad de superar el paradigma de las legislaciones de menores. Como es sabido, el paradigma de las legislaciones de menores es la llamada Doctrina de la Situación Irregular, fundada en una ideología tutelar, terapéutica e higienista. En Brasil, *la situación irregular* legitimó durante más de seis décadas una intervención⁵, frecuentemente violenta, del Estado, al estado peligroso sin delito, observable entre los menores de edad.

1. Distintos modelos de regulación de la justicia penal de menores en Brasil

Recuperar las distintas legislaciones en materia de menores en Brasil nos permite cumplir una doble tarea. La primera, identificar la influencia del Derecho Penal continental europeo en los contextos latinoamericanos y - como no podría ser diferente - también en Brasil, siendo posible relacionar cada modelo o etapa del derecho penal juvenil con las distintas construcciones teóricas del saber penal. La segunda, nos permite reflexionar sobre las condiciones de existencia de un modelo puro en dicha materia, favoreciendo un intento de clasificación del actual sistema vigente en Brasil.

1.1. Modelo Punitivo o Etapa Penal Indiferenciada

La llamada **Etapa Penal Indiferenciada** del Derecho Penal Juvenil o Modelo Punitivo o Penitenciario, guarda correspondencia con la Escuela Clásica del Derecho Penal. Con arreglo a los Códigos Penales retribucionistas del siglo XIX⁶, los niños eran considerados como “adultos en miniatura” y por eso sometidos a las mismas reglas que los adultos con la única diferenciación concerniente a la atenuación de las penas.

Era lo que se observaba en los Códigos Penales españoles del siglo XIX que adoptaban una presunción *lure et de iure* de exclusión de la responsabilidad criminal para una primera edad, fijada en siete años por el Código Penal de 1822, y en nueve por los Códigos de 1848 y su reforma de 1850 y 1870. De manera general, desde el primer Código Penal de 1822

⁴ Datos del Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) en la investigación *Mapeamento da Situação das Unidades de Execução de Medida Sócio-educativa de Privação de Liberdade ao Adolescente em Conflito com a Lei*, revelaron que en cuanto a las variables de escolaridad, ocupación/ trabajo y renta, la mayoría de los adolescentes privados de libertad en Brasil no asistía a la escuela cuando cometió el delito (51%) y no trabajaba (49%), siendo que entre los que trabajaban cerca de un 40% ejercían funciones en el mercado informal. En cuanto al grado de escolaridad, se observó que un 89% de los adolescentes internos no había terminado el ciclo fundamental, pese a su franja de edad, entre los 16 y 18 años. Otro aspecto observado fue la alta tasa de analfabetos entre éstos adolescentes. En relación a la renta familiar, los adolescentes internos son de familias pobres, un 66% vive en familias cuyo sueldo mensual no supera dos salarios-mínimos vigentes en septiembre/octubre de 2002. Podría estimarse un sueldo familiar del orden de 1 ó 2 dólares al día.

⁵ La Doctrina de la Situación Irregular estuvo sustentada durante la vigencia de los dos Códigos de Menores de Brasil, el conocido Código Mello Matos, de 1927, y después el Código de Menores de 1979, solamente siendo derogada con la ley 8.069/90.

⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia Juvenil- consideraciones penales y criminológicas*. Editorial Comex, Madrid, 2003. pág. 247.

hasta la promulgación del Código de 1928, y más exactamente del Código de 1932, fue el criterio del discernimiento el que ha funcionado como el soporte jurídico limitador de la responsabilidad de menores en España.

Muchos autores se han ocupado en España y también en Europa a lo largo del siglo XIX de aclarar los criterios y respectivas etapas de responsabilización de menores de edad. Los esfuerzos lograron identificar una etapa de plena inimputabilidad, equivalente a la infancia, y otra de inimputabilidad condicionada, correspondiente a la adolescencia, donde la piedra angular fue el discernimiento⁷.

El discernimiento a su vez, nunca ha tenido una definición válida y uniforme, aunque muchos han sido los intentos. Por eso, señalaba Alimena que “quizá no exista otra cuestión en el Derecho penal en que sea mayor la discordancia de opiniones”⁸. Los distintos criterios de discernimiento jurídico, moral, llegando al social comprendido como concepto social de contenido educativo y con la consideración del entorno social del menor⁹, en realidad, funcionaban conforme la conveniencia de apreciación del Tribunal, es decir, cuando se creía que las penas eran útiles para los menores la mayor parte de los procesos terminaban con la declaración del discernimiento y, del mismo modo, cuando se señalaba la inutilidad de las penas a raíz de los efectos perjudiciales de la prisión, la mayor parte de los procesos terminaba con la negación de la existencia del discernimiento, como ha destacado Alimena¹⁰.

Silva Sánchez nos enseña que en los sistemas codificados, como por ejemplo los códigos españoles del siglo XIX, se puede notar una tripartición: a) impunidad total para el sujeto en edad inferior a nueve años; b) entre nueve y quince años, un juicio individualizado de discernimiento; c) y encima de los quince años, plena responsabilidad criminal, y en virtud de la edad, atenuación de la pena¹¹.

Dicho modelo se reprodujo en Brasil, como se observa en el Código Criminal del Imperio, que aunque no reglamentaba de forma detallada la intervención del Estado ante las infracciones o delitos cometidos por niños y adolescentes, es decir, no establecía una edad mínima para el inicio de la responsabilidad, su artículo 10, párrafo 1º disponía:

“no serán juzgados los criminosos menores de 14 años, salvo en los casos que se demuestre el discernimiento”.

⁷ Entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. en “*La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*”, Montevideo, 1929, p. 4, advirtió con respecto a la importancia del discernimiento como “piedra angular de la inimputabilidad de los menores”. Citado por VENTAS SASTRE, R. en “Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 2002. pág.23

⁸ Cfr. ALIMENA, B. *Principios de Derecho Penal*, traducido y anotado por E. Cuello Calón, t. I, vol. II, Madrid, 1916, p. 88, citado por VENTAS SASTRE, R. en “Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica”. Op. Cit. pág. 24.

⁹ Consta que Jiménez de Asúa ha distinguido cuatro orientaciones para el término discernimiento. El jurídico basado en la inteligencia de la antijuricidad del acto; el moral, entendido como la inteligencia para diferenciar el bien del mal y también lo justo de lo injusto; un tercer criterio que combina los anteriores, moral y jurídico, y por fin el discernimiento social basado en el carácter e instintos del menor y su entorno. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONCEA, J. *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General*, t. I, Madrid, 1929, pp.238 y ss.

¹⁰ ALIMENA, B. *Principios de Derecho Penal*, traducido y anotado por E. CUELLO CALÓN, t. I, vol. II, Madrid, 1916, p. 88, citado por VENTAS SASTRE, R. Op. Cit.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997. pág 166.

Con arreglo al Código Criminal del Imperio en Brasil, a los infractores en la franja de edad de 14 a 21 años las penas eran atenuadas¹². Ya con el Código Penal Republicano de 1890, los menores de 9 años de edad eran considerados totalmente irresponsables. En la franja de 9 a 14 años se exigía el estudio del discernimiento. Entre los 14 y 17 años, el discernimiento era siempre presumido resultando en una disminución de 2/3 de las penas previstas para los adultos. Entre los 17 y 21 años, las mismas penas de los adultos eran aplicadas pero con atenuantes.

Como podemos observar, los Códigos Penales de 1830 y 1890 representan en el ordenamiento brasileño la Etapa Penal Indiferenciada, cuyo objeto central fue la investigación del discernimiento. Sus principios informadores eran los mismos de la “Escuela Clásica”, y la concepción del delito como ente jurídico¹³. Para aclarar la base de legitimación del modelo punitivo, Andrés Ibáñez recupera el planteamiento de Bettiol del delito como un ente jurídico, a la vez que resulta de la confrontación de un acto humano con la ley que previamente lo había prohibido. Es decir, “*un hecho del hombre ya realizado, no un pensamiento ni un modo de ser*”¹⁴. Por eso, la irrelevancia de cualquier dato relativo a la personalidad del agente, ya que el derecho buscaba responder de forma proporcional a la ofensa cometida y no la reforma o reeducación del delincuente.

Silva Sánchez nos explica que el modelo del discernimiento parte de una concepción retributiva de la pena, y se funda en la idea de culpabilidad como juicio de reproche —como presupuesto esencial de la pena. Es decir, a través de un concepto bilateral de culpabilidad— si no hay culpabilidad no puede imponerse la pena, pero siempre que haya culpabilidad deberá imponerse una pena¹⁵. La culpabilidad a su vez, se traduce en el juicio de reproche y posee dos elementos: la capacidad de conocer el contenido del injusto, la antijuridicidad de la propia conducta, y la capacidad de adecuar la propia conducta a este conocimiento. El juicio individual de discernimiento tenía justamente por objeto medir dichas capacidades.

1.2. Modelo de Protección o Etapa Tutelar

El segundo modelo de regulación de Justicia Juvenil es el llamado modelo de protección o también conocido como tutelar, cuyas bases de sustentación teórica guardan profunda correspondencia con la ideología positivista y el correccionalismo como discutiremos a continuación.

En términos históricos, dicha etapa comienza a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En tal momento podemos reportar la existencia de tres factores importantes para el

¹² GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Op.Cit.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1994.

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “*El Sistema Tutelar de Menores como reacción penal reforzada*”. EN: *Psicología Social y Sistema Penal*, compilado por F. JIMENEZ BURILLO y M. CLEMENTE, Madrid, 1986, pág. 210.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Op. Cit. pág. 167.

aparecimiento de una justicia especializada de menores y de un modelo correspondiente. El primero fue descrito por Andrés Ibáñez como una relación entre la delincuencia juvenil y las transformaciones económicas y sociales resultantes de la sociedad industrial. Como también ha señalado Barbero Santos:

*“De la inestabilidad y liberalismo económico derivó una gran riqueza para algunos y una gran miseria para los más, los barrios populares se llenaron de gentes proletarias, teniendo hombres y mujeres que acudir al trabajo en la industria por ser insuficiente el salario individual para atender a las necesidades familiares. Los hijos quedaban por ende, abandonados, libres para actuar a su antojo durante todo el día. Su consecuencia fue que una corriente incesante de niños de los barrios populares comenzó a aparecer ante los tribunales”*¹⁶.

El fenómeno de la industrialización y su impacto en una desigual distribución de la riqueza es uno de los factores para la creación del concepto de delincuencia juvenil, así como del concepto jurídico de niñez¹⁷. Se espera justamente que el sistema penal afronte la emergencia de este nuevo tipo de delincuente.

El segundo aspecto es derivado de la incómoda presencia de niños en las cárceles¹⁸, sumado a una creciente conciencia de la necesidad de salvaguardar la integridad física y moral de niños y adolescentes¹⁹.

Y en tercer lugar, los aportes del correccionalismo y la influencia de la “Escuela Positiva” resultan en el derecho tutelar de menores. De un lado, el correccionalismo, cuyo mayor representante quizá sea Röder que concebía que *“la ley del derecho no quedará completamente satisfecha hasta que el daño causado por aquella y el daño interior (inmoralidad o contrariedad al deber de derecho) en el autor, se hayan extirpado, reparado totalmente”*, permite que el delincuente sea concebido como un ser necesitado de ayuda y, por consecuente, que el orden jurídico tenga como función básica ofrecer la ayuda necesaria, corrigiendo al delincuente mediante la limitación de su libertad. La pena, por lo tanto, será un bien²⁰. En la misma dirección está el pensamiento de Dorado Montero que, a su vez, proponía que *“la administración de la justicia penal fuese una función de saneamiento social, una función de higienización y profilaxia social”*²¹.

¹⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, P. Op. Cit. pág 210.

¹⁷ Vid. TUTT, N. “Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia”. EN *RIP Crim.*, n°39 y 40, (volumen doble), Naciones Unidas, Nueva York, 1990, pág. 85.

¹⁸ Como recuerda CUELLO CALÓN citado por HIGUERA GUIMERA, a finales del siglo XIX y aún ya entrado el siglo XX, sin excepción alguna, los menores eran conducidos a las cárceles, donde convivían en promiscuidad espantosa con los detenidos adultos, durante el largo tiempo de la instrucción del proceso. (CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Librería Bosch, Barcelona, 1926. / HIGUERA GUIMERA, J. *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003. pág. 45.)

¹⁹ GARCÍA MÉNDEZ nos recuerda que en 1875, en Nueva York, una niña que era sometida a sistemáticos malos tratos por parte de sus padres fue objeto de gran atención en la prensa. La niña Mary Ellen, de nueve años de edad fue retirada de sus padres por autoridades judiciales. El supuesto había sido patrocinado por la Sociedad de Protección de los Animales de Nueva York, coincidiendo con la creación de la “New York Society for Prevention of Cruelty to Children”. (GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia e ciudadanía na América Latina*. Op. cit., p. 51).

²⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, P. Op. Cit. pág. 212.

²¹ DORADO MONTERO, P. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. (Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. pág 66.

De otra parte, el positivismo pasa a conceder más atención a tipologías de delincuentes que a tipos de delitos. La concepción del delito como un hecho humano y un dato sintomático de la anormalidad personal del sujeto lleva a adopción de medidas de seguridad destinadas a reaccionar defensivamente a la peligrosidad social del sujeto. La esencia está en atribuir al derecho penal la función de prevenir, tomando en cuenta las exigencias de defensa social y no más la función represiva.

Como explica Luigi Ferrajoli, la tradición correccionalista española, sostenida especialmente por Pedro Dorado Montero tenía por característica central la comprensión del delincuente como un ser débil cuya voluntad defectuosa se manifiesta en el delito y a través de él²². En esta perspectiva, la función penal aparece como un deber de la sociedad y un derecho del infractor de la ley, aunque le parezca un mal. El criterio fundamental de punibilidad no es la intención del sujeto y sí el peligro que representa para la sociedad. Concibiendo al delincuente como un ser débil y menor, solamente se le deben aplicar medidas de protección y tutela y no las penas. De este modo, propone un nuevo Derecho Penal que ejercería una función tutelar dirigida a modificar y corregir.

Por lo tanto, sugiere Dorado Montero una auténtica pedagogía correccional y un derecho penal dirigido no al castigo, y sí a la corrección efectiva del delincuente²³. En este contexto, resta a la justicia la misión de saneamiento social y así da lugar a la opción de la intervención sobre un individuo que se demuestre peligroso²⁴, aunque no haya algún delito. El tratamiento individualizado sustituye la pena, y el criterio definitorio de éste se da no por la gravedad del delito, sino por las necesidades y exigencias pedagógicas concretas de cada delincuente. El juez se convierte en un auténtico médico penal que ejerce la cura de las almas y, por tanto, no estará condicionado a las exigencias legales del contradictorio para desempeñar su papel discrecional. La prevención y el tratamiento prevalecen, al menos teóricamente, sobre la retribución y el castigo. Es exactamente lo que se realizó en la justicia de la infancia y juventud por intermedio de los Códigos de Menores y sus jueces.

Es importante aclarar que estos tribunales de menores, que se estructuran sobre todo entre los años 1905 y 1921 en todo el mundo²⁵, no eran consideradas instituciones represivas. Su función era meramente paternal y educativa (imagen patriarcal del Juez como padre sustitutivo). Como advierte Higuera Guimerá:

²² FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. pág. 420.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. Op.Cit. pág.139.

²⁵ Fue en 1899, a través de la *Juvenile Court Act of Illinois*, que se creó el primero Tribunal de Menores en los Estados Unidos de América. La idea se difundió por Europa con intensidad entre los años 1905 y 1921, cuando casi todos los países europeos creaban también sus Tribunales de Menores. De forma ejemplificativa, podemos mencionar la creación de tribunales de menores en Inglaterra (1905), Alemania (1908), Portugal y Hungría (1911), Francia (1912), Japón (1922). En España los primeros tribunales de menores fueron creados en Bilbao (1920) y Barcelona (1921) y en 1924 ya estaban en todo el país. En Latinoamérica, Argentina, en 1921, fue el país precursor con la promulgación de la primera legislación específica, la Ley 10.903, más conocida como Ley Agote. Después Brasil (1923), Chile (1928) y Venezuela (1939). (PEREIRA, T. *Direito da criança e do adolescente: uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. /GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia e ciudadanía na América Latina*. Op. cit., p. 52 / ANDRÉS IBAÑEZ, P. Op. Cit. pág. 214)

“Su principal misión consistía en el estudio del menor, de su personalidad y su ambiente, y en adoptar, a base de este conocimiento, la medida más adecuada a su salvación moral y social”²⁶.

Lo mismo se observa cuando Dorado Montero define el perfil de los magistrados: *“se asemejará más bien al de médicos higienistas. El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso e indulgente”²⁷.*

Por eso la intervención no se restringía exclusivamente a los supuestos de un menor que había cometido un hecho penalmente típico, pues también tenía lugar en los casos de conductas consideradas irregulares. Como se nota, ocurre una supuesta minimización formal de los mecanismos de control, a la vez que ubicados fuera del campo del Derecho Penal: las reglas dejan de integrar los Códigos Penales para tomar parte de una legislación específica, obteniendo, sin embargo, mayor represión material.

En dicho contexto, ganan fundamental importancia, de un lado la existencia de una jurisdicción especializada, y de otro, los conceptos de inimputabilidad moral y personalidad peligrosa²⁸.

En definitiva, el modelo de protección o tutelar es como ya afirmaba Ferri *“el triunfo completo de las conclusiones de la Escuela Positiva”²⁹*. Eso corrobora la explicación de Ferrajoli acerca del desarrollo de la ideología correccional como paralela a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social: el sano y el enfermo como categorías sobre las cuales son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario de castigar menos se convierte en el proyecto disciplinar y tecnológico de castigar mejor³⁰.

La Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil Brasileño tiene inicio precisamente con la adopción de la Ley Federal n.º 4.242 de 1921³¹, la creación del primer juzgado de menores en 1923, y con el primer Código de Menores de 1927³². Los menores de 14 años son considerados inimputables. El artículo 24, párrafo 2º del Código de Menores de 1927 establecía:

“Si el menor fuera abandonado, pervertido, o en peligro de ser, la autoridad competente debería promover a su colocación en asilo, casa de educación, escuela

²⁶ HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág.45.

²⁷ DORADO MONTERO, P. Op. Cit. pág 66.

²⁸ En el modelo tutelar se abandona para los menores el principio de imputabilidad moral y de la dosimetría penal. Como aclara Higuera Guimerá, la infracción penal no interesa por sí misma, sino como un síntoma de la peligrosidad del sujeto para cometer nuevos delitos. (HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág.47)

²⁹ Citado por HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág. 46.

³⁰ FERRAJOLI, L. Op. Cit.

³¹ La Ley Federal 4.242 de 04.01.1921 era de naturaleza administrativa, regulando la organización del servicio de asistencia y protección a la infancia abandonada y delincuente (artículo 3º, inciso I), la cual ya presentaba sanciones y procedimientos destinados a los infractores (artículo 3º, § 16 a 37).

³² El Código de Menores de 1927 fue aprobado por el decreto federal nº 17.943, como resultado de un Proyecto de Protección al Menor, elaborado por el primer Juez de Menores, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos. Por eso, la Ley es conocida en la comunidad jurídica como Código Mello Mattos.

de preservación o confiar su cuidado a una persona idónea, por todo el tiempo necesario a su educación, hasta los 21 años”.

El mismo Código de Menores reconocía una responsabilidad penal especial en la franja de edad de 14 a 18 años. Para la franja de 16 a 18 años autorizaba el internamiento y, cuando se tratase de delitos graves con la prueba de peligrosidad, se permitía la privación de libertad en establecimientos destinados a adultos. Y en razón de la peligrosidad, el tiempo de permanencia era indeterminado hasta la obtención de la cura.

Con la adopción de un nuevo Código Penal en 1940, la responsabilidad penal fue fijada por encima de los 18 años. Posteriormente el mismo Código sufre una reforma en 1984 en su Parte General. La redacción del artículo 27, vigente hasta hoy, es:

“Los menores de 18 (dieciocho) años son penalmente inimputables, estando sujetos a las normas establecidas en la legislación especial”.

El segundo Código de Menores de 1979, editado por la Ley Federal n.º 6.697 de 08 de febrero, no cambió el funcionamiento del modelo, que no sólo permitía la institucionalización de los menores sin la observancia de las reglas y de los principios procesales y constitucionales, sino también la continuidad de la institucionalización en los mismos establecimientos destinados a los adultos. Así es como la lógica de la corrección del delincuente fue llevada a las últimas consecuencias en la Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil Brasileño.

Algo muy similar pasó en España, bajo el Código dictatorial de 1928 y posteriormente en el Código Penal de 1932 que a su vez representó la completa superación del criterio del discernimiento por una fórmula biológica³³. Es decir, el criterio biopsicológico pasó a ser adoptado, con lo cual se pretendía ganar en seguridad jurídica y legitimar el funcionamiento de los Tribunales tutelares de menores.

El Código Penal republicano de 1932 declaraba, en su artículo 8.2º, a los menores de dieciséis años exentos de responsabilidad criminal y, por lo tanto, sujetos a la jurisdicción especial de los Tribunales tutelares de menores. Luego, el Código Penal franquista de 1944 mantuvo las mismas líneas maestras del texto republicano, con una única diferencia referente al amplio arbitrio de los propios Tribunales para la determinación de su competencia.

Como pondera Giménez-Salinas Colomer: *“el sistema tutelar español tuvo sus momentos álgidos en los años 50 en plena dictadura franquista y en un claro intento de control de la juventud”*³⁴. En la misma dirección, Ventura señalaba que *“el sistema tutelar español respondía a una ideología franquista y nacional catolicista”*³⁵.

Es curioso observar que también en Brasil la época de consolidación del modelo tutelar correspondió al período de dictadura política, con la elaboración de una Política Nacional de

³³ LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. pág. 34.

³⁴ Citado por HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág. 50.

³⁵ Citado por HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág. 51.

Bienestar del Menor y la creación de una entidad en el ámbito federal para su coordinación, la llamada FUNABEM (Fundación Nacional de Bienestar del Menor).

De manera general, los modelos tutelares pueden ser caracterizados por cinco características principales: a) la negación de su naturaleza penal; b) la indeterminación de las medidas aplicables; c) en el aspecto procesal, la ausencia de garantías jurídicas; d) amplio arbitrio judicial y e) el rechazo del criterio de imputabilidad.

A partir de dichas características, procuraremos discutir el actual modelo de justicia juvenil brasileño que se supone un modelo de responsabilidad pero que, sin embargo, presenta en su estructura y el articulado de la ley una innegable herencia del correccionalismo y de la lógica tutelar.

1.3. Modelo de Responsabilidad o Etapa Garantista

Los modelos de responsabilidad son inspirados en el movimiento de reformas de las legislaciones europeas y norteamericanas durante los años sesenta, más precisamente por influencia de las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que reconocieron determinados derechos a los adolescentes durante los procesos de enjuiciamiento. El caso más paradigmático, el caso Gault, resultó en el reconocimiento del derecho a conocer los motivos de la acusación, a disponer de un abogado, a un careo y un interrogatorio, e inmunidad frente a la autoincriminación, en procesos que podrían llevar a la encarcelación del menor³⁶.

La principal característica del modelo de responsabilidad descansa en la concepción del menor de edad como *persona* y, por lo tanto, sujeto de derechos y titular de una capacidad progresiva para ejercerlos. De dicha capacidad deriva su responsabilidad, que en este caso es restringida a la comisión de un hecho penalmente típico (principio de la tipicidad del hecho)³⁷.

Importante es destacar que la superación del modelo tutelar por el de responsabilidad también guarda profunda relación con la normativa internacional que se desarrolla en la época. Es decir, las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores —“Reglas de Beijing (1985)”, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil— “Directrices de RIAD (1990)”, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990), la Resolución del Consejo de Europa sobre delincuencia juvenil y transformación social (1978), y la Recomendación n°R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

³⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Op. Cit. pág. 254.

³⁷ HIGUERA GUIMERA, J. Op. Cit. pág. 54.

Dicho modelo se presenta como una combinación de lo educativo con lo judicial. El carácter educativo se debe al contenido de las medidas, las que además de responsabilizadoras, deben tener por objetivo la educación. Y en lo judicial, hay un acercamiento a la justicia penal de los adultos; se exige un proceso contradictorio en el que intervienen el abogado del menor y el Ministerio Público, reconociéndose también a los menores el principio de presunción de inocencia entre otras garantías clásicas.

En Brasil, la superación formal del modelo tutelar o de protección se debe a la adopción de la Ley Federal 8.069 de 13 de julio de 1990, el Estatuto del Niño y del Adolescente, como reflejo de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y en sintonía con la Constitución democrática Brasileña de 1988.

También en España, la Constitución española de 1978 estableció las bases para la revisión de todo sistema jurídico-penal, para la necesaria eliminación de los aspectos más intolerables de la legislación franquista, dando inicio al denominado “Derecho Penal de transición”³⁸. A su vez, fue el Código Penal de 1995 el que determinó la necesidad de una normativa nueva para regular la responsabilidad penal del menor, la que entra en vigor el año 2000, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de Edad, Ley 5/2000.

En efecto, no se puede separar históricamente el abandono del modelo tutelar de los momentos de transición democrática vividos por Brasil y España. Lo que pone de relieve lo que muchos autores ya señalaron sobre la estrecha relación entre las Cartas Políticas de los Estados, es decir, las Constituciones y el ejercicio del poder punitivo. El cambio de paradigma y la introducción de un nuevo modelo de regulación de Justicia Juvenil evidencia lo que Emilio García Méndez define como la conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia³⁹.

Sin adentrar en las particularidades de ambas legislaciones de menores que se adoptan a lo largo de la transición democrática hasta los días de hoy⁴⁰, lo decisivo está en destacar que tanto en Brasil como en España los Códigos Penales establecen la exención de responsabilidad criminal al menor de dieciocho años, y determinan una responsabilidad con arreglo a una legislación especial. Tomando las palabras de Silva Sánchez, ambos países adoptan los dieciocho años como frontera de la culpabilidad plena o de responsabilidad penal plena⁴¹.

Pese a la igualdad en el establecimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años, hay diferencias importantes entre el modelo español y el brasileño, que procuraremos

³⁸ LANDROVE DÍAZ, G. Op. Cit. pág. 38.

³⁹ GARCÍA MÉNDEZ, E. “*Infância, lei e democracia : uma questão de justiça*”. EN: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMEC*. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinenses, 1998, p.23.

⁴⁰ En España, más que en Brasil, la transición presentó diversos Códigos Penales hasta la adopción del Código de 1995, llamado por algunos sectores como el Texto Penal de la democracia. Y del mismo modo, en dicho periodo la intervención sobre hechos practicados por menores de edad estuvo reglada de distintas maneras hasta la adopción de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de Edad (LORRPM), Ley 5/2000.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Op. Cit. pág. 167.

discutir a continuación. El punto de arranque de dicha comparación está en la verificación de dispositivos y principios en la legislación brasileña que no lograron superar de forma definitiva la lógica correccional.

2. La herencia del correccionalismo en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad

Para desarrollar el análisis de los principales indicios de la manutención de la lógica tutelar en el modelo de regulación de justicia juvenil brasileño elegiremos tres de las cinco principales características de los modelos de protección: a) la negación de su naturaleza penal; b) la indeterminación de las medidas aplicables; y c) el rechazo del criterio de imputabilidad.

2.1. Negación de la naturaleza penal

Como hemos dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina brasileña rechaza la naturaleza penal del modelo de justicia introducido por la Ley 8.068 /90. Algunos autores como Paulo Afonso Garrido de Paula, proponen que el Derecho del Niño derivado de la legislación mencionada configura un Derecho Mixto, entre el derecho público y el privado⁴². El autor defiende su posición a partir de la definición del Derecho del Niño como la disciplina de las relaciones jurídicas entre, de un lado, niños y adolescentes y, de otro, familia, sociedad y Estado. Y de eso resulta su concepto de un Derecho Socio-Individual.

Creemos que tal concepción incurre en el equívoco de confundir todo el Sistema de Garantías y Derechos que el Estatuto del Niño establece con la materia relativa a la responsabilización ante la comisión de infracciones penales. Es decir, la legislación brasileña no se reduce a las medidas aplicables cuando un menor de edad comete un delito. Ésta comprende todas las especies de políticas y programas dirigidos a la infancia y juventud. No se trata de una Ley de responsabilidad únicamente, y dada su trascendencia muchos acaban por confundir las distintas materias que la integran.

En nuestra perspectiva, el Derecho Penal Juvenil presente en el texto del Estatuto del Niño es la *Ultima Ratio* del Sistema de Justicia de la Infancia y Juventud. Su carácter fragmentario se verifica por su incidencia restringida a los hechos tipificados como delitos, llamados en la ley infracciones, que a su vez, igual que los tipos penales, tienen por objetivo la protección de bienes jurídicos. Además, el carácter subsidiario de la materia penal se ve reforzado por la existencia de tres segmentos de políticas públicas destinadas a los niños y adolescentes: políticas sociales básicas, políticas protectoras y las políticas socioeducativas.

⁴² PAULA, PAULO AFONSO GARRIDO DE. *Direito da criança e do adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Como nos enseña Claus Roxin, lo que diferencia el Derecho Penal del Derecho Civil es que mientras el segundo está regido por el principio de equiparación, el Derecho Penal se basa en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal). De esa manera el Derecho Penal es parte integrante del Derecho Público⁴³. Tomando las lecciones del penalista alemán, parece evidente que la materia correspondiente a la imposición de medidas sancionadoras a menores de edad cuando hayan cometido un delito se refiere al Derecho Penal. El propio Roxin nos advierte que el Derecho Penal Juvenil se convierte en un campo del Derecho propio no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor⁴⁴.

Otra forma de detectar la presencia del Derecho Penal en la intervención estatal ante la delincuencia juvenil atiende, de un lado los presupuestos de la intervención, y de otro sus consecuencias. Carmen Gómez Rivero nos aclara que *“los presupuestos de la intervención penal, de un lado, y las consecuencias que se anudan al delito, de otro, representan, en efecto, los dos extremos que marcan el principio y fin de un figurado trayecto con el que pudiera simbolizarse la presencia del Derecho Penal”*⁴⁵.

Si tomamos en cuenta que los comportamientos prohibidos para los menores de edad equivalen a la misma selección de conductas existente en los delitos de los adultos, es decir, que en general las legislaciones en materia de menores, como el caso español y brasileño, adoptan una técnica de *tipificación delegada*, o sea, hacen una remisión en bloque a lo que se considera delictivo para los adultos, confirmamos que los presupuestos de la intervención son exactamente iguales a los de los adultos.

En lo que se refiere a las consecuencias, aunque revestidas por un contenido educativo, las medidas aplicables resultan en la restricción de derechos e incluso en la privación de libertad, acercándose a las penas tradicionales.

En suma, no nos parece razonable negar la naturaleza penal de la regulación de menores. El modelo español asume el carácter penal de la materia especialmente por lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LORRPM 5/2000: *“Es formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”*.

En sentido contrario, el Estatuto del Niño deja abierta la cuestión, dejando también espacio a la mantención de interpretaciones tutelares acerca de sus finalidades. El no reconocimiento del carácter penal de las medidas y de los procedimientos es de plano el primer obstáculo para la consolidación de un modelo de responsabilidad en Brasil.

⁴³ ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones. Madrid. 1997. pág.43.

⁴⁴ ROXIN, C. Op. Cit. pág. 46.

⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, M^ªC. *“La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”*. EN: Revista Penal. N^º9. Editora La Ley. 2002.

2.2. Indeterminación de las medidas

Como vimos anteriormente, una de las características del modelo tutelar o de protección es la indeterminación de las medidas aplicables. Indeterminación ésta que se sustenta por el carácter medicinal o terapéutico de la intervención judicial. Como describe Andrés Ibáñez, la función de los tribunales de menores en el modelo tutelar nada tiene que ver con la expiación de los delitos ni con la satisfacción de la venganza pública, y en esto radica el fundamento del carácter indeterminado y abierto de las decisiones, cuya duración y posterior evolución de su aplicación no fue prevista en el momento de su adopción⁴⁶.

Además, el menor es considerado más como un enfermo que como un culpable a castigar. La medida impuesta debe penetrar sobre su alma, para lograr su arrepentimiento y luego su enmienda o corrección.

Es precisamente lo que se observa de las disposiciones del Estatuto del Niño y del Adolescente, es decir, de la ley brasileña. Es el artículo 112 de la Ley 8.069/90 el que define las medidas:

“Verificada la comisión de una infracción, la autoridad competente podrá aplicar al adolescente las siguientes medidas: advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, inserción en régimen de semilibertad e internamiento en establecimiento educacional”.

Salvo las medidas de advertencia y reparación del daño que *per se* son ejecutables, las demás medidas de prestación de servicios a la comunidad, semilibertad e internamiento no poseen plazo determinado. Lo máximo que el legislador define son topos, es decir, la prestación de servicios a la comunidad no podrá exceder seis meses de duración⁴⁷ y las medidas privativas de libertad, o sea semilibertad e internamiento, no excederán tres años. El párrafo 2° del artículo 120 dispone que la semilibertad no comporta plazo determinado, valiéndose las mismas reglas de la medida de internamiento para su ejecución. El internamiento, a su vez, está reglado por los artículos 122 y siguientes que establecen:

“El internamiento constituye medida privativa de la libertad, sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respecto a la condición peculiar de persona en desarrollo del menor.

§ 2° – La medida no comporta plazo determinado, debiendo su mantención ser reevaluada, mediante decisión fundamentada, al máximo a cada seis meses.

§ 3° – En ninguna hipótesis el período máximo de internamiento excederá tres años.”

Ya la medida de libertad asistida, según los artículos 118 y 119 del Estatuto, debe tener un plazo fijado por el juez, que mínimo será de seis meses.

⁴⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, P. Op. Cit. pág. 215.

⁴⁷ Artículo 114 de la Ley 8.069/90.

Lo que es importante observar es que la duración de la mayoría de las medidas en el sistema brasileño no se define por la autoridad judicial y sí a lo largo de la ejecución a partir de una evaluación de las ciencias auxiliares de la justicia, o sea, la psicología, el trabajo social y en algunos casos la psiquiatría. En este aspecto el modelo brasileño se diferencia y se aleja del modelo español en el cual el juez determina en la sentencia la duración de la medida obedeciendo los topes legales.

En efecto, la Ley 5/2000 establece distintos topes conforme tres grandes tramos de edad de los destinatarios de las medidas. El primero, de catorce a dieciséis años, sólo admite que las medidas tengan una duración máxima de dos años. El segundo, de dieciséis a dieciocho, admite un plazo de duración máximo de cinco años cuando el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas. Ya en los supuestos de extrema gravedad podrá imponérsele una medida de internamiento en régimen cerrado, de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta otros cinco años. Por último, con respecto al tercer tramo, mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, podrá aplicársele de forma excepcional la Ley⁴⁸.

Además, el juez fija en la sentencia la duración temporal de las medidas considerando las circunstancias concretas del caso. Así dispone el artículo 7.3. de la LORRPM 5/2000:

“Para la elección de la medida adecuada tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...). El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

Marcada la diferencia con el modelo español, entendemos que la indeterminación de las medidas es una más de las trabas para la configuración de un modelo de responsabilidad en el sistema brasileño. El hecho de que la duración de las medidas sea condicionada a una evaluación por psicólogos o psiquiatras rescita la idea de tratamiento. Además, la indeterminación de la duración temporal de las medidas permite aún una revisión, incluso *in peius*.

Esto pone de manifiesto lo que Roca destacaba como característica del modelo tutelar: “la ventaja de ahorrar trabajo para acomodar la cantidad y calidad de la pena a la importancia del delito, y la segunda, la atención de los jueces en la persona del autor, la búsqueda de los medios para lograr su arrepentimiento y luego su enmienda y corrección”⁴⁹.

⁴⁸ Vid, artículos 4, 9.3 y 9.4 de la Ley 5/2000.

⁴⁹ Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág. 221.

Los dispositivos correccionales se dirigen, por lo tanto, a la modificación del sujeto, a la modificación de su conciencia y menos al reproche del hecho delictivo. Esto también se observa por la falta de proporcionalidad en las respuestas, los topes extremadamente genéricos de la ley brasileña permiten que dos hechos totalmente distintos en términos de gravedad sean respondidos por una misma medida con la misma duración⁵⁰. Vale decir que la duración vinculada al juicio sobre las condiciones morales y sociales del menor puede incluso ser mayor en hechos menos graves, tomando en cuenta el comportamiento del adolescente a lo largo de la ejecución.

2.3. Rechazo a la imputabilidad

El tercer aspecto a ser analizado consiste en la negación de la imputabilidad a los menores de edad. Como ya mencionamos, el modelo de regulación de justicia juvenil en Brasil parte de la Constitución democrática de 1988 y del Código Penal reformado en 1984. La Constitución en su artículo 228 establece que:

“Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, sujetos a las normas de la legislación especial.”

La norma constitucional, por lo tanto, ha reforzado la regla del artículo 27 del Código Penal de 1940 que adopta, desde entonces, la presunción absoluta de inimputabilidad a los menores de 18 años. El Estatuto del Niño y del Adolescente, a su vez, diferencia el niño del adolescente⁵¹ en su artículo 2º para a continuación declarar la inimputabilidad de los menores de 18 años, que son sometidos a sus medidas⁵².

La doctrina penal mayoritaria brasileña define la inimputabilidad penal por razón de edad como resultado de una incapacidad del menor derivada de la falta de condiciones personales mínimas de desarrollo biológico y salud psíquica. Es más, añaden que el menor de dieciocho años no posee el desarrollo biopsicológico y social necesario para comprender la naturaleza criminal de sus actos o para determinar su comportamiento conforme dicha comprensión⁵³.

Esta quizá sea la más importante diferencia con el modelo de regulación español pues, como enseña Gómez Rivero, el punto de partida del modelo de responsabilidad es el reconocimiento de la imputabilidad del menor, aunque disminuida, y por ello, de la posibilidad de diseñar un régimen de responsabilidad penal⁵⁴.

⁵⁰ Es lo que se observa en los casos de delitos contra la vida y supuestos de tráfico de drogas. Los dos tipos de hechos delictivos resultan con frecuencia en la medida de internamiento que no excederá tres años, y que a su vez tendrá su duración condicionada al comportamiento del menor a lo largo de la ejecución. El autor de tráfico de drogas puede permanecer internado por más tiempo que un joven autor de un homicidio.

⁵¹ “Considérase niño, para los efectos de esta Ley, la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente aquella entre doce y dieciocho años de edad. Párrafo único – En los expresos en esta Ley podrá aplicarse excepcionalmente a las personas entre dieciocho y veintidós años de edad.” (artículo 2º del Estatuto del Niño y del Adolescente).

⁵² “Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, sujetos a las medidas previstas en esta Ley. Párrafo único – Para los efectos de esta Ley, debe ser considerada la edad del adolescente a la fecha del hecho” (artículo 104 del Estatuto del Niño y del Adolescente).

⁵³ CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível* 4ª edición. Editora Lúmen Júris Curitiba. 2005, pág. 213.

⁵⁴ GÓMEZ RIVERO. M^oC. Op. Cit. pág. 4.

Muñoz Conde añade que el sistema español se caracteriza como “un sistema específico de responsabilidad penal para los menores de dieciocho años y mayores de catorce años que combina razones de carácter psicopedagógico con criterios de imputabilidad y de prevención especial de finalidad predominantemente educativa”⁵⁵.

Para este autor la imputabilidad es resultado de un proceso de socialización en el cual el individuo va desarrollando una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas, es decir, actuar motivado por las normas jurídicas y por todo el entramado de normas sociales que constituyen los sistemas de control social, formal e informal. De esa manera, el menor de catorce a dieciocho años es imputable, porque posee una responsabilidad peculiar. En definitiva, tomando las lecciones de Muñoz Conde, podemos comprender la imputabilidad como un largo proceso de socialización que se inicia desde el nacimiento y se continúa durante toda la vida con la internalización de las diversas exigencias normativas sociales y jurídicas. Otra muestra de que los menores de catorce a dieciocho años son imputables en el sistema español es la posibilidad de que su imputabilidad sea excluida con arreglo al artículo 5,2 de la LORRPM 5/2000, o sea, cuando se verifica alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad.

El rechazo a la imputabilidad de los menores de dieciocho años en el modelo brasileño parece ser el signo más fuerte de la permanencia de una lógica tutelar en el sistema. Advierte Bustos Ramírez que cuando la fórmula de la imputabilidad está reducida a los momentos cognitivo y volitivo, es decir, a las capacidades de conocer y actuar conforme a tal conocimiento —como es el caso del concepto que se maneja en Brasil— sin considerar otros elementos como la afectividad, el joven aparece como alguien que no está dotado de estas características. Además esto justifica cualquier intervención del Estado, pues el joven aparece estigmatizado desde el principio y, por tanto, sujeto a la tutela del Estado y de la sociedad⁵⁶.

De acuerdo con dicha comprensión no se reconoce a los menores de edad la capacidad de motivabilidad, es decir, la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas unida a otras como afectividad e inteligencia⁵⁷.

Como advierte Mary Beloff, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen de manera específica. La responsabilidad es justamente el punto de partida del abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es consecuencia del derecho a ser como es, y también del derecho a ser responsable por lo que hace. En efecto, en el marco de la Convención, ser sujeto de derechos significa que niños y adolescentes son titulares de los mismos derechos de que gozan todas las personas y más derechos específicos que resultan de la condición de persona que está

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal – Parte General*. 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2004. pág. 367.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J. “Imputabilidad y Edad penal”. EN: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona. – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. 1989. pág. 472.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. Op. Cit. pág. 368.

creciendo, en desarrollo. Ni media persona, ni persona incompleta, menos aún incapaz, simplemente se trata de una persona que está en fase de intenso desarrollo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento⁵⁸.

Un verdadero modelo de responsabilidad no puede prescindir de esta comprensión, como condición necesaria al diseño de una responsabilidad específica de menores de edad. Aquí reside el principal desafío al sistema de regulación de justicia juvenil brasileño.

3. Consideraciones finales

El intento de discutir el modelo de regulación de Justicia Juvenil brasileño a la luz del modelo español, y también a partir de las distintas etapas clasificatorias del Derecho Penal Juvenil, permite observar que pese a los esfuerzos de superación del modelo tutelar o de protección, el sistema todavía se encuentra manchado por la ideología del tratamiento.

El Estatuto del Niño y del Adolescente no se reconoce como una Ley Penal en razón de contemplar no sólo la materia correspondiente a la comisión de hechos delictivos por menores de edad y sus consecuencias, sino también todas las especies de políticas dirigidas a la infancia y juventud.

Creemos que esta es la primera dificultad para la configuración de un auténtico modelo de responsabilidad en Brasil. Es decir, la trascendencia de la Ley dificulta que el sistema de imposición de consecuencias jurídicas a los menores y su atribución de responsabilidad sea nombrado como penal.

No sólo un fraude de etiquetas da lugar a distorsiones, pero sobre todo la falta de una elaboración teórica y doctrinaria más consistente acerca del concepto de imputabilidad aplicado a los menores de edad. La ausencia del estudio de una culpabilidad específica a ser reconocida para los menores permite que la intervención siga marcada por inmensa arbitrariedad e inseguridad jurídica. Además, el tratamiento a situaciones dispares de forma generalizada favorece aun que la opinión pública experimente la delincuencia juvenil como uno de los problemas más graves y sin solución⁵⁹.

La combinación de estos tres aspectos, la negación de la naturaleza penal del sistema, la indeterminación de las medidas y el rechazo al criterio de la imputabilidad, sin mencionar la ausencia de las garantías procesales y el amplio arbitrio judicial que también son observables

⁵⁸ BELOFF, M. "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos". EN: *Revista Justicia y Derechos del Niño*. N° 02. UNICEF. Buenos Aires. 2001. pág. 140.

⁵⁹ Como destaca Norbert Lechner, un adolescente infractor representa en el imaginario colectivo el portador del mal, el portador de la violencia. El autor precisamente discute las reacciones a la violencia y a la delincuencia, señalando su dimensión como reflejo de los miedos ocultos o interiores de una sociedad. Él pondera que probablemente ninguna representación del imaginario colectivo sea tan funcional como la interpretación de la delincuencia juvenil, que resulta emblemática - por su irracionalidad. El impacto social de los hechos delictivos cometidos por adolescentes y su fuerte repercusión pública, que en muchas ocasiones excede los marcos de proporcionalidad en relación a la preocupación con la criminalidad adulta, a la corrupción, al comercio ilícito de drogas y otras expresiones de violencia que afectan nuestra sociedad puede encontrar una explicación en la falta de discusión de las reales causas de la violencia y también, por qué no decir, en la búsqueda de un chivo expiatorio. (LECHNER, N. *Los Patios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª edición. Fondo de Cultura Económica. DF/México. 1995.)

en el modelo brasileño, pone de manifiesto la ambigüedad de la Ley 8.069/90 que, pese a que esté ubicada en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, no logró superar de forma satisfactoria la herencia del correccionalismo, como procuramos discutir.

Nos parece necesario que la doctrina brasileña enfrente estos temas en el diseño del modelo de regulación de justicia juvenil como condición para su sustentación en un Estado Social Democrático y de Derecho. La mantención de las viejas prácticas y concepciones puede ocultar la maximización del control. El pretexto de la protección puede, en definitiva, servir a un modelo maximizado de Derecho penal juvenil, desformalizado en lo que respecta a la imposición de las consecuencias jurídicas y altamente inflexible en su ejecución.

Bibliografía

ANDRÉS IBAÑEZ, P. "El Sistema Tutelar de Menores como reacción penal reforzada". EN: *Psicología Social y Sistema Penal*, compilado por F. JIMENEZ BURILLO y M. CLEMENTE, Madrid, 1986, pág. 210.

BELOFF, M. "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos". EN: *Revista Justicia y Derechos del Niño*. N° 02. UNICEF. Buenos Aires. 2001.

BUSTOS RAMIREZ, J. "Imputabilidad y Edad penal". EN: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona. – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. 1989.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. 1994.

CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível* 4ª edición. Editora Lúmen Júris Curitiba. 2005.

CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Librería Bosch, Barcelona, 1926.

DONIZETI LIBERATI, W. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DORADO MONTERO, P. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. (Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

FRASSETO, F. A. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Belém/ Pará: Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 2001

GARCÍA MENDEZ, E. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

GÓMEZ RIVERO, M^ªC. "La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000". EN: *Revista Penal*. N°9. Editora La Ley. 2002.

HIGUERA GUIMERÁ, J. *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONCEA, J. *Derecho Penal conforme al Código penal de 1928. Parte General*, t.I, Madrid, 1929.

LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. pág. 34.

LECHNER, N. *Los Patios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª edición. Fondo de Cultura Económica. DF/México. 1995.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal – Parte General*. 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2004.

ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones. Madrid. 1997.

SARAIVA, J.B.C. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*, Brasilia, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. José Maria Bosch Editor. Barcelona, 1997. pág 166.

TUTT, N. “Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia”. EN *RIPCrim.*, n°39 y 40, (volumen doble), Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. (editores) *Derecho Penal Juvenil* Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

_____ *Delincuencia Juvenil- consideraciones penales y criminológicas*. Editorial Comex, Madrid, 2003.

VENTAS SASTRE, Rosa en “*Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 2002.

VOLPI, M. & SARAIVA, J. B. C. *O adolescente e a Lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

VOLPI, M. *Sem liberdades e sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Cortez, 2001.

DÉCIMO TERCER ANIVERSARIO DE LA LEY PENAL JUVENIL DE EL SALVADOR Y DIEZ AÑOS DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA¹

CARLOS TIFFER²

Presentación

Diez años de justicia juvenil que se celebraron en Costa Rica en el año 2006 y trece años que se celebran en El Salvador constituyen una fecha muy oportuna, no sólo para revisar y valorar los resultados de la Ley de Justicia Penal Juvenil (en adelante LJPJ), sino también para reafirmar los fines y objetivos propuestos en esta ley. La delincuencia juvenil, continúa como hace trece años, siendo un tema de actualidad, tanto en El Salvador como en Costa Rica. Las conductas delictivas (incluso también algunas conductas violentas no necesariamente delictivas) protagonizadas por los jóvenes, obtienen con frecuencia una mayor relevancia social, en comparación con las protagonizadas por los adultos, hasta alcanzar fenómenos de alarma social, generándose así una percepción social especialmente adversa de los menores infractores de la ley penal. Sin lugar a duda, el fenómeno de la delincuencia juvenil es amplio y complejo; para que se desarrollen respuestas efectivas, la sociedad no sólo debe responder represivamente, sino muy particularmente desde dos ejes principales, como son la **prevención y la intervención**. Me gustaría referirme al tema represivo y además a las causas o factores de riesgo, proponer algunas formas de prevenir el delito juvenil y así evitar el castigo. No sin antes hacer un pequeño recuento de estos años de justicia juvenil y mencionar importantes principios del modelo de responsabilidad en el que se apoyan nuestras legislaciones penales juveniles.

1. Introducción

El delito en general y en particular el que cometen los adolescentes, no sucede en el vacío, sino más bien es la combinación de diferentes factores sociales, económicos y familiares. El tipo de abordaje y la concepción política-criminal del Estado, será fundamental para su interpretación y forma de intervención. Si se quiere hacer una interpretación correcta, no se debe ver el fenómeno del delito como un hecho aislado o una conducta individual de alguno o algunos sujetos estigmatizados como “jóvenes problema”. Más bien debe de considerarse

¹ Ponencia presentada en el Poder Judicial de El Salvador los días 6 y 7 de marzo de 2008, basada en la exposición sobre los diez años de justicia penal juvenil en Costa Rica, publicada en la Revista *Ivstitia*, año 20, N° 238-239, 2006, San José, páginas 5-11.

² Profesor de la Universidad de Costa Rica

el delito como una manifestación social que implica un análisis extensivo de la conducta individual, cuestión particularmente relevante al tratarse de adolescentes.

Precisamente en el análisis de esta conducta social es que podríamos encontrar varias de las explicaciones del delito y muy particularmente del delito cometido por los jóvenes, denominado delito juvenil.

La conducta social, también debe de someterse a los parámetros culturales, históricos y económicos del momento y lugar en el que suceden. De ahí que muy probablemente los delitos que cometen actualmente los adolescentes no sean un rasgo o una característica propia de nuestra época, sino que probablemente sean una manifestación con características particulares, pero que en el fondo no difiere demasiado de conductas delictivas de generaciones pasadas.

El delito también es una forma de resolución violenta de los conflictos. Precisamente esta incapacidad de resolver conflictos por métodos pacíficos ha sido una constatación en la historia de la humanidad, la cual podemos caracterizar, sin duda a equivocarnos, como una historia violenta. La historia de la humanidad es una historia violenta, marcada por horrores, que se repiten en el transcurso del tiempo. Horrores que se van incorporando conscientes o inconscientemente en todos los individuos y desde luego en niños y adolescentes.

La violencia entendida como una forma no pacífica de resolución de un conflicto se manifiesta por diferentes formas y, para efectos de exposición, podemos dividirla en una **violencia individual, una violencia colectiva y una violencia institucional**.

Estas formas de violencia tienen una dinámica estructural que podríamos llamar en forma de espiral, ya que cualquier acto violento posee una alta probabilidad de generar como respuesta otro acto violento. De ahí que si la estructura social y la cultura son violentas, es muy probable que individualmente haya actos violentos. Del mismo modo, si las soluciones a la misma violencia se concentran en la represión (violencia institucional), consecuentemente en vez de reducir la violencia probablemente aumentará, seguro que habrá más violencia.

Pese a que la violencia no es una característica exclusiva de nuestra época, hay que considerar las transformaciones que se han dado en nuestras sociedades a nivel político, económico, cultural, lo mismo que los alcances tecnológicos y particularmente la concepción del Estado y el rol de los medios de comunicación, para entender las conductas violentas de nuestra época y particularmente la violencia de los adolescentes.

Sin duda estos cambios estructurales tan radicales han provocado una perspectiva individual diferente y muy particular de nuestra época, con individuos cada vez más impulsivos y menos reflexivos. Consecuentemente más proclives a la violencia.

De ahí que no sea entonces de extrañar que nuestros adolescentes también reflejen manifestaciones violentas, las cuales pueden analizarse en un sentido amplio, por ejemplo la violencia e inseguridad en la escuela, en el deporte, en conciertos o reuniones masivas.

También desde una perspectiva estricta, que es la que interesa al Derecho Penal, como aquella manifestación violenta que afecte bienes jurídicos fundamentales que la comunidad ha protegido por medio de la Ley Penal; como por ejemplo la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

Desde luego que un gran desafío para la sociedad actual es cómo responder a esas manifestaciones violentas de los jóvenes, las que pueden ser explicadas desde aspectos individuales como, por ejemplo, el proceso de desarrollo en el que se encuentran los adolescentes, hasta perspectivas sociales, como la promoción social de la violencia en la cual se encuentran inmersos nuestros jóvenes. Lo mismo que por medio de las desigualdades sociales y económicas que sufren millones de personas y que particularmente afecta a los niños y a los adolescentes, en todos los países de América Latina.

Las diferentes respuestas a este desafío pueden encontrarse reflejadas en los diversos modelos o sistemas de justicia juvenil que cada Estado incorpora.

2. Un corto recuento

El primero de mayo de 1996 entró en vigencia en Costa Rica la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), se derogó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (1963). En 1995 también en El Salvador se promulgó una Ley Penal Juvenil orientada dentro del mismo modelo de responsabilidad que la costarricense y se abandonó el viejo modelo tutelar. Se inició el proceso de formación de un Derecho Penal Juvenil. Casi doce años en Costa Rica y trece años en El Salvador de vigencia de la LJPJ es sin duda poco tiempo para el desarrollo de cualquier rama del Derecho, de ahí que también el Derecho Penal Juvenil costarricense y salvadoreño, como los adolescentes, se encuentran en proceso de desarrollo. Sin embargo, en estos años hemos sido no sólo testigos, sino también partícipes, de importantes hechos en el proceso de consolidación de esta novedosa rama del Derecho.

Han sido muchos los problemas, normales si se quiere, de tipo presupuestario, ideológicos, de implementación y de interpretación. Estas leyes de justicia penal juvenil contienen una propuesta compleja, la creación de un Sistema de Justicia Juvenil dentro de la justicia ordinaria, especializada para adolescentes, entre los 12 y 18 años de edad. De ahí que surjan problemas presupuestarios como en todas las instituciones públicas, pues los costos son altos si se quiere tener una policía especializada, fiscales y defensores públicos capacitados y especializados, lo mismo que jueces y funcionarios encargados de hacer cumplir las sentencias. Si se quiere tener una justicia de calidad, los Estados deben invertir en justicia.

También estas leyes significaron un cambio de concepción ideológica, que como muy bien lo dice el Profesor Henry Issa El Khoury *“La entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil en el mundo jurídico y el cambio de paradigma que ella implica requiere igualmente un cambio de mentalidad de las personas que trabajan con menores delincuentes en Costa*

Rica³. Este cambio de mentalidad no ha sido fácil, la negación y falta de reconocimiento de Derechos de los niños y adolescentes tiene una antigua tradición, y se va requerir mucho tiempo para la vigencia de una verdadera cultura de Derechos de la niñez y adolescencia en nuestras sociedades. De ahí que la puesta en práctica de este Sistema de Justicia Juvenil, es decir, su implementación completa, sea aún una meta, un objetivo todavía no alcanzado. Nos hace falta mucho, pero lo importante es que ya hace doce años en Costa Rica y trece en El Salvador iniciamos el trabajo para llegar a esa meta. En el caso costarricense no sólo por medio de la LJPJ, sino también con la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia (1998), lo mismo que por la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles (2005).

Lo jurídico siempre es valorativo, de ahí que sea tan normal lo interpretativo. Por eso tampoco resulta casual que se hayan presentado durante la vigencia de estas leyes problemas interpretativos de las normas. Lo interpretativo debe irse perfeccionando, a través de la práctica, con la claridad de las normas y por medio de la investigación y reflexión científica.

No sólo problemas jurídicos hemos tenido durante estos años de vigencia de la LJPJ, sino una rica producción teórica-doctrinaria y jurisprudencial en Derecho Penal Juvenil. Destacados juristas en el caso costarricense, y estoy seguro que también en El Salvador, han investigado, escrito y reflexionado sobre los principales temas relacionados con el delito cometido por los adolescentes. También desde otras disciplinas como la Sociología, Psicología y el Trabajo Social, se ha contribuido con el conocimiento de este complejo e importante tema. Además, a esta producción teórica debe agregarse la abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Juveniles.

De suma relevancia resulta la Opinión Consultiva No. OC-17/02 del 28.08.2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales se reafirmó el derecho que tiene todo menor de edad a un proceso garantista, que debe respetar principios fundamentales como el de legalidad, juez natural, doble instancia y recurso efectivo.

3. Educar en la responsabilidad (modelo de justicia)

Al igual que en muchos países europeos y latinoamericanos, Costa Rica aprobó en 1996 la Ley de Justicia Penal Juvenil y El Salvador la Ley Penal Juvenil en 1995, que se inspiran en este modelo de responsabilidad. Esto significó un importante cambio dentro de la concepción de la política criminal del Estado costarricense y salvadoreño, ya que de un modelo tutelar que consideraba a los jóvenes sin responsabilidad e incapaces de infringir la ley penal, se pasó a un modelo que, por el contrario, establece la posibilidad de infringir y encontrar culpable a un joven por infracción a la ley penal y consecuentemente la posibilidad de imponerle una sanción con una connotación negativa. Como complemento, también surge obligatoriamente

³ *Tiffer, C. Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada.* Presentada por Henry Issa El Khoury. (1996). Editorial Juritexto. ILANUD, Unión Europea, San José, Costa Rica, pag. 12.

dentro de este modelo incorporado por las leyes costarricenses y salvadoreñas el tema de las garantías sustantivas y procesales, ya que no puede explicarse ni justificarse en un Estado de derecho la posibilidad de imputarse una sanción penal sin el cumplimiento de las garantías penales internacionalmente reconocidas para los adultos y las garantías especiales para el juzgamiento de los jóvenes en razón de su edad.

Dentro de las características más importantes de este modelo de justicia se pueden destacar las siguientes:

a. Especialidad del Derecho Penal Juvenil en relación con el Derecho Penal de Adultos

Una característica básica del Derecho Penal Juvenil es la de su especialidad, que se manifiesta, en primer lugar, en el uso predominante de sanciones de carácter educativo; y en segundo lugar, por la estructuración particular del proceso. La especialidad lleva a que este derecho deba estar organizado exclusivamente para personas menores de edad con mayores atenuantes y garantías que las utilizadas para adultos.

No obstante, el Derecho Penal común nutre a este Derecho Penal Juvenil en sus Principios Generales, como por ejemplo: el principio de legalidad, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

El principio de especialidad debe de propiciar una extensión del Derecho Penal Juvenil al Derecho Penal de Adultos, no a la inversa.

b. Desjudicialización o diversificación de la intervención penal

Al contrario del Derecho Penal de Adultos tradicional, este modelo de justicia penal juvenil se caracteriza por la acentuación en resolver el menor número de conflictos en un nivel judicial, de ahí que las medidas desjudicializadoras, forman parte fundamental de él. La diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal por medio de la remisión y conciliación entre autor y víctima. La utilización de los programas de mediación resultan sumamente beneficiosos y con un gran potencial educativo. Lo que refleja la necesidad de una intervención multidisciplinaria en la justicia juvenil.

c. Intervención mínima y principio de subsidiariedad

La intervención mínima se refleja en este modelo desde la fase de la denuncia y la investigación. El Derecho Penal Juvenil debe tener un carácter subsidiario y sus aspiraciones deben ser modestas, especialmente en la intervención y en la imposición de sanciones, debido

a que las infracciones o delitos cometidos por la mayoría de los jóvenes son en muchos casos “episodios” de una delincuencia juvenil y corresponden a conductas generalmente de bagatelas de pequeña y mediana criminalidad.

Algunas conductas de adolescentes no requieren de una intervención judicial, sino más bien de un apoyo individual familiar o social.

d. Diferenciación de grupos etarios

Este modelo también se caracteriza por diferenciar la intervención penal según criterios objetivos, como por ejemplo el establecimiento de una edad mínima, en la cual los sujetos son destinatarios de estas leyes penales juveniles. En el ordenamiento jurídico costarricense y también salvadoreño se ha fijado un límite inferior en 12 años, todos los niños bajo este límite de edad se reconoce legalmente que no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Mientras que la LJPJ se aplica para los niños entre 12 y 18 años de edad cumplidos. La diferenciación de grupos etarios se justifica por el periodo de desarrollo en que se encuentran los destinatarios de estas leyes, es decir, entre la niñez y la edad adulta. Existen diferentes categorías, por ejemplo de 12 a 15 ó 16 años y de 15 ó 16 hasta menos de 18 años de edad, esto para que los grupos etarios más jóvenes puedan obtener aún más garantías y ventajas en comparación, no sólo con los adultos, sino también, con los sujetos mayores que ellos.

e. Proceso garantista, flexible, sumario, único y confidencial

Este modelo de responsabilidad propone un diseño procesal sencillo, con una orientación acusatoria en donde se le den al menor de edad los derechos y garantías que le corresponden, sea por su condición de persona sujeto de derecho y por su especial condición de persona en desarrollo. Nos referimos a derechos procesales como: derecho a la jurisdicción, a la presunción de inocencia, a la defensa, a conocer de la acusación, a ofrecer pruebas, a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable. Igualmente deben respetarse en el proceso los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad. Pero también deben respetarse derechos y garantías especiales para los adolescentes, tales como la especificidad, la jurisdicción especializada, la brevedad, simplicidad, un amplio cuadro de sanciones en donde se privilegien las sanciones socioeducativas en lugar de las privativas de libertad.

La flexibilidad debe tratar de dar alternativas de terminación del proceso diferentes a la sentencia, como es el caso de la remisión, la conciliación, arreglos con la víctima, la suspensión del proceso a prueba, etc. También se presenta la flexibilidad en el gran número de sanciones posibles de aplicar, las cuales pueden ser alternas o sustitutivas, por las menos graves.

Respecto al carácter sumario del proceso, este modelo propone que la intervención procesal debe ser mínima y con la mayor celeridad posible. Se establecen plazos cortos, situaciones de máxima prioridad y la prórroga de estos plazos es excepcional. No se subestiman las capacidades de la justicia. Por el contrario, se busca optimizarlas.

Además, se establece un proceso único; no existe una pluralidad de procesos como en la legislación penal de adultos, donde se diferencian el proceso de instrucción formal, la querrela, el proceso contravencional, el proceso de citación directa, entre otros. Lo que consideramos reduce la intervención judicial.

f. Amplio cuadro de sanciones

Lo que se pretende con este modelo en cuanto a las sanciones es reducir las potestades discrecionales del juez en la imposición de sanciones, prohibir las sanciones indeterminadas, establecerles fines educativos, implementar una amplia variedad de sanciones y preferir las sanciones socioeducativas en lugar de las privativas de libertad.

Con el modelo de responsabilidad se produce el reforzamiento de la posición legal del menor, y la justicia juvenil se acerca a la justicia penal de adultos, al reconocer a los adolescentes los mismos derechos y garantías que tienen los adultos. Se trata de conjugar lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista y unas medidas de contenido educativo.

4. ¿Por qué los adolescentes delinquen?

Según el informe del Comité Económico y Social Europeo denominado “La Prevención Juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la Justicia del Menor en la Justicia Europea” (documento COC-202-CESE 414/2006) la explicación del por qué los adolescentes delinquen se basa en las siguientes razones. Múltiples y variadas son las causas o circunstancias que pueden llevar a un menor a delinquir, sin que, por otro lado, exista entre los estudiosos de esta materia un consenso general sobre las mismas. Más que causas se deben considerar los factores de riesgo que inciden en la comisión de delitos juveniles. Pero partiendo de los factores de riesgo que son más aceptados, y fijándonos de modo especial en los que se refieren a los factores económicos y socioambientales, podemos señalar los siguientes:

- *La pertenencia del menor a familias desestructuradas (broken homes)*, e incluso las propias dificultades que en ocasiones se producen para conciliar la vida familiar y laboral, situaciones todas ellas en las que de manera creciente se dan casos de desatención, falta de límites y de control respecto de los hijos. Esto conduce a veces a que algunos jóvenes traten de compensar esas carencias mediante el ingreso a bandas o pandillas juveniles entre cuyos componentes se dan circunstancias de afinidad de muy distinto signo (ideológico, musical, étnico, deportivo, etc.) pero caracterizadas

habitualmente por sus actitudes transgresoras. En el seno de este tipo de grupos tiene lugar un alto porcentaje de conductas antisociales (vandalismo, *graffitis*) o directamente violentas y delictivas.

- *La agresión infantil*, por parte de los familiares o núcleos cercanos a los niños y adolescentes. Esta lamentable práctica que muchas veces se encuentra legitimada es un factor de alto riesgo de que el adolescente haya incorporado la violencia como una forma de solución de conflicto.
- *La marginación socioeconómica o pobreza*, que igualmente dificulta el adecuado proceso de socialización del menor. Esta marginación se produce en mayor proporción entre los jóvenes pertenecientes a familias pobres que viven en ciertos guetos de las grandes urbes, lugares donde se dan con frecuencia diseños urbanos deshumanizados que favorecen la aparición de sentimientos de angustia y agresividad en sus habitantes.
- *La deserción y el fracaso escolar*, produciéndose ya en la escuela un etiquetamiento o “estigmatización” social que en muchos casos facilitará el camino hacia comportamientos antisociales o hacia la delincuencia.
- *El desempleo, tanto de los padres como de los jóvenes en edad laboral productiva*, originándose en muchos casos situaciones de frustración y desesperanza que igualmente serán factores que incidan en conductas desviadas e incluso en algunos casos delictivas.
- *La transmisión de imágenes y actitudes violentas* por parte de ciertos programas en algunos medios de comunicación social o en videojuegos destinados a los menores, lo que contribuye a inculcar en los menores un sistema de valores en el que la violencia es un recurso aceptable.
- *El consumo de drogas y sustancias tóxicas*, que, en muchos casos, da lugar a que el adicto se vea impelido a delinquir para proporcionarse los medios económicos que le permitan sufragar su adicción. Además, bajo los efectos de su consumo o de un estado carencial, se reducen o eliminan los frenos inhibitorios habituales. También debe citarse aquí el consumo inmoderado de alcohol (aunque tenga lugar de modo esporádico), de especial incidencia en la comisión de actos vandálicos y de infracciones contra la seguridad vial.
- *De modo asociado o independiente del factor señalado en el apartado anterior, se sitúan los trastornos de la personalidad y del comportamiento*, normalmente unidos a otros factores sociales o ambientales, que hacen que el joven actúe de modo impulsivo o irreflexivo sin dejarse motivar por las normas de conducta socialmente aceptadas.
- *La insuficiencia en la enseñanza y en la transmisión de valores prosociales o cívicos* como el respeto a las normas, la solidaridad, la generosidad, la tolerancia, el respeto a

los otros, el sentido de la autocrítica, la empatía, el trabajo bien hecho, etc., que se ven sustituidos en nuestras sociedades “globalizadas” por valores más utilitaristas como el individualismo, la competitividad, el consumo desmedido de bienes, y que provocan en determinadas circunstancias el surgimiento de una cierta anomia social.

Este conjunto de factores de riesgo se da en mayor o menor medida en todos los países, en sociedades con altos niveles de bienestar pero en las que se generan elementos de desestructuración y falta de cohesión social que explican este tipo de conductas antisociales o desviadas, o en sociedades pobres como las latinoamericanas, caracterizadas por la marginación, pobreza y discriminación.

Para prevenir el comportamiento violento y hacer frente a la delincuencia juvenil, las sociedades tienen que adoptar estrategias que combinen medidas de prevención, de intervención y de represión. Las estrategias preventivas y de intervención deben estar encaminadas a reducir los factores de riesgo, socializar e integrar a todos los menores, principalmente a través de la familia, la comunidad, el grupo de iguales, la escuela, la formación profesional y el mercado de trabajo. Las medidas o respuestas judiciales y de represión operarán sólo cuando sean necesarias, deberán, en todo caso, basarse en los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, juicio con todas las garantías, respeto a su vida privada, proporcionalidad y flexibilidad. Tanto el desarrollo del proceso como la elección de la medida y su posterior ejecución habrán de estar inspirados en el principio educativo, como eje central del modelo responsabilizador.

Sólo con una combinación de las respuestas punitivas y las políticas sociales y económicas, estos modelos de legislaciones penales juveniles tendrán plena vigencia en nuestras sociedades. No debemos dejar de mencionar que el marco punitivo de cualquier Estado se encuentra dentro de un nivel ideológico, de ahí que resulta fundamental la concepción del Estado, ya sea si pensamos en un Estado de Derecho limitado en sus poderes y cuyo centro de acción son todos los ciudadanos o bien en un Estado Autoritario o Totalitario en donde lo que se persigue es el castigo por el castigo mismo y la sanción tiene un carácter retributivo por el mal llevado a cabo por la comisión del delito. En un verdadero Estado de Derecho las políticas de persecución penal deben estar subordinadas a las políticas sociales y de prevención, porque la única justificación de una sanción penal es su función social.

5. Las respuestas punitivas y su relación con las políticas sociales

Los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño obligan a los Estados partes a una protección integral.

La protección integral implica no sólo derechos en la justicia administrativa o judicial (procesales y sustantivas) sino también los derechos sociales y económicos.

Existe una vinculación muy estrecha entre la política social y la concepción del Estado, particularmente en cuanto al desarrollo y grado de evolución de la democracia.

Tradicionalmente las políticas sociales en América Latina son desconocidas, no fue sino hasta la década de 1950, bajo la influencia del populismo distribucionista, que el Estado empezó a intervenir más fuertemente en el área de las políticas de bienestar público.

Las políticas sociales para la infancia son relativamente nuevas. Se caracterizan por formar parte de las políticas sociales básicas con un carácter institucional (como derechos constitucionales). Se refieren principalmente a los servicios en el campo de la salud y la educación, y en algunos casos al trabajo y la vivienda.

Estas políticas sociales básicas —que son en la mayoría de los casos meras aspiraciones o declaraciones exclusivamente de derechos— se caracterizan por ser institucionales (estatales, centralizadas, jerárquicas), es decir, de arriba hacia abajo. Se trata de una visión estática de la política social.

Las políticas sociales en una concepción moderna deberían de tener una visión dinámica. Deberían estar organizadas de abajo hacia arriba. Estructuradas no sólo para cumplir con las políticas sociales básicas, sino sobre todo focalizadas hacia la niñez como políticas de protección especial.

Para la vigencia de esta política social dinámica resultan como premisas básicas y fundamentales al menos tres condiciones indispensables: un **contexto democrático**, **posibilidades reales y plenas de participación** y una verdadera **autonomía local**.

Además, no debemos olvidar que las políticas sociales están inmersas actualmente dentro de una economía globalizada y con una interdependencia cada vez más acentuada en el orden económico internacional.

Por último, sólo me gustaría mencionar en relación a este aspecto, que la niñez es la más afectada por la falta de existencia o coherencia de las políticas sociales y que la democracia política no es posible sin una democracia social, y que un ciudadano sólo con derechos políticos y sin verdaderos derechos sociales es un ciudadano a medias.

Por esto, la respuesta al delito, como mencionaba al inicio, tiene que ser integral y los mayores esfuerzos deben de ponerse en la prevención y no en la represión, porque sigue siendo muy válida la expresión de que la mejor política criminal de un Estado es una buena política social.

6. Prevenir en lugar de Castigar

La prevención del delito debería ser la más importante respuesta del Estado democrático ante la creciente tendencia a solucionar los conflictos de manera violenta, con más represión y castigo. Esto significa, en gran medida, atender las causas reales que generan las situaciones

que llevan a la delincuencia. Además, se trata de reducir los factores de riesgo y utilizar los fondos públicos en soluciones que realmente sean efectivas. Es por esto que hacemos especial énfasis en este punto, planteando una serie de sugerencias de intervención para reducir la violencia en los adolescentes y, consecuentemente, el delito.

Estas sugerencias se dan en dos niveles distintos, a saber: un nivel Macrosocial y otro nivel Microsocial.

- Nivel macrosocial:

Se deben mencionar al respecto una serie de políticas que se consideran de carácter prioritario en materia de reducción de la violencia y consecuentemente del delito a este nivel. A saber, en un Estado democrático debe haber énfasis en:

- Priorizar la inversión pública en las áreas de salud, educación y en la promoción de los Derechos Humanos, con el fin de que se amplíe el acceso de los niños y adolescentes a estas áreas. Además, en el hecho de mantener un control más fuerte en el uso y portación de armas, así como el consumo del alcohol y una política de prevención a nivel de uso de drogas, que incluya tanto las autorizadas como las prohibidas.
- La creación de trabajo para todos, de forma tal que se garanticen condiciones de trabajo dignas, salarios justos y oportunidades de capacitación y desarrollo.
- Se plantea además la necesidad de una reestructuración social por medio de la promoción de valores que lleven a incentivar una coexistencia pacífica entre las personas, además de los sentimientos de tolerancia y respeto por las diferencias, así como mentalizar a las personas en la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos que se les presentan.
- Es importante inspirar en los padres de los adolescentes o jóvenes, independientemente de que estos hayan cometido un acto delictivo o no, la conciencia de la importancia del reforzamiento de conductas incompatibles y alternativas a la violencia.

- Nivel microsocial

- En primer término, debemos decir que la utilización inteligente del tiempo libre a través de actividades que lleven a la sana recreación es un valor de gran importancia en la formación de un menor.
- Creación de espacios físicos para adolescentes, especialmente en las ciudades en donde puedan interactuar, que les permita un desarrollo sano.
- No debemos olvidar que los menores de edad, siendo seres humanos en formación, necesitan fortalecer valores como el respeto a la ley y al sistema judicial.

- Además, los menores de edad deben actuar con conciencia crítica en todos los momentos de su vida, teniendo muy presente la importancia de ir reduciendo actitudes y sentimientos como el individualismo, la ignorancia, el consumismo.

7. Comentarios finales

Las soluciones a la violencia juvenil, y particularmente al delito juvenil, deben ser integrales a partir de una estructura social que favorezca las soluciones pacíficas a todos los conflictos. Casi doce años de justicia juvenil en Costa Rica y trece años en El Salvador bajo los postulados teóricos del modelo de responsabilidad nos han demostrado que la reacción ante el delito no debe analizarse sólo desde una perspectiva legal, sino interdisciplinaria, pues los diferentes conocimientos deben contribuir a su análisis para encontrar una efectiva solución. La violencia es una manifestación compleja, que requiere no sólo un abordaje integral sino una respuesta menos violenta que la que se quiere suprimir. Si las soluciones al delito juvenil se concentran en la represión, en lugar de reducirlo, muy probablemente aumentará. La ley, por más rigurosa que nos parezca, no produce un efecto disuasivo en los futuros infractores de la ley. Además, no debe olvidarse en ningún momento que la reacción debe ser dentro de los parámetros del Estado democrático, sometido a la ley, al servicio de los ciudadanos y juzgando a todos con las garantías sustantivas y procesales internacionalmente aceptadas, para reconocer a estos procesos como justos y transparentes.

Se debe favorecer todas las formas de desjudicialización y de diversificación de la reacción penal. El delito en la mayoría de los adolescentes es un acto episódico, por lo que el principio de intervención mínima, debe orientar toda la justicia juvenil.

Los adolescentes tienen derecho a la justicia, esto significa que se les deben respetar todas las garantías procesales internacionalmente admitidas, para considerar un juicio justo. Igualmente los principios del Derecho Penal resultan fundamentales: ***el principio de legalidad, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.***

Un sistema de justicia especializado para los adolescentes, además de significar el cumplimiento de mandatos internacionales, significa la mejor forma de garantizar y respetar los derechos de los adolescentes acusados de infringir la ley penal. Además, significa demostrar que frente al delito es posible una respuesta diferente a la tradicional justicia retributiva (pagar por el daño causado): una justicia más humana, más reparadora o restaurativa, que involucre a la víctima, al acusado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo. Promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva es indispensable para vivir en sociedad.

¿CÓMO ENTENDER LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES DENTRO DE LAS TRANSFORMACIONES HISTÓRICAS GLOBALES DEL CONTROL SOCIAL PUNITIVO?

ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE ACCIÓN

JULIO CORTÉS MORALES*

Resumen

El siguiente texto trata de analizar los cambios que implican la aprobación y entrada en aplicación de la Ley 20.084, desde el punto de vista de las transformaciones históricas que a largo plazo han experimentado en Chile las distintas formas de control social punitivo de la infancia y adolescencia. Estos cambios se refieren tanto a la manera en que se administra el sector del sistema penal aplicable a los adolescentes (dimensión operativa/instrumental) como a las representaciones sociales dominantes sobre la delincuencia y la adolescencia (dimensión discursiva/simbólica). Dentro de este análisis se incluyen algunas propuestas mínimas de discusión y acción que, más allá del indispensable momento crítico, apuntan a aprovechar el escenario actual para potenciar la aplicación de un genuino sistema de derecho penal juvenil, superando la tendencia a seguir aplicando a los adolescentes una versión actualizada del complejo tutelar/penal de adultos. En la segunda parte, la idea es salir del contexto nacional para tener una mirada más amplia desde una cierta distancia espacial y temporal, que nos ayude a entender cómo este proceso de cambios se inserta en el contexto de las transformaciones del control social en el sistema-mundo moderno. En la tercera parte se señalan algunas orientaciones para empezar a construir una “teoría crítica de la infancia” que nos suministre el mejor marco posible de análisis con vistas a la transformación positiva y emancipatoria de la realidad social.

■

Para comprender los cambios que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante, la “LRPA”) ha introducido en el ámbito del control social punitivo de la infancia y adolescencia en Chile, debemos partir por definir dicho segmento del control, identificar las distintas formas concretas en que se ha expresado históricamente, y situar esta última transformación dentro de dichas variaciones en el largo plazo.

* Abogado, Jefe de la Unidad Jurídica de Corporación Opción, profesor de Criminología en la Escuela de Derecho y de Derecho Internacional Público en la Escuela de Sociología de Universidad ARCIS. Correo electrónico: jrcortes@opcion.cl

Por control social, en sentido amplio, nos referimos a todos los mecanismos a través de los cuales un determinado orden social produce consenso y define y reprime el disenso. Es decir, se incluye aquí lo que tradicionalmente se ha denominado como *control social activo* (que se usa para producir un comportamiento) y el *reactivo* (que reprime la “desviación”) 1.

De acuerdo a De Giorgi, el control social se manifiesta también como “el proceso histórico de construcción de la relación entre poder y desviación”. En esta relación encontramos varios poderes complementarios: “Poder de definir las normas y de etiquetar a quien de ellas se desvía, poder de inducir a conformidad y de reprimir la disconformidad, poder de trazar la diferencia entre lo normal y lo patológico, poder de corregir castigando y de castigar corrigiendo” (De Giorgi, 2005, p. 38)².

Este control se efectúa hoy en día mediante un complejo proceso de definiciones y de aplicación concreta de las mismas, para cuya comprensión debemos ir más allá del análisis del aparato represivo del Estado, para incluir también los procesos de socialización, el sistema educativo, la “industria cultural” (Adorno/Horkheimer), los medios informativos, la psicología de masas, la hegemonía (Gramsci) y todo aquel grupo de fenómenos que Althusser llamaba Aparatos Ideológicos de Estado³. Por ello, además de la dimensión activa y la reactiva, un concepto amplio de control social debe incluir tanto a su segmento más formal o institucionalizado como a aquellas formas difusas o informales que operan de manera disimulada o invisible (en el sentido de que no son percibidas generalmente como ejercicio de control social): el llamado “control social difuso”⁴.

Dentro de ese amplio universo de formas sucesivas y/o simultáneas de control social que se manifiestan históricamente, al segmento que aplica el poder castigador/correctivo, la represión, lo llamamos “control social punitivo”. Pero incluso al hacer esta precisión, al agregar el apellido “punitivo” para delimitar ciertas zonas del control social, es conveniente

¹ Sobre esta distinción, ver Melossi (1992).

² Es fácil observar que, en cada uno de estos niveles, el poder es a la vez positivo y negativo, activo y reactivo, pues define y redefine constantemente un límite entre lo “normal” y lo “desviado”, lo que se puede y no se puede hacer, y al seleccionar ciertos sujetos y/o comportamientos para ser reprimidos, está validando activamente el ámbito de sujetos e interacciones que quedan fuera de dicha definición negativa. Mediante esta definición doble es que el poder afirma y preserva un determinado orden social.

³ En su clásico texto “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”, de 1970, Althusser distingue el “aparato represivo de Estado” de los “aparatos ideológicos de Estado” (AIE). Estos últimos son “cierto número de realidades que se presentan al observador inmediato bajo la forma de instituciones distintas y especializadas”, de las que señala una “lista empírica” que incluye AIE religiosos, AIE escolar, AIE familiar, AIE jurídico, AIE político, AIE sindical, AIE de información, AIE cultural. Mientras el aparato represivo del Estado es uno solo, y es “público”, existe una pluralidad de AIE, y la mayor parte de ellos proviene del dominio “privado” (lo cual no es paradójico, puesto que “el Estado, que es el Estado de la clase dominante, no es ni público ni privado; por el contrario, es la condición de toda distinción entre público y privado”). La diferencia esencial consiste en que “el aparato represivo de Estado ‘funciona mediante la violencia’, en tanto que los AIE *funcionan mediante la ideología*”. En otra parte de su escrito Althusser explica que: 1.- “la ideología representa la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia”, y 2.- “la ideología tiene una existencia material”. De todas formas, Althusser agrega que todo AIE puede aplicar también una cierta dosis disimulada de violencia en situaciones límite y que, por otra parte, el aparato represivo utiliza también la ideología, pero secundariamente, pues lo que lo caracteriza es el uso masivo y predominante de la violencia. Una observación que resulta de vital importancia para nuestro análisis se extrae de este referencia al “doble funcionamiento” (predominante y secundario) de los aparatos represivos e ideológicos, pues “permite comprender que se tejan constantemente sutiles combinaciones explícitas o tácitas entre la acción del aparato (represivo) de Estado y la de los aparatos ideológicos del Estado”. Para Althusser “la vida diaria ofrece innumerables ejemplos que habrá que estudiar en detalle para superar esta simple observación”. (Althusser, 2003, p. 125 y ss.).

⁴ En este sentido, en fuerte sintonía con lo señalado en la nota anterior, Zaffaroni nos dice que “por ejemplo, los medios de comunicación de masas inducen patrones de conducta sin que la población, en general, perciba esa como ‘control social’, y sí como formas de recreación. Cualquier institución social tiene una parte de control social que es inherente a su esencia, aunque también pueda ser instrumentalizada mucho más allá de lo que corresponde a esa esencia. El control social se ejerce, pues, a través de la familia, de la educación, la medicina, la religión, los partidos políticos, los medios masivos, la actividad artística, la investigación científica, etc.” (Zaffaroni/Pierangeli, 1999, p.61).

optar por un uso amplio del concepto y relacionarlo no sólo con el clásico aparato represivo estatal, sino que con las distintas formas materiales de castigo/corrección que se presentan ante nuestra observación, y que de acuerdo a Zaffaroni comprenderían también formas de control punitivo que complementan al sistema penal propiamente tal para configurar formas alternativas de sistema penal o subsistemas penales paralelos⁵.

Así, la ventaja del concepto de control social punitivo (inclusivo del control difuso y el formal, las formas activas y reactivas) es que, al apuntar a los elementos materiales de la punición o castigo, revela la existencia fáctica de diversas formas de penalidad a la que nuestras sociedades recurren, y nos permite dirigir la mirada mucho más allá del sistema penal abierta y formalmente legitimado como punitivo, hacia aquellos sistemas de control realmente punitivo pero formalmente no punitivo que se han creado como complemento del control penal más clásico.

Luego de estas aclaraciones conceptuales, cabe referirse a las formas sucesivas y/o simultáneas de control social punitivo aplicable a los niños y adolescentes en Chile —dentro de las que la LRPA es la expresión más nueva—. Si trazamos una línea de tiempo a través de los dos siglos de vida republicana, podemos constatar que se han aplicado los siguientes sistemas de control social punitivo de menores de edad:

1.- Derecho Penal de Adultos: el mismo derecho penal de los adultos se aplica a los menores de edad, cuando se considera que éstos han actuado con cierto nivel de discernimiento. Durante el siglo XIX, el artículo 10 del Código Penal define como “inimputables” a los menores de 10 años, mientras que la existencia declarada de discernimiento convierte a los mayores de 10 y menores de 16 en imputables de acuerdo al sistema penal de adultos⁶. La sanción a aplicar en caso de condena es siempre sustantivamente inferior a la del adulto⁷, razón por la cual en concreto esta forma de punición constituye un sistema de Derecho Penal de Adultos Atenuado. Esta responsabilidad penal atenuada beneficia en esa época también a los mayores de 16 y menores de 18 años.

2.- Poder Penal Doméstico⁸: El Estado reconoce y/o entrega al padre facultades directas de corrección y castigo de los hijos, así como la posibilidad que éste acuda a un juez para que se disponga el arresto de su hijo cuando lo anterior “no alcanzare”⁹.

⁵ En efecto, para Zaffaroni el “sistema penal” consiste en el “control social punitivo institucionalizado”, y cuando esa institucionalización reconoce abiertamente su carácter punitivo, entonces estamos frente al sistema penal propiamente tal (integrado por leyes penales, tribunales del crimen, policía, cárceles, etc.). Cuando lo que materialmente es punitivo se legitima acudiendo a otros discursos, por ejemplo con pretexto terapéutico (como en el caso del sistema de las internaciones psiquiátricas) o tutelar (como en el caso de las distintas formas tradicionales de control de la infancia que niegan formalmente su dimensión punitiva), estamos frente a sistemas penales “paralelos”.

⁶ En el Código Civil (1855) también se empleaba la figura del discernimiento, que declarado por el juez hacía responsable de su delito o cuasidelito al menor de 16 años.

⁷ En el Código Penal de 1874 esta rebaja era de uno, dos y hasta tres grados a partir del mínimo asignado por la ley para el delito en caso de que lo cometiera un adulto.

⁸ La expresión es de Jaime Couso (2003).

⁹ Ambos aspectos de este poder penal (el que se ejerce en el ámbito privado y el que consiste en acudir al Estado para solicitar un refuerzo punitivo) estaban consagrados en el artículo 233 del Código Civil de 1855: “El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella espedirá la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá estenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto” (citado por Couso, 2003, p.4).

Estas dos formas coexistentes y complementarias de control provienen de antes de la regulación legal propia que la República se da en la segunda mitad del siglo XIX (y en general están basadas en las codificaciones que se estaban produciendo en el Derecho europeo de la época), pero quedan consagradas legalmente en su forma moderna en el Código Civil de 1855 y el Código Penal de 1874. Mientras la primera consiste en el contacto directo entre la infancia y el aparato represivo del Estado (el “sistema penal propiamente tal”), la segunda es más híbrida y difícil de clasificar: está en principio entregada al ámbito privado, pero se autoriza el desplazamiento hacia el castigo estatal directo, sin desconocer que quien decide la aplicación del castigo sigue siendo en principio el padre, configurando así una zona difusa en los límites del sistema penal y el Aparato Ideológico de Estado familiar (uno de los principales Aparatos Ideológicos de Estado que Althusser menciona dentro de su amplio listado empírico, cuyo mini-aparato represivo propio es reconocido y validado directamente por nuestras leyes).

3.- Derecho Tutelar de Menores: Se trata de la expresión local del movimiento de los “salvadores del niño”, que comienza en Estados Unidos a fines del siglo XIX y que —bajo un discurso que daba primacía a las buenas intenciones humanitarias de protección de los “menores”— logra en las primeras décadas del siglo XX concretar legal e institucionalmente el recetario de la criminología positivista, que buscaba dotar al sistema de control social de alternativas más “modernas” y “científicas” que el derecho penal clásico¹⁰. Junto con el sistema de las internaciones psiquiátricas, el Derecho Tutelar de Menores es uno de los sistemas penales paralelos por excelencia: la naturaleza penal de este sistema es negada formalmente y su funcionamiento represivo queda oculto bajo los velos ideológicos que le suministra una retórica legitimadora de corte “proteccional”: en definitiva, lo que el poeta y niño-delincuente Jean Genet denominó muy sarcásticamente como “la crueldad en pantuflas”.

Decíamos que este mapa tiene un aspecto diacrónico, que nos permite entender en una línea de tiempo las distintas formas de control e ideologías legitimadoras del control que surgen en cada momento como necesidades en la preservación del orden social. Pero al menos en nuestro país, podemos detectar en esta evolución que ha existido y subsiste una fuerte tendencia a la integración de todas las formas punitivas que surgen una tras otra pero que, en vez de ser desplazadas por las formas nuevas, se van estructurando como mecanismos

¹⁰ El “positivismo” en general constituyó una fuerte reacción o respuesta ideológica al potencial crítico y negativo de la filosofía hegeliana en el siglo XIX, sobre todo en la reformulación profunda a que la sometieron Marx, Engels y otros hegelianos de izquierda. En el pensamiento penal y criminológico, la escuela positiva italiana (Lombroso, Ferri y Garófalo) criticó a fines del siglo XIX el carácter “metafísico” del Derecho Penal moderno, y pretendió pasar a la fase “científica” de la disciplina, de acuerdo al modelo metodológico de las ciencias naturales. Así, los criminólogos positivistas se dedicaron a estudiar directamente a los sujetos criminalizados en cárceles, y se explicaron su actividad delictiva como una propensión biológica involuntaria, propia de todos los miembros de las “clases peligrosas”. Como complemento al Derecho Penal clásico (criticado por su lentitud, carácter reactivo y limitaciones garantistas) estimulaban la creación de “sustitutivos penales” —más ágiles y extendidos en todo el cuerpo social—, y promovieron el reemplazo de las categorías legales por la clasificación de los distintos tipos de criminales y sus niveles de peligrosidad, y el reemplazo de la pena (determinada) por el tratamiento (indeterminado). Estas ideas impregnaban la Exposición de motivos del Proyecto de ley de protección de menores presentado por el Ejecutivo el 4 de agosto de 1927: “*El delito en el niño, mirándose como un sistema o consecuencia de su estado moral, no es castigado. Debe aplicarsele un tratamiento médico y pedagógico, tratando de transformarlo en un elemento útil, y a la vez defender a la sociedad de él, conforme a su grado de temibilidad*” (citado por Fuchslocher, 1983, p.154).

complementarios y simultáneos. Así, en un plano sincrónico estas distintas formas de control tienden a conformar un entramado complejo, donde cada una se encarga de administrar distintos aspectos de lo que se va definiendo sucesivamente como desviación, irregularidad, patología y/o delincuencia de los menores de edad.

Esto es lo que ocurrió en 1928 con nuestra primera Ley de Menores (No. 4.447), pues en vez de derogar el sistema anterior, se mantuvo tanto el Derecho Penal de Adultos —Atenuado— como el Poder Penal Doméstico¹¹, incorporando esta tercera forma de control (Derecho Tutelar de Menores), y modificando las franjas de aplicación del discernimiento —institución que a partir de este momento pasa a funcionar como el mecanismo de selección en virtud del cual se elige a algunos niños de entre los mayores de 16 y menores de 20 para ser enviados al sistema penal de adultos—. Los menores de 16, así como los declarados sin discernimiento, pasaron a partir de ese momento a ser sometidos a la nueva forma de control que representaba el Derecho Tutelar de Menores. Luego de tres décadas de aplicación de este sistema, las franjas de edad se modificaron de nuevo, mediante la Ley 11.183 de 1953, y a partir de ahí el discernimiento pasó a aplicarse a los mayores de 16 y menores de 18¹².

4.- Derecho Penal Juvenil: Luego de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”) por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 —que fuera ratificada por el Estado de Chile en 1990—, en el medio latinoamericano comenzó a abogarse por un sistema de “justicia de menores” o “justicia juvenil” basado en dicho tratado, el que en nuestro mapa histórico del control constituye la cuarta forma de control social punitivo de la infancia, y que, a contrario de la tendencia a la acumulación de las formas punitivas nuevas y antiguas, está llamado a derogar las formas previas señaladas en los puntos 1 a 3.

La LRPA pretendía ser el inicio de esta nueva fase histórica, aplicando este Derecho Penal Juvenil como una forma de control que, a diferencia del Derecho Tutelar de Menores,

¹¹ Couso en su informe señala que el Poder Penal Doméstico fue derogado en 1928 (Op. Cit., p. 4), pero al parecer se refiere tan sólo a la posibilidad contemplada en el antiguo artículo 233 del Código Civil de que el padre pueda “imponer la pena de detención” (lo que a nuestro juicio constituye solamente uno de los aspectos del Poder Penal Doméstico). En tanto reconocimiento de la facultad de aplicación física de castigos por el padre este poder subsistió, al punto que a fines del siglo XX todavía se podían dar casos como el que relata esta sentencia: “*Incurrir en delito preterintencional el padre (natural) que, a pretexto de corregir a su hijo, le causa lesiones que concluyen por provocar la muerte de la víctima. No es posible hacer responsable del fatal resultado al reo como autor de parricidio, por cuanto no aparece que su obrar hubiera estado impulsado por el propósito de causar la muerte de su hijo, sino de corregirlo conforme a la facultad que le conceden los artículos 233 y 234 del Código Civil*” (sentencia de la Corte de Apelaciones de PAC, 12 de Julio de 1984, citada en Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.142). Por otra parte, la posibilidad de que el padre acuda al Estado solicitando la internación del hijo no desapareció en 1928, sino que más bien fue reconfigurada. Así, la modificación del artículo 233 del Código Civil efectuada en 1928 contempla que el padre “cuando lo estimare necesario, podrá recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime más conveniente, el que no podrá exceder el plazo que le falte para cumplir veinte años edad. Las resoluciones del Juez de Menores no podrán ser modificadas por la sola voluntad del padre”. En la Ley de menores de 1967 (N° 16.618), aún vigente pese a numerosas modificaciones, dicha figura aparecía incluida entre las competencias de los Jueces de Menores: “Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso 2° del artículo 233 del Código Civil” (artículo 26 N° 7). El artículo 26, incluyendo el N° 7, fue derogado el 2004 por la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia. Entre las materias que a estos nuevos tribunales les corresponde conocer y resolver, el artículo 8 N° 7 se refiere a “la vida futura del niño, niña o adolescente, en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil”.

¹² Lo cual constituye una verdadera rebaja de la edad de imputabilidad penal. En su detallada revisión sobre la evolución de la consideración jurídica de la infancia en Chile, Cillero refiere que “esta ley fue el resultado en opinión de Labatut de un aumento de la ‘delincuencia juvenil’ y de los malos resultados del sistema de readaptación social. Se pretendió entonces con ella, aumentar el peso de la intimidación penal estableciendo como plenamente responsables y sin atenuante alguna a los mayores de dieciocho años” (Cillero, 1994, p.106).

reconoce la naturaleza “penal” del conflicto planteado por la comisión de infracciones por adolescentes así como de la respuesta estatal al mismo, pero que, a diferencia del Derecho Penal de Adultos, constituye un sistema penal específico, orientado por la CDN (principalmente sus artículos 37 y 40), con finalidades y formas de intervención muy diferentes a las del sistema penal de adultos.

No me extenderé aquí en explicar lo que a nivel de la doctrina se planteaban como las características centrales de este nuevo modelo. Al respecto en el continente se dijo y escribió mucho, y basta con remitir al efecto a la obra de autores como Emilio García Méndez y Mary Beloff en Argentina, Carlos Tiffer y Javier Llobet en Costa Rica, Carlos Gómez da Costa y Antonio Fernando Do Amaral e Silva en Brasil, y Miguel Cillero y Jaime Couso desde el medio nacional.

Para ratificar que normativamente la obligación de los Estados Partes en la CDN consistía en derogar el Derecho Tutelar de Menores y crear un sistema especial de Derecho Penal Juvenil basta con señalar el artículo 40 de la CDN, y como un instrumento complementario mucho más reciente, la Observación General No. 10 del Comité de Derechos del Niño¹³. En ambos instrumentos resulta muy claro que:

- las finalidades asignadas a los sistemas de justicia juvenil son “positivas” (promover la dignidad, el respeto por las libertades y derechos fundamentales de las personas, la reinserción y una función constructiva en la sociedad);
- la idea es usar al máximo los mecanismos alternativos que permitan interrumpir el circuito de la criminalización secundaria;
- dado que el Derecho Penal Juvenil es un sistema especial, la diferencia más importante consiste en que debe usarse un nivel mucho menor de violencia represiva en relación al del Derecho Penal Adolescente, sobre todo en lo referente al uso de diversas formas de privación de libertad, que debe restringirse sustantivamente para invertir la regla general, de manera que en el grueso de los casos se reaccione sólo con medidas ambulatorias;
- la obligación de los Estados no se agota en la creación de sistemas de justicia juvenil, sino que debe ir más allá y estructurar toda una política criminal para este segmento, con énfasis en lo preventivo, en la derivación a instancias externas al sistema penal y en el uso de estrategias que mediante una serie de políticas y medidas puedan incidir efectivamente en la reducción de la violencia social.

La comparación de los estándares emanados de estos cuerpos de origen supranacional con el contenido de la LRPA nos deja una gran interrogante. En efecto, el sistema creado por la LRPA es en cierta forma un sistema penal especial, pero a la vez reposa tan fuertemente sobre el sistema penal de adultos que no parece claro que efectivamente se trate de

¹³ CRC/C/GC/10: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc

Derecho Penal Juvenil, sino que existe la sospecha de que es más bien una nueva forma de remisión al Derecho Penal de Adultos, con algunas modificaciones que dicen relación con el procedimiento y sobre todo con los tipos de penas o sanciones, su forma de determinación, y los derechos y garantías de la fase de ejecución de las mismas.

Dejando de lado esas diferencias, el nuevo sistema aplicable a los adolescentes infractores está entregado a los mismos órganos de la justicia penal de adultos (jueces, fiscales, defensores y policías, que de acuerdo a la LRPA cumplen el requisito de especialización mediante capacitaciones en materias ligadas a esa ley), el catálogo infraccional se remite a las definiciones “adultas” de crímenes, simples delitos y faltas (unas cuantas faltas quedan en este sistema, cuando son cometidas por adolescentes de a lo menos 16 años; las demás no fueron despenalizadas, sino que quedan entregadas a la competencia sancionatoria de los tribunales de familia), las normas de procedimiento se remiten ampliamente al Código Procesal Penal, y el mecanismo de determinación de sanciones aplicables se basa fuertemente en el Código Penal.

A modo de síntesis algo ambivalente, podríamos decir que la LRPA crea un sistema especial pero no autónomo de Derecho Penal aplicable a adolescentes, diseñado casi con calco sobre el modelo del sistema aplicable a los adultos¹⁴. De esta forma, tanto en su texto como en su espíritu se da una tensión entre las formas 1 y 4 de nuestro mapa (Derecho Penal de Adultos y Derecho Penal Juvenil), que no se resolverá ahora ni discursivamente, sino que a mediano plazo y en la práctica.

Siendo más precisos, hay que señalar que en la aplicación práctica de este nuevo sistema la tensión se da no sólo entre esas dos formas de derecho penal —y por ende, entre dos formas de “sistema penal propiamente tal” (o “control social institucionalizado formalmente como punitivo”)—, sino que se presentan también resabios o subsistencias tutelares que, lejos de quedar absolutamente desplazadas, presionan por redefinirse tras esta nueva gran reconfiguración del sistema de control social punitivo aplicable a los niños, y tienden a ser utilizadas de dos maneras principales en este nuevo contexto:

- como criterio de diferenciación práctica con el sistema adulto,
- y, al mismo tiempo, como sustento de una operatoria que permite concentrar selectivamente el sistema en ciertos sujetos y no en otros.

En el primer sentido, pareciera que la tendencia dominante consiste en aplicar automáticamente el sistema legalmente definido, importando el grueso de los criterios y figuras desde el Derecho Penal de Adultos, pero sometiéndolos luego a un pequeño ajuste en

¹⁴ Confirmando este diagnóstico, la Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse a poco tiempo de la entrada en aplicación del nuevo sistema en el siguiente sentido: “A mayor abundamiento, no puede olvidarse que la Ley N° 20.084, no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir” (Segunda sala de la Corte Suprema, sentencia de 21 de agosto de 2007, Rol N° 3498-07. El subrayado es nuestro).

virtud del cual se tiene en cuenta que están siendo aplicados a “menores de edad”, que de tener alguna necesidad “especial” tendrían por sobre todo la necesidad de ser “tutelados” de alguna forma. Un ejemplo muy claro de esto se vive actualmente en la realidad del contacto inicial con el sistema penal, mediante la detención policial: pese a que legalmente ya no tiene sustento alguno la práctica de exigir la presencia de los padres para que los imputados por delitos leves¹⁵ sean puestos en libertad desde un recinto policial¹⁶, en la práctica de la contención represiva de la protesta estudiantil se ha seguido utilizando la práctica de la entrega a los padres, que redundará en mayores tiempos de detención que los que sufren habitualmente los adultos por ese mismo tipo de conductas. Mediante este mecanismo, la autonomía de que gozan en principio las personas desde los 14 años de edad desde la LRPA se relativiza o restringe a efectos prácticos recurriendo a argumentos típicos del modelo tutelar y de la antigua doctrina del “menor en situación irregular”: el adolescente es casi adulto a efectos de ser detenido, pero vuelve a ser tratado como un niño incapaz a la hora de ser puesto en libertad.

Complementando ese primer sentido, lo tutelar vuelve a reflotar dentro del nuevo sistema cuando se trata de usar criterios que permitan seleccionar la clientela sobre la cual se van a concentrar las formas más intensas de intervención. El ejemplo más claro de esta tendencia se encuentra expresado por escrito en el Instructivo N° 8 del Ministerio Público sobre la LRPA¹⁷, que entrega a los fiscales orientaciones para la determinación de penas de adolescentes. Allí se mencionan, dentro de los criterios a utilizar, la atención a circunstancias tales como la “vida de calle”¹⁸, la “situación educacional”¹⁹, estructura familiar²⁰, e incluso la “actitud ante la autoridad”²¹: por lo visto, la vieja escisión entre “niños” y “menores” sigue reproduciéndose, ahora al interior del nuevo sistema.

El peso de la historia y las tendencias que a la largo del tiempo ha ido mostrando el sistema de control social punitivo de la infancia ha puesto por ahora en primer plano la segunda tensión que acabamos de describir: aplicación de un híbrido penal de adultos/tutelar en que el

¹⁵ Los casos en que de acuerdo al artículo 124 del CPP sólo procede la citación.

¹⁶ Dicha práctica se fundaba en el antiguo texto del artículo 16 de la Ley 16.618, que ya había sido modificada en ese punto por el artículo 37 de la Ley 19.806, en el año 2002. Posteriormente, el artículo 63 letra a) de la Ley 20.084 derogó definitivamente el artículo 16 de la Ley de Menores.

¹⁷ Oficio del Fiscal Nacional N° 594, de 2 de mayo de 2007.

¹⁸ “Los informes que den cuenta de que el adolescente condenado por delitos que merecen internación en régimen cerrado, semi-cerrado o libertad asistida en cualquiera de sus formas, invierte parte importante de su tiempo de permanencia en la calle desarrollando actividades asociadas al abuso de drogas, riñas, comercio sexual u otras circunstancias similares, pueden constituir indicios de mayores niveles de dificultad para el éxito de una pena no privativa de libertad” (Oficio N° 594, p. 7).

¹⁹ “La deserción del sistema escolar suele ser uno de los primeros síntomas de quiebre con la comunidad como institución. Múltiples estudios han señalado que la actividad delictual juvenil correlaciona positivamente con la deserción escolar. De este modo, siempre será conveniente mantener al adolescente inserto en el sistema escolar, de modo que si el joven condenado concurre al sistema educativo formal, el fiscal procurará promover sanciones que no alteren esta pertenencia” (ídem).

²⁰ “... si el informe revela que el adolescente cuenta con una configuración familiar estable, que usa un estilo participativo de comunicación, pautas de crianza explícitas y la presencia de adultos responsables, puede considerarse que existen mayores probabilidades de obtener exitosamente los objetivos socioeducativos de una sanción no privativa de libertad” (p.5).

²¹ “Por último, cabe hacer mención específica sobre la actitud que se observe en el adolescente infractor frente a la autoridad durante la entrevista. Ello debiera importar información relevante para el fiscal en cuanto a considerar o descartar sanciones de libertad asistida, dado que el trabajo que desempeña el delegado de la pena de libertad asistida es tanto más útil y eficaz cuanto mayor es la receptividad del adolescente destinatario de la intervención penal” (p.8).

primer elemento sirve para justificar la necesidad de castigar, de “responsabilizar”, y lo tutelar suministra los criterios de selección de individuos criminalizables, detección de necesidades de rehabilitación, salida del sistema de casos menos necesitados de “protección”, etc. Por supuesto, esta no es la única alternativa posible: la LRPA mantiene todavía en su cuerpo una serie de principios y normas que efectivamente emanan de fases de su tramitación en que se afirmó con fuerza un modelo de genuino Derecho Penal Juvenil. Pero el Derecho Penal Juvenil es una idea nueva y bastante poco conocida en este escenario. Por eso es que, para poder hacer que este nuevo modelo desplace tanto al Derecho Penal de Adultos como a los resabios del sistema e ideología tutelar, se impone como una tarea consciente y articulada ir definiendo y potenciando un programa que apunte decididamente en dicho sentido. Esta labor, verdaderamente ardua y contra-hegemónica, requiere entre otras cosas de lecturas que integren estas normas nacionales con las de la CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes, y que tengan la capacidad operativa de ser aplicables por los distintos actores del sistema. De lo contrario, las tendencias que inercialmente se imponen seguirán reproduciendo la tendencia al híbrido penal/tutelar en todos los niveles y el país seguirá en deuda respecto a las obligaciones internacionales que ha suscrito en materia de derechos de niños y adolescentes.

Una muestra clara de estas tendencias y de la labor que se nos impone la encontramos si analizamos críticamente el uso mayoritario que se hace de los dos conceptos que discursivamente se han afirmado como centrales del nuevo sistema (responsabilización y reinserción social):

Las palabras que expresan los objetivos centrales perseguidos por el Estado con la LRPA son dos: “responsabilización” y “reinserción”. Cuando el Tribunal Constitucional resolvió sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de la “indicación Larrain” (que establece una especie de pena única en el tramo superior del artículo 23, pues en esos casos —es decir, cuando la regla de la “extensión” arroje una sanción de 5 años y 1 día hacia arriba- el juez ya no podrá optar por aplicar internación cerrada o semicerrada sino que deberá obligatoriamente imponer primero 2 años de internación en régimen cerrado), tuvo en cuenta que tanto la Ley 20.084 como el proyecto modificatorio enviado por el Gobierno y esta indicación surgida al tramitar dicho proyecto tenían todas el mismo objeto: responsabilizar y reinsertar a los adolescentes. Así, en el considerando 13º del fallo se señala que la indicación impugnada “tendió a concederle al juez la sola posibilidad de imponer al adolescente (...) la pena de internación en régimen cerrado (...) al menos durante los dos primeros años”, y que esto “apunta a permitirle evaluar si, realmente, se han cumplido los fines de responsabilización y reinserción social antes de decidir su sustitución por el régimen (...) semicerrado”. En el considerando 28º se dice que “la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir”, y que esta legislación “sin duda” ha tenido en cuenta el artículo 37 letra b) de la CDN, que “no prohíbe la privación de libertad de adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que

sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve que proceda, a juicio del mismo legislador”.

...

En nuestro contexto, la “responsabilización” ha sido entendida sencillamente como una especie de retribución, es decir, como la necesidad de que el adolescente “responda” por la infracción cometida (a diferencia de la “impunidad” atribuida a la respuesta tutelar). Pero dado que se trata de adolescentes, para que dicha responsabilización tenga en cuenta el que no son adultos sino personas en formación, se le agrega la noción de la “reinserción”, entendida muy vagamente como la necesidad de que se trabajen ciertos problemas adicionales del adolescente, generalmente por considerarse que los “adolescentes infractores” suelen ser sujetos desequilibrados, pobres, con serios problemas de adaptación y todo un historial de carencias y vulneraciones que, curiosamente, podrían ser tratadas o sanadas mediante la acción del sistema penal.

Para empezar a revertir dichas interpretaciones hegemónicas, debería señalarse que la “responsabilización” puede también ser entendida en sentido inverso, refiriéndola al examen de lo que la sociedad y el Estado han efectivamente garantizado a los niños y adolescentes en cuanto a derechos y dignidad humana básica, como para poder reprocharlos penalmente exigiéndoles un comportamiento acorde a la Ley. Esta reconceptualización plantea dos temas muy relevantes: el primero es que debe señalarse con claridad que el Estado al crear esta Ley no cumplió cabalmente sus compromisos internacionales en materia de infancia, y ni siquiera ha cumplido con las reformas a la legislación, políticas e institucionalidad de infancia anunciadas en el 2001 como un plan para toda la década. De tal manera, toda la pretensión de responsabilizar penalmente a los adolescentes está viciada desde el inicio por esta “irresponsabilidad” estatal. En segundo lugar, la configuración de una forma de sistema penal que no se ajusta a los estándares internacionales de justicia juvenil, y que aplica a los adolescentes casi el mismo sistema penal que a los adultos, pone en el orden del día la revisión de los niveles de autonomía que se les reconoce a otros efectos (la edad para votar y ser elegidos, la edad para poder tomar decisiones sobre el uso del propio cuerpo, la edad para decidir trabajar, etc.).

Sobre la (re)inserción social se ha discutido bastante a lo largo del siglo XX. Aquí el principal problema a enfrentar es que mayoritariamente el concepto ha servido para justificar que el sistema penal se concentre siempre en los sujetos más marginales, con el pretexto de que la pena es además un tratamiento. Así, la retórica rehabilitadora es funcional a que el sistema penal asuma un claro sesgo de clase, dejando de intervenir sobre sujetos en los que no se percibe esta necesidad de tratamiento. Por otra parte, y he aquí lo complejo del asunto, si se abandona totalmente la idea de (re)inserción, lo más probable es que se tienda a asimilar totalmente el sistema penal adolescente con el sistema penal de adultos. De esta forma, resulta necesario plantear adecuadamente el problema, atacando los estereotipos que vinculan exclusivamente la delincuencia con la pobreza y/o la enfermedad, además de

definir bien cuáles son los posibles elementos “positivos” de la intervención con adolescentes desde el sistema penal, y construirlos desde la perspectiva del derecho al tratamiento y no como una obligación adicional a la pena (Cortés, 2008, p.138/139).

Como se ve, es necesario trabajar intensivamente sobre estos conceptos centrales. Lo interesante sería realizar: una revisión de la literatura criminológica/penal sobre ambos temas; una identificación de las formas en que se entienden y aplican ambos conceptos en los distintos segmentos del sistema de RPA, y también externamente (medios de comunicación, lenguaje común, legisladores, etc.). Luego de eso, habría que diseñar versiones alternativas al uso mayoritario, pasando del plano teórico al operativo, para dotar a ambos conceptos de un contenido que permita construir e implementar un sistema de Derecho Penal Juvenil que se ajuste efectivamente al nuevo modelo, dejando atrás las formas previas de control social punitivo de la infancia/adolescencia²².

Hasta aquí nos estamos refiriendo a la dimensión instrumental/operativa de la LRPA, es decir, todo el plano que dice relación con “las finalidades materiales que se pueden atribuir a un sistema punitivo en un contexto histórico y socialmente definido” o, dicho de otra forma, “aquellos objetivos cuya persecución predefine los criterios de organización y de gestión de las estructuras y de las instituciones del control social” (De Giorgi, 2005, p.136). Dentro de este aspecto, y antes de pasar a referirnos al segundo nivel anunciado arriba, propongo una especie de “programa mínimo” que, al igual que la discusión conceptual recién señalada, tiende a concretar efectivamente el paso de los modelos 1 y 3 (Derecho Penal de Adultos —Atenuado— y Derecho Tutelar de Menores) al 4 (Derecho Penal Juvenil). Como se trata de un programa mínimo, en el corto y mediano plazo no está contemplado sugerir reformas legislativas al sistema de RPA, sino más bien actuar sobre aspectos operativos de la aplicación del sistema tal cual está diseñado. Sin embargo, esto no obsta a que se desarrolle y difunda una crítica general que apunte precisamente a señalar los aspectos en que el sistema creado se aparta del “deber-ser” normativo que emana tanto de la CDN como de los principios asociados a un auténtico Derecho Penal Juvenil, y que pudiera llevar a proponer en el largo plazo modificaciones legales importantes.

Estos aspectos internos al sistema son principalmente los siguientes:

- Necesidad de construir instrumentos que permitan medir el nivel represivo del nuevo sistema, y compararlo con la fase anterior.
- Contención de la violencia punitiva estatal a través de la reducción del uso (hasta ahora excesivo) de la Internación Provisoria²³.

²² Me refiero aquí a las dos formas más abiertamente “penales” (estatales) de control social punitivo. Por su parte, el Poder Penal Doméstico (que ha subsistido a una reforma de 1989, donde se le concedió democráticamente dicha facultad de castigo moderado a ambos “padres”, y a otro de 1998, donde se eliminó la palabra “castigo” pero se mantuvo el poder de corrección) está en vías de ser de nuevo reformulado, mediante una reforma al artículo 234 del Código Civil que, a sugerencia del último informe sobre Chile del Comité de Derechos del Niño, hace al fin explícita la prohibición del castigo (físico y psicológico).

²³ De acuerdo a cifras oficiales (SENAME/Ministerio de Justicia) dadas a conocer en junio del 2008, a un año de aplicación de la LRPA había 1188 adolescentes privados de libertad en centros de internación cerrada. Sólo 254 de ellos estaban ahí cumpliendo condena, mientras los restantes 934 se encontraban en Internación provisoria.

- Contención de la violencia punitiva estatal a través de la construcción de criterios lo más garantistas (y no-discriminatorios) que sea posible para la determinación de sanciones.
- Identificar y criticar el uso de criterios típicamente “tutelares” en la aplicación de la LRPA.
- Identificar las causas de la subutilización de la sanción de internación en Régimen Semi-Cerrado, y potenciar la idea de que si en Derecho Penal Juvenil las medidas ambulatorias deben ser la regla general y la privación de libertad debe ser la excepción, entonces en el plano de las formas de privación de libertad la regla general debe ser la semicerrada y la cerrada debe ser efectivamente el último de los recursos.
- Condiciones de la privación de libertad (contrastarlas con CDN, Reglas de NU para la protección de menores privados de libertad, sentencias de la CIDH en casos Bulacio y Panchito López...²⁴).
- Defender la no aplicabilidad en el sistema de RPA de las medidas que componen la “agenda corta anti-delincuencia”, como la imposibilidad de seguir aplicando la Justicia Militar a los adolescentes.

En definitiva, se trata de trabajar por la construcción de un sistema de Derecho Penal Juvenil de acuerdo con las orientaciones de los instrumentos internacionales y en particular de la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño. Dentro de esta tarea, en el contexto del tema propuesto para la Cumbre Iberoamericana de este año en El Salvador (“Juventud y Desarrollo”) y dado que el 1° de marzo acaba de entrar en vigencia la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (que define como “jóvenes” a las personas de 15 a 24 años de edad), habría que pensar en la posibilidad de materializar una de las propuestas que hace el Comité en dicho documento, que consiste en la posibilidad de elevar el tope superior del sistema penal juvenil a una edad mayor que los 18 años²⁵.

Tal como se ha señalado en el documento de posición de Corporación Opción para esta XVIII Cumbre, creemos que “la vigencia simultánea de la CDN y la CIDJ podría servir para reforzar la protección jurídica e institucional del segmento ‘adolescente’ dentro del universo protegido por la CDN, y ensayar formas de continuidad en la protección de derechos para cuando ese grupo de personas cumpla 18 años y se salga de su ámbito de aplicación (que es lo que hoy está sucediendo con los niños y niñas nacidos en los años de aprobación y ratificación de la CDN: 1989 y 1990), para gozar de la especificidad de los derechos humanos que se le reconocen por 6 años más en tanto ‘jóvenes’”.

En el plano penal, entonces, proponemos que la edad superior de los sistemas de Derecho Penal Juvenil se fije a los 24 años. Sólo después de eso la persona pasaría a ser juzgada en el Derecho Penal de Adultos.

²⁴ Para un relato breve de los principales contenidos de las sentencias de la CIDH referentes a derechos del niño, remito a Cortés y Cortés (2007).

²⁵ El Comité “observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción” (2007, Párrafo 38).

Ahora, corresponde pasar al segundo nivel de análisis en las transformaciones del sistema punitivo que representa la LRPA, dimensión que hemos denominado discursiva/simbólica. Si en el nivel de análisis anterior nos preocupaba lo que podríamos denominar como la “infraestructura” del sistema punitivo (es decir, sus relaciones materiales, las prácticas punitivas concretas), en este otro nos centramos en “los universos políticos de discurso a través de los cuales determinadas prácticas punitivas son legitimadas mediante una representación que las sitúa como una superación positiva de otras prácticas, a fin de producir un consenso social frente a las mismas” (De Giorgi, 2005, p. 137). Se trataría entonces del nivel “superestructural” que hace posible tanto el funcionamiento general de los sistemas de control social, como la legitimación de las transformaciones de un sistema punitivo a otro.

Si nos quedamos con la definición de De Giorgi, esta idea de un progreso lineal civilizatorio del sistema penal, de una “superación positiva de otras prácticas”, y la trasladamos a nuestro objeto de análisis, podríamos identificar que en la dimensión superestructural de esta reforma, la legitimación de la LRPA se asocia a la idea de que estaría superando el Derecho Tutelar de Menores, y el “paradigma tutelar” previo a la CDN. En efecto, tanto en el Mensaje presidencial del proyecto de ley como en las sucesivas fases de discusión, la idea de que en cualquier caso la reforma sería positiva pues lo “nuevo” venía a superar a lo “viejo” jugó un rol central. Dicha convicción permitió soportar el creciente proceso de endurecimiento y pérdida de especialidad del sistema que se estaba creando, que pese a ello salía siempre airoso en una comparación formal con el modelo penal/tutelar basado en la Ley de Menores y el Código Penal.

Pero esta convicción progresista lineal coexistía con el segundo argumento central para la legitimación del cambio de modelo, también presente en el Mensaje presidencial, y que nos hablaba ya no de una inadecuación de nuestro derecho interno en relación a la CDN, sino de la necesidad de dar señales claras de superación de la “impunidad” que se asociaba a dicho modelo: pese a que existían argumentos para calificar al Derecho Tutelar de Menores como un sistema penal encubierto, en el discurso público prevaleció siempre la idea de que sólo había reacción penal contra los adolescentes declarados con discernimiento y condenados en el Derecho Penal de Adultos.

Desde ambos frentes argumentales, que en la práctica eran complementarios, se fue construyendo tanto la deslegitimación del modelo previo como la legitimación de la transformación representada por la LRPA. Así, ocurrió precisamente lo que nos enseña De Giorgi: “cuando las contradicciones internas de un ‘modo de controlar’ se profundizan hasta hacerse explosivas, sobreviene una superación: nuevas estrategias, nuevas técnicas, nuevas prácticas toman forma sobre las cenizas de las antiguas”, pues “como el capital, también el control se desenvuelve históricamente según fases y ciclos. Y sigue la lógica de la superación de la contradicción” (De Giorgi, 2005, p. 37/38).

Lo interesante en este análisis es que esta fe en el progreso lineal de los sistemas penales se revela como una verdadera coartada ideológica: en nuestro caso, como ya hemos señalado, el segundo argumento (parar la “impunidad” adolescente) pasó a ser preponderante sobre el primero (adecuar el ordenamiento jurídico interno a la CDN), y el instrumento penal que ha surgido luego de junio del 2008 ya no tiene mucho que ver con el originalmente contemplado y justificado “desde los derechos”: es formalmente un Derecho Penal Juvenil, pero en continuidad y tremenda semejanza con la vía previa consistente en la aplicación a los adolescentes declarados con discernimiento de Derecho Penal de Adultos -Atenuado²⁶; se basa discursivamente en la CDN, pero a la vez se aparta de ella en varios puntos fundamentales (cuestión que ya había sido señalada por el Comité de Derechos del Niño en febrero del 2007²⁷); dice que la privación de libertad es una medida de último recurso, pero la detención puede durar lo mismo que la detención de adultos, la internación provisoria procede en casos que finalmente no ameritan la aplicación de sanciones privativas de libertad, y éstas últimas pueden llegar a durar 5 años (para personas de 14 y 15) y 10 años (si se trata de adolescentes de 16 y 17 años), con un mínimo de 2 años de régimen cerrado en ciertos casos (innovación de última hora propuesta por el Senador Larraín).

Tal vez la señal más clara de disociación entre el fundamento “garantista” y de “derechos humanos de la infancia” y lo que se percibía como finalidad real del nuevo sistema se expresa en el hecho de que casi unánimemente los medios informativos y la opinión pública se han referido siempre a esta ley como la “rebaja de la edad penal”, sin que la idea del Derecho Penal Juvenil como una alternativa distinta a la penalización abierta y dura del Derecho Penal de Adultos y a la penalización encubierta del Derecho Tutelar de Menores llegara nunca a tener un lugar real en el debate y las representaciones sociales.

Así, el predominio casi absoluto de las ideologías que fundamentan un endurecimiento del sistema punitivo (tolerancia cero, derecho penal del enemigo, la adolescencia

²⁶ Con una importante salvedad: existen fallos que fueron dictados luego de que la LRPA ya había sido promulgada y publicada, que tuvieron que compararla detalladamente con el régimen previo a efectos de determinar cuál ley era más favorable -y por ende aplicable- en casos concretos, y en algunos de esos casos parecía que la opción del Derecho Penal de Adultos Atenuado aplicable a los adolescentes declarados con discernimiento era más benévola que el nuevo sistema. Como ejemplo, se puede citar el siguiente considerando:

8º Que, ahora, aplicado al caso concreto, con la legislación vigente, al imputado le correspondería una pena de 541 días a tres años de presidio menor en su grado medio, en cuyo caso cumple con los requisitos para concederle la remisión condicional de la pena, que consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo (art. 3, ley nº 20.084) debiendo cumplir las obligaciones indicadas en su artículo de la citada ley y Reglamento, quedando sujeto a cumplir residencia en un lugar determinado, sujeción al control administrativo y asistencia a la Sección de Tratamiento del Medio Libre de Gendarmería de Chile, ejercer una profesión u oficio en caso que carezca de medios conocidos y honestos de subsistencia y no sea estudiante y satisfacer las indemnizaciones civiles, costas y multas, salvo eximisión (sic). En cambio, con la nueva legislación, que le aplicó una sanción de tres años de libertad asistida, la que consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social. El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos, los que deberán ser propuestos al tribunal (art. 13 ley nº 20.084). De lo anterior cabe concluir que también es más benéfica al menor la normativa vigente, porque, con la medida alternativa no cumple la pena, se le suspende, de manera que dicha condena no se toma en cuenta para la reincidencia específica. Asimismo, las obligaciones impuestas para gozar de la remisión condicional son menores que las indicadas en la nueva legislación, que lo hace cumplir con los programas socioeducativos que considera la libertad asistida, bajo sanción de sustituírsela por una de mayor gravedad”. (Corte de Apelaciones de Concepción, fallo del 27 de marzo de 2006, rol recurso 88/2006, resolución 9660)

²⁷ CRC/C/CHL/CO/3 <http://daccess-ods.un.org/TMP/1745188.html>

como un grupo de riesgo, etc.) tiene la capacidad de subsumir cualquier otro enfoque más “moderado” o “garantista”, con lo cual las alternativas se reducen y se entra a una fase que autores como Pilotti y García Méndez, entre otros, han calificado como “regresiva”²⁸, que usa a su favor una retórica de derechos mediante la cual fortalece distintos flancos de legitimación.

Esta “mezcla” de argumentos no es un accidente puntual. En el sistema actual de representaciones sobre lo que es la infancia, la adolescencia juega un papel crucial, puesto que a partir de cierta edad se produce una inversión dentro de los enfoques de derechos que han llegado a ser dominantes luego de la CDN, en que la visión más compasiva sobre los problemas de la niñez cede paso a los clamores por aumentar los niveles de control social en general sobre los sujetos que ya se perciben como más grandes (por ende, menos necesitados de “protección”), más autónomos (y que por lo tanto ya no pueden ser vistos ni tratados como “inimputables”) y peligrosos (con lo que se activa todo el tradicional sistema de creencias que dan base a la alarma social y a la necesidad de criminalización de los sectores que generan dicha alarma).

Bustelo (2007) ha analizado muy críticamente este fenómeno, cuando se refiere a los dos enfoques de infancia predominantes en nuestro medio, el de la “compasión” y el de la “inversión”. El primero es el más tradicional, y constituye la versión actualizada del viejo enfoque “filantrópico”: se construye a los niños como “seres indefensos e inocentes que son objetivados a través de la práctica compasiva”, y los medios de comunicación se encargan de mostrar “situaciones y casos límite de abuso, trata y explotación”, a la vez que promueven “situaciones de ayuda social ‘meritoria’ y personas supuestamente ejemplares con avisos y campañas publicitarias” (Bustelo, 2007, p. 39). Se apela preferentemente a la imagen del niño pobre, pero “lo fascinante es cómo se evade el problema de la redistribución de los ingresos y la riqueza”, pues “se plantea ingenuamente que lo que les sobra a unos es exactamente lo que necesitan otros y que, por lo tanto, sería sólo suficiente poner en contacto al donante y al necesitado” (Bustelo, 2007, p. 39).

El segundo enfoque —que no es antagónico del primero, sino que más bien lo complementa— es “el de la infancia y la adolescencia como inversión económica que produce una determinada rentabilidad”. La idea misma de “inversión” se explica para Bustelo como una “colonización conceptual del lenguaje expansivo de la economía profusamente propagado por los bancos internacionales”. Se trata de “la lógica del capital, que ahora se hace ‘humana’”. Tanto la educación de los niños como los derechos se ven desplazados, o más bien, subsumidos por la lógica de la rentabilidad, y así se justifica “invertir” en la infancia sólo si es que ello redunde en una conveniente tasa de retorno (Bustelo, 2007, p. 45).

²⁸ “La transformación del aspecto procesal de la administración de justicia juvenil sin la debida reconversión del componente rehabilitador, no es más que la dotación de mayor eficiencia represiva para el sistema a través del cual la sociedad ejerce control social sobre el segmento más joven de las ‘clases peligrosas’” (Pilotti, 2001, p.78). Por su parte, García Méndez considera que luego de las leyes de emergencia para enfrentar fenómenos como las “maras” y el “pandillaje pernicioso”, se ha entrado en una fase de “involución represiva discrecional” en la región (García, 2004, p.18 y ss.).

De acuerdo a Bustelo, ambos enfoques se agotan o revierten cuando los niños pasan a ser adolescentes y cometen delitos. En el primer caso, se convierte “la compasión en feroz represión”, se devela el poder despótico que está tras este discurso, “pues el ‘niño-amenaza’ debe ser sometido y, a estos efectos, considerado adulto”. El niño pasa “de ‘protegido’... a ser responsable”, y se materializa a su respecto “el derecho a ser penalizado” (Ídem, p.44). En el enfoque de la inversión, ante la presencia de este mismo problema “los niños se salen del guión y, entonces, el enfoque los convierte en ‘costos’”. Por ello en dicha visión se articula la inversión y la seguridad de manera que “la supuesta inversión educativa significaría, en realidad, el pago por la seguridad de no ser agredidos por los niños y adolescentes en un futuro próximo” (Ídem, p. 47).

Dejo de lado por ahora el análisis de estos aspectos simbólicos. Para cerrar esta primera parte, procedo a señalar aquí algunos aspectos más bien “externos” del programa mínimo que propongo abordar en lo relativo a las consecuencias y tareas que nos plantea la vigencia de la LRPA.

Este nivel externo viene dado por todo aquello que la defectuosa o ambigua configuración del sistema de RPA deja planteado como exigencias de coherencia en cuanto al reconocimiento de mayores niveles de autonomía de los adolescentes en los demás aspectos de la vida individual y social.

A grandes rasgos, se trata de examinar los desajustes e incoherencias en la condición jurídica actual de la adolescencia, y proponer un diálogo abierto con los distintos sectores tanto sociales, políticos y académicos como de grupos de niños y adolescentes organizados que quieran debatir al respecto y articular demandas y movilización.

Las ideas base que sostienen la necesidad de trabajar este nivel son: a) que lo que se construyó es más un “derecho penal de adultos atenuado” que un genuino Derecho Penal Juvenil, b) que existe la paradoja de un Estado que al exigir responsabilidad a sus adolescentes no se ajustó del todo a sus compromisos internacionales en la misma materia (y en otras relacionadas con derechos de la infancia y adolescencia), y, c) que el nivel de autonomía reconocido a los adolescentes “por la negativa” (es decir, en lo relativo al “derecho a ser criminalizados”) no se condice con los niveles de autonomía reconocidos o respetados en otros planos.

Las principales áreas a las cuales extender el reconocimiento de la autonomía adolescente son:

- derechos de participación política (revisión de la edad para votar y ser elegido).
- autonomía sexual, salud sexual y reproductiva (en este punto, hay que señalar que el polémico fallo del Tribunal Constitucional sobre la “píldora del día después” reconoce el derecho de los adolescentes a obtener atenciones confidenciales de salud, desestimando en dicho punto el requerimiento de los parlamentarios de derecha,

que señalaban que con ello se vulneraba el derecho/deber preferente de los padres a impartir la educación de sus hijos).

- derechos en el sistema escolar²⁹ (democratización de las relaciones internas; debido proceso en los reglamentos internos, etc.)
- problemas que repercuten al interior del propio sistema de RPA. Por ejemplo: el Reglamento de la LRPA permite la vida sexual de los internos mediante visitas de sus parejas sólo a los niños de 16 años para arriba, casados o que acrediten una relación de a lo menos 6 meses; los carabineros siguen exigiendo en estos meses que sean los padres quienes retiren a los adolescentes desde las comisarías cuando no procede llevarlos a audiencia de control de detención (pese a que, como se señaló más arriba, el fundamento legal de esta exigencia ya no existe).

También en este plano externo, habría que incluir todo lo que diga relación con las carencias de la política e institucionalidad de infancia (inexistencia de un Defensor del Niño; inexistencia de una Ley de Protección de derechos infanto-adolescentes; déficits importantes en la institucionalidad central de infancia que hace un par de años fueran señalados en detalle en el Informe del Consejo Asesor presidencial en políticas de infancia, etc.).

II

Si De Giorgi y con él toda la tradición de la llamada Economía Política de la pena (iniciada por Rusche y Kirchheimer y desarrollada luego por Melossi, Pavarini y otros) tienen algo de razón, entonces no sólo el control social es cíclico, sino que sus ciclos están estrechamente relacionados con las transformaciones más generales que sufre todo el Modo de producción y la Economía del sistema-mundo³⁰.

En el tramo histórico más reciente, la identificación del escenario económico y político iniciado a fines de los 70 (asociado a gobiernos de derecha que desmantelaron los Estados de Bienestar e inauguraron lo que suele llamarse “neoliberalismo”) con el retorno de las políticas penales puras y duras (*broken windows*, *zero tolerance* y un aumento exorbitante de la población reclusa en todo el mundo) ha sido objeto de varios señalamientos (desde Loic Wacquant y Nils Christie a Zaffaroni, Bergalli y Garland, por mencionar algunos de los más relevantes desde distintos contextos nacionales).

Esta relación tan evidente entre neoliberalismo (denominación que apunta a ciertos aspectos de la política económica y social que se han hecho hegemónicos desde los 70,

²⁹ Aparato Ideológico de Estado que, como se sabe, tiene su propio aparato represivo en miniatura, que se expresa en los regímenes disciplinarios de cada establecimiento.

³⁰ Para anticiparme a cualquier objeción de “determinismo económico”, aclaro que uso el concepto de modo de producción en sentido amplio, tal cual lo ha definido hace poco Paolo Virno: “no sólo una configuración económica particular sino un conjunto de formas de vida, una constelación social, antropológica y ética (no moral: relativa a los usos y hábitos, no al deber-ser)” (Virno, 2003, p.46).

y que se relaciona muy de cerca con la expresión “posmodernismo”, que designa la lógica cultural, y con el “postfordismo”, que se refiere a la dimensión productiva, en ambos casos aludiendo también a transformaciones que se producen a nivel global casi desde esa misma época) y transformaciones en el sistema del control social punitivo no es algo nuevo. La tradición de la Economía Política de la pena, así como los análisis biopolíticos (es decir, de la vida como objeto de poder) iniciados por Foucault y proseguidos ahora por gente como Agamben, Lazzarato, Espósito, además de Negri y Hardt, ya han demostrado que en todo el período abierto desde la Modernidad la relación entre “modo de producción” y “modo de control” ha sido bastante estrecha.

A grandes rasgos, en esta línea de análisis se considera que en los siglos XVII/XVIII se produjo una gran transición desde un modo de control soberano, al modo disciplinario que tan bien describe Foucault en “Vigilar y castigar”. La distinción entre funciones instrumentales y simbólicas del control permite entender muy acertadamente dicho momento de transformación:

En la vertiente instrumental, la decadencia del suplicio a favor del internamiento puede ser reconducida a una cuestión de economía del poder y, por tanto, de eficacia y estabilidad del sistema punitivo; así como puede ser reconducida a las exigencias del naciente sistema capitalista industrial y, sobre todo, a la exigencia de transformar la multitud en fuerza de trabajo adecuada al nuevo sistema de producción. La cárcel deberá producir cuerpos dóciles para la fábrica; la cárcel deberá producir transformaciones tanto en el cuerpo como en el alma de los internados, volviéndoles disponibles para el trabajo asalariado. Las funciones instrumentales determinarán entonces las modalidades de organización de lo penitenciario (que, en definitiva, reproducen las de la fábrica), y determinarán sobre todo los criterios de selección de la clase de delincuentes que hay que internar (De Giorgi, 2005, p. 137).

Junto a tales funciones, en el nivel simbólico “se extienden las estructuras de legitimación y descripción simbólica del internamiento: un complejo de narraciones basadas en la moralidad y la religiosidad. Se trata de un proceso de legitimación social de las funciones de la cárcel en términos de redención, arrepentimiento y expiación de los males cometidos” (Ídem).

En el período que se inicia en los años 70 del siglo XX, tanto Foucault como Deleuze consideraban que se estaba produciendo un agotamiento de las sociedades disciplinarias, para pasar a un nuevo tipo de modelo, que denominaron “sociedades de control”³¹. De Giorgi, que en esto sigue a ambos autores, resume muy claramente esta transformación:

Asistimos así a una doble deslocalización de las funciones de control. Por una parte, el control deviene, en un cierto sentido, fin en sí mismo, autorreferencial: cuando menos

³¹ Para Deleuze, en su “Post-scriptum sobre las sociedades de control” (publicado en una revista francesa en 1990), las sociedades disciplinarias (caracterizadas por sus instituciones de encierro: familia, escuela, cárcel, fábrica, manicomio, hospital), eran “nuestro pasado inmediato, lo que estamos dejando de ser”, y “control” era “el nombre propuesto por Burroughs para designar el nuevo monstruo que Foucault reconoció como nuestro futuro inmediato” (Deleuze, 1995, p. 277 y ss.).

en el sentido de que pierde cualquier caracterización disciplinaria, es decir, cesa de ser un instrumento de transformación de los sujetos. Por otra parte, se produce un traslado del control: éste abandona la prisión como lugar específico, difundiéndose en el ambiente urbano y metropolitano. De este modo, a la prisión le queda sólo una función de neutralización respecto de sujetos particularmente peligrosos.

Cada vez es menos posible individualizar y definir un lugar y un tiempo de la represión. El control y la vigilancia se extienden de modo difuso, a lo largo de líneas espacio-temporales que atraviesan los umbrales de las instituciones totales (prisión, manicomio, fábrica). Se despliegan sobre el espacio llano e indefinido de las metrópolis, nuevas ciudades-estado fortificadas, provistas de ejércitos de seguridad propios (De Giorgi, 2005, p.37).

Esta nueva transición entre modos de control se sitúa después del “paréntesis fordista-keynesiano” que se instaló en los años 30 del siglo XX, modificando radicalmente el capitalismo industrial y disciplinario clásico, y que surgió como respuesta/reestructuración del modo de producción luego de sus profundas crisis en la primera mitad del siglo. Fue ese Estado keynesiano el que permitió consolidar la escolarización masiva, un cierto respeto a los derechos económicos, sociales y culturales, e incluso en los Estados de Bienestar de la socialdemocracia europea y del New Deal norteamericano poner en práctica programas progresistas de “humanización” y diversificación del control social punitivo.

Es interesante comprobar que el Derecho Tutelar de Menores había surgido un poco antes de dicho “paréntesis”, en la última década del siglo XIX, como una concreción legal e institucional de las nuevas necesidades de control, fuertemente influenciado en su ideología por la criminología positivista, que al criticar el carácter reactivo y limitado por garantías del Derecho Penal clásico daba cuenta de las nuevas necesidades del control social en las metrópolis del capitalismo industrial. Este modelo se adaptó bastante bien a las transformaciones posteriores y fue bastante flexible a la hora de incorporar nuevas fundamentaciones discursivas (desde la eugenesia pura del primer período a un uso más moderado de las perspectivas etiológicas psico/socio/antropológicas que se iban desarrollando después). En todo caso, pareciera que sólo en los lugares donde efectivamente el Estado de Bienestar fue una realidad y no mera aspiración, los sistemas para el control social de los menores de edad estuvieron más cerca de las proclamaciones “educativas” de los defensores del modelo tutelar, a diferencia de países como el nuestro, donde la dimensión punitiva más abierta nunca se abandonó.

Pero dicho paréntesis se acabó, y es en la nueva realidad del postfordismo/postmodernismo/neoliberalismo donde debemos situar las transformaciones más recientes que nos han llevado desde el Derecho Tutelar de Menores a una redefinición de la respuesta a la delincuencia juvenil como una respuesta de naturaleza “penal”.

A partir de los 70, entonces, se produce la crisis del *welfare* y el inicio del “*workfare*” del postfordismo: “las décadas de 1980 y 1990 fueron el laboratorio del *workfare*, la extensión

del principio de flexibilidad, la individualización de los contratos, la fragmentación de las viejas comunidades de lucha, la disminución de los horizontes de posibilidad de una vida fuera del trabajo” (Rodríguez, 2003).

Esta noción de “postfordismo” da cuenta de fenómenos y tendencias que todavía están en curso y, por lo mismo, son aún bastante ambivalentes, pero que se comprenden básicamente en atención a las diferencias con el momento previo, fordista/keynesiano. De hecho, no han faltado quienes critican el “eurocentrismo” de esta corriente de análisis (sobre todo con su insistencia en la hegemonía del “trabajo inmaterial”), que no sería adecuada para explicar las formas aún “tradicionales” de trabajo y dominio que se han trasladado del centro a la periferia. Para poder defender la utilidad de los análisis del postfordismo (sobre todo desde nuestra posición más bien periférica) habría que remitirse a Hardt y Negri cuando reivindican en el método marxiano la noción de “tendencia”: “Aunque el trabajo inmaterial no predomina en términos cuantitativos, sostenemos que ha impuesto una tendencia a todas las demás formas de trabajo, transformándolas de acuerdo con sus propias características, y es en este sentido que asume una posición hegemónica” (Hardt y Negri, 2004, p.173).

Lo que parece ser una evidencia es que en la fase postfordista del sistema-mundo se produce una progresiva reducción del nivel de empleo de la fuerza de trabajo, una disminución considerable de las cantidades de “trabajo vivo” exigidas por el sistema productivo (donde el capital fijo va desplazando progresivamente al capital variable). Cualitativamente, cambian: la composición de esta fuerza de trabajo, la forma misma de la producción (inmaterial), las formas de cooperación social productiva, y en definitiva, se pasa desde “un régimen productivo caracterizado por la carencia —y por el despliegue productivo de estrategias orientadas al disciplinamiento de esta carencia— a un régimen productivo definido por la excedencia y en consecuencia por el surgimiento de estrategias orientadas al control de la excedencia” (De Giorgi, 2006, p 90).

Esta excedencia es a la vez negativa (la Economía necesita cada vez menos fuerza de trabajo para emplear directamente en el proceso productivo) y positiva (pues hay un “exceso constante de potencialidades productivas de vínculos de cooperación, de formas de la comunicación y su relación con las geografías de la producción impuestas por una racionalidad capitalista reducida a dominio”) (ídem, p. 104). Estas nuevas condiciones pueden detectarse por los efectos que producen tanto en el plano del trabajo como el del control social y punitivo en general. El trabajo, ahora “un conjunto de acciones, performances y prestaciones productivas, se extiende cada vez más hasta llegar a abarcar la existencia social en su conjunto”. Así, se produce una separación radical entre el trabajo y “un sistema de gobierno de los derechos y de la ciudadanía profundamente ligado al concepto fordista de empleo” (p.94).

En el postfordismo la biopolítica se disocia de la disciplina “clásica” (que se justificaba como una respuesta a la “carencia”), y por eso es que se produce una nueva transformación en el “modo de control”, en el sistema general del control social (activo y reactivo, formal y

difuso)³². En este marco de transformaciones, la figura central que Foucault identificó como símbolo de la sociedad disciplinaria, el Panóptico *benthamiano*, cede lugar a figuras nuevas como el “*synopticon*” (señalado por el antiguo abolicionista Mathiesen, y que resulta equiparable a lo que Adorno/Horkheimer denominaron “*industrial cultural*” y a algunas dimensiones de lo que Debord llamó “*sociedad del espectáculo*”: ahora en vez de que muchos sean observados y controlados desde un centro único, pareciera que los muchos -convertidos en “público”, en “espectadores” o “consumidores de imágenes”- se socializan y adoptan sus comportamientos en base a la observación de las vidas de unos cuantos, y al consumo de mensajes e imágenes emanados desde los centros difusos que transmiten el monótono monólogo de la mercancía que habla de sí misma), e incluso el “*Oligopticon*” (a que se ha referido Boyne, y que se define como “grupos sociales restringidos (que) ejercen vigilancia sobre otros grupos sociales restringidos”³³.

A la luz de estos desarrollos, la relación entre “espectáculo” y “vigilancia”, que en Foucault consistía en el paso de la primera a la segunda (del modo de castigar propio del Antiguo Régimen al que es propio del modo disciplinario), se ha revelado mucho más compleja en retrospectiva³⁴.

De acuerdo a Jonathan Crary, “la oposición de Foucault de vigilancia y espectáculo parece pasar por alto que los efectos de estos dos regímenes de poder pueden coincidir” (citado por Wollen, 2000, p. 50). Ambas perspectivas, entonces, parecen complementarse, y en un sentido es posible entender que “tanto Foucault como Debord estaban investigando las consecuencias sociales, diferentes pero relacionadas, de la abstracción y de la promoción del sentido de la vista —tanto en la vigilancia como en el espectáculo— que han caracterizado los dos últimos siglos”, tras la ruptura crucial ocurrida a inicios del siglo XIX, con la “disociación del tacto y de la vista” producida “dentro de una dominante ‘separación de los sentidos’, y de una reconfiguración industrial del cuerpo” (Wollen, 2000, p. 51³⁵).

³² Una de las diferencias entre la sociedad disciplinaria y la de control que destacaba Deleuze se da precisamente en el ámbito “productivo” (y repercute sobre el espacio “educativo”), con la sustitución de la fábrica por la empresa: “La fábrica hacía de los individuos un cuerpo, con la doble ventaja de que, de este modo, el patrono podía vigilar cada uno de los elementos que formaban la masa y los sindicatos podían movilizar a toda una masa de resistentes. La empresa, en cambio, instituye entre los individuos una rivalidad interminable a modo de sana competición, como una motivación excelente que contrapone unos individuos a otros y atraviesa a cada uno de ellos, dividiéndole interiormente. El principio modulador de que los salarios deben corresponderse con los méritos tiende incluso a la enseñanza pública: de hecho, igual que la empresa toma el relevo de la fábrica, la formación permanente tiende a sustituir a la escuela, y el control continuo tiende a sustituir al examen. Lo que es el medio más seguro para poner la escuela en manos de la empresa” (Deleuze, 1995, 279).

³³ Sobre el ciclo actual de transformaciones ver De Giorgi, 2006 (en particular sobre estas formas “nuevas”, pp. 123 y ss). Una interesante aplicación del enfoque que tiene en cuenta la confluencia actual de formas de control que se ajustan a la “vigilancia” foucaultiana con otras explicables desde la noción debordiana de “espectáculo”, aplicada al estudio de transformaciones en el sistema educativo norteamericano, en Vinson y Ross (2000).

³⁴ En “Imperio”, por ejemplo, Hardt y Negri se diferencian de Foucault en un punto importante: lo que para éste consistió en la transición desde la *soberanía* (el modo de control “soberano” propio del absolutismo) a la *disciplina* (modo de control surgido en los siglos XVIII y XIX, y cuyo apogeo se habría producido a inicios del siglo XX), para Hardt y Negri fue una transición *dentro de la soberanía*, la que se reconfiguró dando paso a “una nueva forma de trascendencia”. Así la soberanía moderna, luego de la unificación en la teoría del estado de Hegel de las teorías absolutistas (Hobbes) y republicanas (Rousseau) de la soberanía con la teoría del valor (Smith), pasó a encarnar un poder de policía que termina por invertir la relación original: “ahora el poder y el Estado producen la sociedad” (Hardt y Negri, 2000, p. 88 y ss.)

³⁵ En apoyo de su afirmación Wollen cita la tesis 18 de “La sociedad del espectáculo”, que reproducimos a continuación: “Allí donde el mundo real se cambia en simples imágenes, las simples imágenes se convierten en seres reales y en las motivaciones eficientes de un comportamiento hipnótico. El espectáculo, como tendencia a hacer ver por diferentes mediaciones especializadas el mundo que ya no es directamente aprehensible, encuentra normalmente en la vista el sentido humano privilegiado que fue en otras épocas el tacto; el sentido más abstracto, y el más mistificable, corresponde a la abstracción generalizada de la sociedad actual. Pero el espectáculo no se identifica con el simple mirar, ni siquiera combinado con el escuchar. Es lo que escapa a la actividad de los hombres, a la reconsideración y la corrección de sus obras. Es lo opuesto al diálogo. Allí donde hay representación independiente, el espectáculo se reconstituye”. (Debord, 1995. Disponible en la red: <http://www.sindominio.net/ash/espect0.htm>).

La excedencia en el postfordismo se manifiesta también en la indiferenciación entre las crecientes y múltiples formas de actividad susceptible de valorización, por las que no necesariamente se percibe un ingreso (según Virno, se debilitan las barreras tradicionales entre el intelecto, la acción política y el trabajo³⁶). Esto es lo que hace evidente el desfase entre la centralidad normativa del trabajo (asalariado), la desaparición progresiva de las formas clásicas, disciplinarias, de uso, gestión y reproducción de la fuerza de trabajo industrial, y la crisis del empleo, que genera una explosión del trabajo precario y la exclusión creciente de grandes capas de la población del acceso al empleo formal y estable.

En este contexto ambivalente, el dominio político de la economía tiende a imposibilitar o anular las potencialidades emancipatorias. Virno dice que “la salida de la sociedad del trabajo es la tendencia que ha dominado a las sociedades occidentales en el curso de las dos últimas décadas”, pero en las condiciones actuales “el tiempo de no-trabajo, que es una riqueza potencial, se presenta en el sistema establecido como una pérdida, una penuria: paro debido tanto a las nuevas inversiones como a su ausencia; (...) reedición de infraestructuras productivas ‘primitivas’ que flanquean a sectores innovadores y dinámicos; restablecimiento de arcaísmos disciplinarios para controlar a individuos que ya no están sometidos al régimen de la fábrica” (Virno, 2003 b, p. 80 y ss). Esta contradicción o desfase entre la centralidad forzosa que mantiene el trabajo asalariado y la necesidad cada vez menor de cantidad de trabajo “vivo” requerido por el sistema es, precisamente, uno de los pilares del análisis que está tras el uso de la categoría de “post-fordismo”. Desde el medio latinoamericano, Borón, reconociendo estas tendencias “objetivas”, señalaba a mediados de los 90 que “bajo el predominio del neoliberalismo y su culto supersticioso al mercado el agotamiento del ‘trabajo de masas’ se traduce en desempleo masivo, pobreza extrema, desintegración social, drogadicción, auge de la criminalidad, etc.” (Borón, 1996, p. 390 y ss).

En este punto del análisis, la relación entre modos de producción y modos de control nos lleva a referirnos a las posibilidades interesantes que nos suministra la noción de “biopolítica”.

El análisis biopolítico se revela también como un marco particularmente adecuado para entender la relación entre el poder actual de “hacer vivir y dejar morir” y las condiciones de vida (y muerte) de la infancia. Se trata de un instrumental conceptual que nos permite salirnos de la tendencia a observar casi exclusivamente la superestructura jurídica, para apuntar en la perspectiva de la totalidad social.

Para el argentino Eduardo Bustelo, la “biopolítica” —en el sentido *foucaultiano* inclusivo tanto de la relación del poder con los cuerpos vivientes como de la construcción de subjetividades— es la forma más general e ideológica de “*transmisión de las diferentes formas de dominación que se establecen sobre la infancia y la adolescencia*” (2007, p.23). De hecho, para este autor, la forma “paroxística” de biopolítica es la que se da precisamente en relación a la aparición de la vida humana, es decir, en la infancia.

³⁶ Distinción aristotélica retomada en el siglo XX por Arendt, y que hasta los 60 y 70 era asumida sin mayores cuestionamientos. Ver el capítulo “Trabajo, acción, intelecto” en Virno, 2003.

Su primer nivel de operación es el poder directo sobre el acceso a la vida y sobre la negación de la misma. La mortandad generalizada y sistemática de niños es, para Bustelo, la forma superior de la biopolítica contemporánea, que se ejerce silenciosamente sobre niños que, a la manera del *homo sacer* del que nos habla Agamben, pueden ser sacrificados sin que nadie resulte responsable³⁷. Bustelo cita información que habla de que mueren al día en el mundo 30.000 niños (*“niños sacer”*), cuya muerte es, además, invisibilizada, como parte del funcionamiento sistemático de la economía-mundo. Thomas Pagge demostraba en 1998 que 18 millones de personas mueren prematuramente cada año debido a causas vinculadas con la pobreza, es decir, un tercio de todas las muertes en seres humanos —cabe destacar, para hacerse una idea, que se trata de una cantidad mayor que la población total de Chile— (Citado por Callinicos, 2006, p.263). Este es entonces, medido en cifras, el costo estimado en vidas infantiles del funcionamiento “normal” de la economía-mundo.

El segundo nivel operativo de la biopolítica sería el de la supervivencia, es decir, aquellos niños que sin ser eliminados, deben vivir una vida de pobreza, quedando por tanto relegados a una vida marginal, *“despojada de valor político”* (la *zoé* antes que el *bios*, retomando la distinción griega entre el simple hecho de vivir, y la *“vida relacional que implica el lenguaje, la política y la ciudadanía”*, Bustelo, 2007, p.25). Pagge nos dice que, en 1998, había, de un total de 5.820 millones de seres humanos, 1.214 millones viviendo con menos de un dólar al día, y 2.800 millones con menos de dos dólares por día. En sentido “acumulativo”, otro cálculo de Pagge cifra en 250 millones de personas las muertes por hambre o enfermedad en los 15 años que siguieron al fin de la Guerra Fría (Callinicos, p.263).

En el tercer nivel, la biopolítica, como dispositivo que se relaciona directamente con el *bios*, consiste en *“el control de los que sobreviven a través de la construcción de la legitimidad de una visión hegemónica de la infancia”* (idem, p.35). Se trataría, entonces, de la “ideología de la infancia”, la cual para Bustelo hoy en día se expresa hegemónicamente en el “campo” de la infancia a través de los enfoques de la “compasión” y de la “inversión”. La compasión es el enfoque tradicional, que anula los derechos en aras de la dramaticidad y el uso de los niños como *“sostén de sentimientos y programas”* que se dirigen a la infancia pobre y/o victimizada sin problematizar nunca la distribución de la riqueza ni la violencia estructural. La inversión, en cambio, emplea un lenguaje economicista más novedoso, y sustituye la lógica de los derechos por el utilitarismo de la obtención de ganancias: *“la mercantilización de la infancia es así un negocio para las ahora ‘buenas’ empresas y los bancos que mejoran, de paso, su imagen institucional”* (idem).

Debemos tener en cuenta, en este tercer nivel, que las ideologías sobre la infancia pueden, a la vez que afirman una “universalidad” de ciertos rasgos de la infancia, servir para fundamentar y legitimar un trato diferenciado de los niños, según si los dispositivos discursivos

³⁷ El concepto “sacer” tiene una doble acepción: como “sacro” o “sagrado”, y como algo “abominable”, “maldito”. La figura del “homo sacer”, central en la obra de Agamben, proviene del derecho romano arcaico y designa una categoría de personas que podían ser asesinadas con total impunidad y cuyas vidas, por ende, no tenían valor alguno.

e institucionales de la biopolítica los ubiquen dentro o fuera de categorías como la “pobreza”, la “desviación”, la “peligrosidad” o la “irregularidad”, con lo cual este tercer nivel se liga profundamente con la operatividad concreta de los otros dos.

Estos tres niveles señalados por Bustelo son de extraordinario valor para poder visualizar las principales áreas de operación de los mecanismos de selección y control que en el “capitalismo de la posmodernidad” definen, mediante una suma de acciones y omisiones, el complejo escenario social en que se desenvuelve la vida cotidiana de los niños. Por lo menos a nivel del discurso, en el medio continental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado explícitamente que en estos países el derecho a la vida, integridad y supervivencia de los niños se viola no sólo mediante la actuación represiva y eliminadora de agentes del “sistema penal subterráneo”, sino que cotidianamente mediante la no adopción de las medidas mínimas necesarias desde la política social (ver fallo Villagrán Morales, contra el Estado de Guatemala, y también la Opinión Consultiva 17/2002 sobre “condición jurídica y derechos del niño”). Pese a esta concepción “amplia” del derecho a la vida sostenida por este tribunal, las tres sentencias principales de la Corte Interamericana que se han tratado acerca de los “derechos del niño” (casos Villagrán Morales, contra el Estado de Guatemala; Walter Bulacio, contra el Estado de Argentina; y Panchito López, contra el Estado de Paraguay. Ver capítulo V), han tenido que tratar con distintos aspectos de la violencia institucional (¿o es también estructural?) “directa”, ligada a los “sistemas penales” y de eliminación abierta de niños pobres percibidos como indeseables y/o peligrosos por las agencias del sistema de control y el discurso “público” que parece hegemónico (escuadrones de la muerte en el primer caso; detención ilegal y muerte durante la “obligación estatal de custodia” en el segundo; condiciones infernales de reclusión que causaron la muerte y severas heridas a una gran cantidad de niños en el tercero). Se trata, entonces, de formas en que el segundo nivel biopolítico selecciona casos que envía al primero.



Una teoría crítica de la infancia, en tensión permanente y consciente con la realidad social de la que se surge, debería ser capaz de usar todos estos niveles y tradiciones de análisis a que nos hemos referido hasta ahora para acceder al conocimiento de la realidad desmistificando las principales formas de representación e ideologías de infancia que aún dominan en nuestro medio.

En el plano que nos ocupa, la relación de los sistemas punitivos con la infancia y adolescencia, habría que partir por denunciar el uso de las imágenes de la delincuencia juvenil como chivo expiatorio para alimentar las espirales de control y represión.

Si bien asumimos como correcta la negativa a confundir política social con política criminal (tal vez el mayor rasgo definitorio de los antiguos modelos tutelares), dicha convicción no impide reconocer que el grueso de las interacciones violentas más

conflictivas que se producen en nuestras sociedades y que son protagonizadas por niños y adolescentes se explican mejor cuando vamos más allá de una lectura unilateral desde la óptica de la “seguridad”.

El Comité de Derechos del Niño, por ejemplo, ha recomendado que la criminalidad juvenil sea vista como un indicador del nivel de violencia social general (“la criminalidad de los niños es una medida del nivel de violencia de la sociedad...”, Jamaica CRC/C/SR.197, párrafo 89, citado en UNICEF, 2004, p. 638).

Asimismo, es posible entender mejor un problema tan inquietante como el de las “maras” si es que se relaciona con el problema de los desplazamientos internacionales de la fuerza de trabajo y la evidente contradicción que se aprecia hoy en día entre la libre circulación de capitales y las diversas restricciones que se imponen a los fenómenos migratorios, es decir, a la circulación de personas. Un análisis en esta línea es lo que propone Mike Davis cuando dice que la inmigración a gran escala ha tenido como efecto un “envío accidental de problemas sociales estadounidenses (...) a la comunidad de origen”, y que “dado el extremo desajuste entre la violencia callejera de los núcleos urbanos estadounidenses y los mundos generalmente pacíficos de los pueblos del México rural o incluso de la Centroamérica rural”, se ha creado un peligro que sólo se ha agravado con una estrategia política orientada a la deportación en masa: “miles de jóvenes coléricos y en paro de Los Ángeles han sido repatriados a México, Bélize, El Salvador y Guatemala. El previsible resultado se ha materializado en una epidemia de violencia urbana ajena a contextos rurales a menudo disonantes con ella” (Davis, 2000, p.52).

La respuesta mediante políticas represivas en los países centroamericanos también ha logrado agravar considerablemente el problema inicial. Así, Mauricio Benito (2004) al analizar las causas socio-económicas de la violencia juvenil expresada en las “maras”, considera que el fenómeno —en sí positivo— de la organización juvenil, se ha expresado ahora en el momento de la implementación de la devastadora dupla “Estado social mínimo/ Estado penal máximo”, la que, en el contexto de la llamada “globalización”, ha causado un enorme crecimiento de la brecha entre ricos y pobres, además de un nivel impresionante de marginación social que afecta sobre todo a la infancia y la juventud. De esta forma, ante la imposibilidad de una “respuesta política que cuestione los principios sobre los que se ha erigido la desigualdad”, lo que se ha producido es una respuesta “más centrada en la reacción, cuya principal expresión sería la violencia”, aunque no se descarta tampoco que en la realidad se produzcan matices entre una y otra respuesta (Benito, 2004, p. 4). Para Benito, esta violencia reactiva es la respuesta juvenil a la violencia social expresada en: movimientos migratorios masivos en contextos de desarraigo y violencia intrafamiliar, la privatización de los antiguos espacios comunitarios, exclusión social, desatención de ciertas problemáticas sociales por parte del Estado, etc. Por supuesto, para la sociedad, los medios de comunicación y los Estados ha resultado tentador evitar un análisis de estas causas de fondo, y se ha producido una instrumentalización del problema, achacando a la

existencia de las “maras” una amplia gama de otros problemas sociales, y respondiendo con “mano dura”. Pero estas respuestas “han venido alimentando una espiral de mayor represión-mayor marginación-mayor reacción violenta-mayor represión...”, con lo cual se ha llegado a “alimentar un fenómeno mucho más peligroso que el que deberían haber enfrentado inicialmente” (idem, p.5). Por si todo esto fuera poco, la solución efectista y represiva ha alentado el resurgimiento de grupos de exterminio que se dedican a eliminar a cualquier adolescente marginal sospechoso de pertenencia a una “mara”³⁸.

En la tarea de crear una teoría crítica de la infancia para el siglo XXI, todas las formas de crítica de la ideología desarrolladas durante el siglo XX nos permiten abordar distintos niveles de la relación entre niños y formación social. Por ejemplo, en el texto que inaugura un compilado de escritos sobre “ideología”³⁹, Zizek distingue tres planos o niveles a que refieren diversos usos (o diversas “tradiciones” en el uso) del concepto, que podemos emplear para distinguir diversas aproximaciones al rol de la ideología en el campo de la infancia:

- En primer lugar, tenemos la ideología “en sí”: “la noción inmanente de la ideología como una doctrina, un conjunto de ideas, creencias, conceptos y demás, destinado a convencernos de su ‘verdad’, y sin embargo al servicio de algún interés de poder inconfeso”. La crítica de la ideología en este terreno recurre preferentemente a la “lectura de síntomas”: “descubrir la tendencia no confesada del texto oficial a través de sus rupturas, sus espacios en blanco y sus deslices” (Zizek, 2003, p. 17). En el caso de la ideología de la infancia, este tipo de crítica puede centrarse en sus inconsistencias, contradicciones, vacíos y paradojas internas. Lo que se revela, y lo que se oculta, en los distintos discursos e imaginarios sociales sobre la infancia.
- En el paso del “en sí” al “para sí” Zizek ubica a la ideología en su exterioridad material, designada por Althusser en la noción de “aparatos ideológicos del Estado” (AIE), y que comprende las instituciones, rituales y prácticas ideológicas, es decir, lo que a nivel de las ideologías de la infancia conecta el plano de las imágenes o representaciones dominantes sobre la infancia con la vida cotidiana de los niños, a través de un conjunto variable de instituciones, estrategias y prácticas de socialización y control (no sólo la “punta del iceberg” abiertamente coercitiva, sino que el difuso y flexible “complejo tutelar” en su totalidad).
- En un tercer momento, según Zizek, la ideología exteriorizada se “refleja sobre si misma”, y se disuelve, autolimita y dispersa la noción de ideología. Pero en este nivel, los mecanismos supuestamente extraideológicos se revelan como indistinguibles de la

³⁸ Benito cita a la relatora especial sobre ejecuciones extrajudiciales y sumarias de UN, Asma Jahangir, refiriéndose a Honduras: “Causa alarma que un sector de la prensa hondureña suela satanizar a los niños de la calle y atribuya el alto grado de violencia existente en el país a las bandas de menores. Esos periodistas alimentan aún más el discurso de odio de algunos políticos y dirigentes empresariales destacados, quienes deliberadamente predisponen a la opinión pública contra los niños de la calle. De este modo, se trivializa la violencia contra esos niños y hasta se incita a matarlos. En último término, se estigmatiza a cada niño tatuado y a los niños de la calle como criminales que están creando un clima poco propicio para las inversiones y el turismo en el país”. En Guatemala, se cita información sobre homicidios de niños: de 248 casos registrados en el 2001 se había pasado a 251 en el 2002 y 391 en el 2003 (Benito, 2004, p. 6/7).

³⁹ “Ideología: un mapa de la cuestión”, compilado por Zizek y publicado en inglés en 1994, con primera edición en español el 2003.

ideología, “tomamos conciencia de un ‘para sí’ de la ideología que opera en el propio ‘en sí’ de la realidad extraideológica” (Zizek, p.23).

Habría, entonces, un tercer continente de fenómenos ideológicos, “ni la ideología en tanto doctrina explícita (las convicciones articuladas sobre la naturaleza del hombre, la sociedad y el universo), ni la ideología en su existencia material (las instituciones, los rituales y las prácticas que le dan cuerpo), sino la elusiva red de actitudes y presupuestos implícitos, casi ‘espontáneos’, que constituyen un momento irreductible de la reproducción de las prácticas ‘no ideológicas’ (económicas, legales, políticas, sexuales...)” (idem, p. 24).

Para Zizek, un buen ejemplo de esto es la noción marxiana de “fetichismo de la mercancía”, que apela a un núcleo traumático no explicitado en el que se basa la sociedad actual. Pero nos centraremos en otro buen ejemplo que él mismo suministra y es tomado de Levi-Strauss: el relato sobre una tribu en que existen dos grupos sociales, a cuyos miembros se les pide representar en un dibujo la distribución espacial de las chozas en la aldea: “Los miembros del primer subgrupo (que llamaremos ‘corporativista-conservador’) perciben la planta de la aldea como circular —un aro de casas dispuestas más o menos simétricamente alrededor del templo central—; mientras que los miembros del segundo subgrupo (‘antagonista-revolucionario’) perciben su aldea como dos conjuntos distintos de casas separados por una frontera invisible”.

No se trata en este ejemplo tan sólo de “relativismo cultural” y distintas percepciones de la realidad según la posición del observador, sino de la referencia oculta a un elemento excluido de la simbolización, “un núcleo traumático, un antagonismo fundamental que los habitantes de la aldea no pudieron simbolizar, ‘internalizar’, dar cuenta de él, llegar a un acuerdo con él: un desequilibrio en las relaciones sociales que impidió a la comunidad estabilizarse en una totalidad armónica” (idem, p. 37). Para la crítica de la ideología, no se trata entonces de intentar captar la verdadera realidad por sobre ambas representaciones mutuamente excluyentes, sino de captar “lo que emerge a través de las distorsiones de la representación fiel de la realidad (...) como lo Real”; es decir, “el trauma alrededor del cual se estructura la realidad”.

En el plano de la infancia, creemos que este “núcleo traumático” se puede rastrear en todo lo que en la experiencia de la infancia deja como huella, de modo inevitable, la socialización moderna. Pues, “la humanidad ha tenido que hacer cosas espantosas antes de conseguir el sí mismo, el carácter idéntico, instrumental, masculino del ser humano, y algo de eso se repite todavía en cada infancia” (Adorno/Horkheimer). Complementando dicha mirada, Marcuse ha hecho la radical afirmación de que “es en el niño donde el principio de realidad completa su trabajo con tal perfección y severidad que la conducta del individuo maduro es difícilmente algo más que una copia repetitiva de las experiencias y reacciones de la niñez” (Marcuse, 1970, p.63).

Tras este proceso de socialización, como dicen Horkheimer y Adorno, “el niño se ha hecho más rico en experiencias (...) pero es fácil que en el punto en que el deseo fue golpeado quede

una cicatriz imperceptible, una pequeña callosidad en la que la superficie es insensible”. Según los análisis de la psicología de masas y la personalidad autoritaria emprendidos desde su Instituto de Investigación Social, son dichas cicatrices las que crean deformaciones, ‘caracteres’ duros: “pueden hacer a uno estúpido: en el sentido de la deficiencia patológica, de la ceguera y de la impotencia, cuando se limitan a estancarse; en el sentido de la maldad, de la obstinación y del fanatismo, cuando desarrollan el cáncer hacia el interior” (Horkheimer y Adorno, “Sobre la génesis de la estupidez”, 1998, p. 303).

En un sentido similar, Reich hablaba de la ideología que opera como un “poder material”. A partir de Marx, Reich sostiene que “para que ‘una ideología pueda actuar en reacción sobre el proceso económico’, es preciso que antes se haya convertido en un poder material. Si se convierte en poder material desde el momento en que se apodera del hombre, se plantea de inmediato otra cuestión: ¿Por qué camino se produce esto? ¿Cómo es posible que un estado de hecho ideológico, por ejemplo, una teoría, pueda originar efectos materiales, conmocionar la historia?”. Como la ideología modifica la estructura psíquica de las personas, “toma en la forma de ese hombre concretamente modificado y contradictorio el carácter de una fuerza activa, de un poder material”. De ahí que el análisis de las estructuras caracterológicas pasa a complementar y enriquecer, en esta perspectiva, el materialismo histórico y permite a Reich dar una explicación de la “psicología reaccionaria de masas” manifestada en el ascenso del fascismo que es mucho más satisfactoria que las pobres explicaciones que en su momento brindaba el marxismo vulgar (Reich, 1973, p. 12/13).

En relación a ese núcleo que nos imprime a todos la socialización represiva de este modo de producción, creemos que en el ámbito de la infancia, al igual que en el ejemplo usado por Žizek, el elemento “real” antagonista, excluido de la función simbólica, “retorna bajo el aspecto de apariciones espectrales”.

Las tres dimensiones del concepto de ideología que Žizek señala no agotan, por cierto, los diferentes usos que se han explorado sobre todo en el campo del materialismo histórico en general y particularmente del llamado “marxismo occidental” (un excelente resumen de las “vicisitudes” del concepto en dicha tradición la suministra Eagleton, 2003). La dimensión que hemos denominado “superestructural” de la infancia puede ser abordada desde todas esas diferentes dimensiones y usos del concepto de ideología. Por ejemplo: en el sentido negativo, de falsa consciencia, de pensamiento incompleto y fragmentario, de “velo ideológico” que impide ver la realidad, discurso que niega la “otredad” e intenta reducirla...; en sus dimensiones más abstractas y en tanto ideología material; en el sentido no despectivo de ideología como programa para la lucha “hegemónica” contra la ideología dominante; desde la tradición de la tesis de la ideología dominante; entendiendo, por ejemplo, que tanto la “doctrina de la situación irregular” como la de la “protección integral” han sido en nuestro medio dos formas sucesivas y “rivales” de ideología necesarias como “cemento” o justificación para el sistema de administración del control social de los niños (los “Aparatos Ideológicos del Estado”); etcétera.

Al interior de la ideología dominante sobre la infancia, que ha surgido lentamente desde fines de la Edad Media y se ha consolidado a partir del siglo XVIII, motivando la estructuración de mecanismos específicos de control para los niños sobre todo a partir de finales del siglo XIX, existen una serie de “subideologías” o variedades de la ideología dominante que se suceden, entran en conflicto y se reemplazan, teniendo eso sí todas ellas como denominador común el surgir —acríticamente— desde la posición del mundo adulto. Estas ideologías son todas adultocéntricas, aunque entre ellas se oscile desde posiciones que ven a los niños de una manera abiertamente despectiva, a otras que los idealizan fuertemente en lo que parece ser una especie de compensación simbólica por la posición subordinada y falta de poder en que la sociedad moderna los deja. Pues, como ha señalado Eagleton, “las ideologías, si bien se esfuerzan por homogeneizar, rara vez son homogéneas; suelen ser formaciones internamente complejas y diferenciadas, con conflictos entre sus diversos elementos que tienen que renegociarse y resolverse continuamente”. Además, la ideología dominante “tiene que negociar continuamente con las ideologías de sus subordinados” y por ello, si lo que la hace poderosa es su “capacidad de intervenir en la conciencia de aquellos a los que somete, apropiándose y remodelando su experiencia”, esa misma capacidad “tiende a volverla internamente heterogénea e incongruente” (Eagleton, 1997, p. 71).

Todas estas dimensiones de la ideología (o las ideologías) de la infancia son de sumo interés para una teoría crítica de la infancia. Por lo mismo, dicha teoría no pretende llegar a ser jamás una ideología, y asume explícitamente que su rol es principalmente desmistificador y negativo. No se llega jamás desde dicha teoría a generar un modelo acabado o una “doctrina”. Una postura tal puede ser bastante impopular hoy en día si no se le entiende correctamente, pues uno de los efectos más complejos de las versiones más reaccionarias de “postmodernismo” que se han impuesto casi como sentido común consiste en proclamar la “muerte de las ideologías” (lo que constituye una de las operaciones más genuinamente ideológicas que se conozcan, por cierto). Y de tal forma, pareciera que las alternativas consisten en aceptar e incluso celebrar esta “muerte” (en el sentido en que causaba tanta alegría en ciertos sectores la afirmación del “fin de la Historia” en los 90), o lamentarla y por ende intentar seguir afirmando —o, como mucho, reactualizando— las “ideologías” clásicas de los siglos XIX y XX. Este dilema es muy bien formulado por Zizek cuando a la alternativa “¿Lucha de clases o posmodernismo?” responde “¡Sí, por favor!”, es decir, negándose a aceptar los términos de dicha alternativa. Se trata para él de una falsa alternativa, entre “la anticuada problemática del antagonismo de clases, la producción de materias primas, etc.” y “el nuevo mundo de múltiples identidades dispersas, de contingencia radical, de una irreductible pluralidad lúdica de luchas” (“Lucha de clases o posmodernismo?...”, en: Butler/Laclau/Zizek, 2000, p. 95 y ss.).

De este contexto emana, en general, una peligrosa actitud “antiteórica”. A contracorriente de dicha tendencia, afirmamos con Butler que “una interrogación radical significa que

no hay un momento en el cual la política exige el cese de la teoría, pues ese sería el momento en el cual la política coloca ciertas premisas como fuera de los límites de la interrogación (...) donde abraza activamente lo dogmático como condición de su propia posibilidad”, y por ende sería también “el momento en el cual esa política sacrifica su pretensión de ser crítica, insistiendo en su propia autoperálisis, paradójicamente, como la condición de su propio avance” (“Conclusiones dinámicas”, en: Butler/Laclau/Zizek, 2000, p. 264 y ss.)⁴⁰.

Así y todo, se puede aceptar que hay un nivel en que tal vez la ideología no sólo resulta inevitable, sino que podría ser necesaria desde la perspectiva de una politización de la lucha por los derechos de los niños, que la radicalice en el sentido de plantear abiertamente la emancipación social de los niños junto con los adultos. Para entender esta posibilidad o sentido, es necesario acudir a un concepto bastante relacionado, cual es el de “hegemonía”, categoría clave de la obra de Gramsci, para quien la hegemonía se refiere a “las formas en que un poder gobernante gana el consentimiento de aquellos a quienes sojuzga; si bien es cierto que ocasionalmente utiliza este término tanto para consentimiento como para coacción” (Eagleton, 2003, p. 218). De esta forma, se trata de un concepto más amplio que “incluye la ideología pero no es reducible a ella”, pues un sector dominante puede asegurar su hegemonía por medios ideológicos (y por cierto que puede imponer la ideología por la fuerza) pero también puede recurrir a otros medios o formas de asegurar su posición de dominio. Por eso, “la hegemonía no es entonces sólo una forma exitosa de ideología, sino que puede ser analizada discriminando sus diversos aspectos ideológicos, culturales, políticos y económicos. La ideología se refiere específicamente a la forma en que las luchas de poder se libran en el nivel de la significación...” (Ídem, p. 219).

Además de esta extensión del sentido, la hegemonía le confiere también a la ideología, “que de otro modo sería (un concepto) más bien abstracto (...) un cuerpo material y un lugar preponderante en política” (Ídem, p. 220).

Sólo en este sentido, entonces, una teoría crítica de la infancia se relaciona con una lucha “ideológica” en el campo de la significación, del sentido común, que postule la hegemonía creciente de las fuerzas sociales, posiciones, ideas, representaciones y marcos discursivos favorables a la emancipación de la infancia y de la sociedad. Se trataría, entonces, de la ideología en el sentido gramsciano de “visión de mundo”, donde existe una relación entre “teoría” e “ideología” mediante la formación de vínculos que creen “un camino de dos sentidos entre el análisis político y la experiencia popular”. Esta visión de mundo tiene por función dar “cohesión a un bloque social y político, como un principio unificador, organizativo e inspirador, más que como un sistema de ideas abstractas” (Ídem, p. 223).

⁴⁰ Para Butler, estas posiciones antiteóricas presentes en muchos círculos de activistas se explican por su miedo a la parálisis política. Pero en tal concepción, “se requiere la parálisis de la reflexión crítica para evitar la perspectiva de una parálisis en el nivel de la acción”, es decir, se trata de un temor que “parece sustentarse en la creencia de que la reflexión crítica precede a la acción política” y que, por lo tanto, el pensamiento “ya ha sucedido... está terminado”, y la acción “es precisamente no pensar” (Ibid.).

Bibliografía

- Althusser, Louis. "Ideología y aparatos ideológicos de Estado", en: Slavoj Zizek (compilador). *Ideología, un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Benhabib, Seyla. *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- Benito, Mauricio. "Maras" en Centroamérica: causas socioeconómicas de la delincuencia juvenil, 2004. Disponible en el sitio del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil: www.oijj.org
- Borón, Atilio. "*La sociedad civil a la hora del neoliberalismo*", en: *El mundo actual: situación y alternativas*, P.González y J. Saxe-Fernández (coordinadores), México, Siglo XXI, 1996.
- Bustelo, Eduardo. *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- Butler, Judith, Ernesto Laclau y Slavoj Zizek. *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura económica, 2000.
- Callinicos, Alex. "*Igualdad y capitalismo*", en: *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*, A. Borón y otros (compiladores), Buenos Aires, CLACSO, 2006.
- Cillero, Miguel. "*Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*", en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Francisco Pilotti (coordinador), Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994.
- Corporación Opción, Juventud y Desarrollo: Documento de posición para la XVIII Cumbre Iberoamericana, 2008.
- Cortés, Julio. "Los adolescentes y las transformaciones actuales del control social punitivo en Chile", en: *Análisis del Año 2007*, Departamento de Sociología, Universidad de Chile, enero de 2008.
- Cortés, Julio y Susana Cortés. *Infancia y cohesión social: elementos para el debate*, Marcha Global contra el Trabajo Infantil/CESIP/OPCIÓN, Santiago, 2007.
- Couso, Jaime. "La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno", Informe de Investigación N° 15, Año 5, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2003.
- Davis, Mike. "*Urbanismo mágico: los latinos reinventan la sociedad estadounidense*", en: *New Left Review* N°3, Madrid, Akal, julio/agosto 2000.
- Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*, Buenos Aires, La Marca, 1995.
- De Giorgi, Alessandro. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona, Virus, 2005.

De Giorgi, Alessandro. El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud, Madrid, Traficantes de sueños, 2006. Disponible en internet: www.traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_gobierno_de_la_excedencia_postfordismo_y_control_de_la_multitud

Deleuze, Gilles. Conversaciones 1972-1990, Valencia, Pre-textos, 1995.

Eagleton, Terry. Ideología: una introducción, Barcelona, Paidós, 1997.

Eagleton, Terry. "La ideología y sus vicisitudes en el marxismo occidental", en: Zizek (compilador). Ideología, un mapa de la cuestión, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Fuchslocher, Edmundo. Derecho de Menores: De la tuición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.

García Méndez, Emilio. "Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina", en Justicia y Derechos del Niño Número 6, UNICEF, noviembre 2004.

Hardt, Michael y Antonio Negri. Multitud: Guerra y democracia en la era del Imperio, Debate, Buenos Aires, 2004.

Hardt, Michael y Antonio Negri. Imperio, Buenos Aires, Paidós, 2000.

Horkheimer, Max y Theodor Adorno. Dialéctica de la Ilustración, Madrid, Trotta, 1998.

Marcuse, Herbert. Eros y civilización, Barcelona, Seix Barral, 1970.

Melossi, Darío. El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia, Ciudad de México, Siglo XXI, 1992.

Piedrabuena, Guillermo. Oficio del Fiscal Nacional N° 594 (Instructivo N° 8 de la Ley 20.084), 2007.

Pilotti, Francisco. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto, Santiago, CEPAL, 2001. Disponible en internet: www.cepal.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/7024/P7024.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/uruguay/tpl/top-bottom.xslt

Reich, Wilhelm. La psicología de masas del fascismo, México, Editorial Roca, 1973. Disponible en internet: http://misionconciencia.org.ve/website/ce_psicologia_de_masas_del_fascismo.pdf

Rodríguez, Emmanuel. El gobierno imposible: trabajo y fronteras en las metrópolis de la abundancia, Traficantes de sueños, 2003.

UNICEF. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ginebra, 2004.

Vinson, Kevin y E. Wayne Ross, "Education and the new disciplinary: surveillance, spectacle", en Cultural Logic, Volume 4, Number 1, Fall, 2000. Disponible en internet: <http://clogic.eserver.org/4-1/vinson&ross.html>

Virno, Paolo. Gramática de la Multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas, Traficantes de sueños, 2003. Disponible en: www.traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/gramatica_de_la_multitud_para_una_analisis_de_las_formas_de_vida_contemporaneas

Virno, Paolo. Virtuosismo y revolución. La acción política en la era del desencanto, Madrid, Traficantes de sueños, 2003 b. Disponible en: www.traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/virtuosismo_y_revolucion

Zaffaroni, Eugenio y Enrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro. Parte general, Rio de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Zizek, Slavoj. *“El espectro de la ideología”*, en: Zizek (compilador). Ideología, un mapa de la cuestión, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

SUPERVISIÓN DE CENTROS PRIVATIVOS DE LIBERTAD PARA ADOLESCENTES: EL MODELO CHILENO A LA LUZ DEL MODELO INGLÉS

SEBASTIÁN BRICEÑO DOMÍNGUEZ*

Introducción

En el siguiente trabajo no pretendo hacer dogmática jurídica o reflexionar teóricamente sobre algún problema particular relacionado con derechos fundamentales de la infancia, aunque algo de eso pueda encontrarse explícita o implícitamente en algunas de sus líneas. Su objetivo es realizar una exposición crítica y reflexiva de alcance práctico sobre el funcionamiento de una institución por completo novedosa en nuestro sistema jurídico a la luz de un modelo comparado. La institución a la que me refiero son las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de centros privativos de libertad para adolescentes creadas en Chile por el Reglamento de la Ley 20.084, y el modelo comparado que servirá de contrapunto es el que se encuentra en el sistema de justicia inglés.

En la primera parte (1) me referiré en términos generales a las principales novedades introducidas por el nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente en materia de control de la ejecución de sanciones. En la segunda parte (2) me detendré con más detalle en la exposición de la particular forma de control que constituyen las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión, examinando su diseño orgánico y funcional. En la tercera parte (3) expondré el diseño institucional del sistema de supervisión o control de prisiones vigente en el derecho inglés, el cual, como pretendo mostrar después, puede servirnos de guía en varios sentidos. En la cuarta parte (4) desarrollaré algunos problemas y desafíos que plantea nuestro sistema teniendo como referente al modelo inglés. Finalmente, en la quinta parte (5), esbozaré brevemente algunas conclusiones.

1. El control de ejecución de sanciones dentro del sistema de responsabilidad penal adolescente en general

La Ley 20.084, que “establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, entró en vigencia en Chile el 8 de junio de 2007¹. Una de las mayores novedades introducidas con la entrada en vigencia de la ley 20.084 ha sido

* Abogado, Universidad de Chile. Consultor UNICEF.

¹ Publicada en el Diario Oficial con fecha 07.12.2005, y modificada sucesivamente por la Ley 20.110, publicada en el Diario Oficial de fecha 01.06.2006 y por la Ley 20.191, publicada en el Diario Oficial de fecha 02.06.2007 y de fecha 16.06.2007.

la creación de un sistema de control de la ejecución de sanciones, y, ciertamente, ello constituye un avance de nuestro país en el intento de dar cumplimiento efectivo a sus compromisos internacionales y asegurar la existencia de un régimen de sanciones para adolescentes respetuoso de los derechos de la infancia (cf. arts. 37 y 40 Convención sobre los Derechos del Niño²).

En primer lugar, la principal novedad es que la propia ley establece el marco normativo de la ejecución de sanciones aplicables a adolescentes. Es decir, se da concreción a una de las consecuencias que puede desprenderse del principio de legalidad de la pena, en tanto se entiende que dicho principio abarca no sólo el momento de la conminación y de la adjudicación, sino también el momento de la ejecución³, pues la ley debe definir con precisión las características de la pena y el alcance que ésta tiene (p. ej., las circunstancias que permiten su modificación o sustitución), en tanto toda pena constituye una afectación grave de derechos fundamentales mediante el ejercicio de la coacción estatal. La idea según la cual el principio de legalidad de la pena exigiría no sólo la legalidad al momento de la conminación y de la adjudicación, sino también al momento de su ejecución, puede encontrar sustento normativo en el artículo 19 N° 3, incisos 7⁴ y 8⁵, y N° 7, letra b)⁶, de la Constitución Política de la República.

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.084, se consagraron a nivel legal reglas relativas a la administración de medidas no privativas de libertad (art. 42); condiciones mínimas y reglas que deben regir al interior de los centros privativos de libertad, particularmente disposiciones relacionadas con la administración de disciplina interna (arts. 43-48); y un catálogo especial de derechos y garantías de los privados de libertad (art. 49). Hasta antes de la ley 20.084, la efectiva vigencia del principio de legalidad al momento de la ejecución de las penas era inexistente en nuestro sistema jurídico. Con su entrada en vigencia, este principio se materializa efectivamente en el sistema penal adolescente. En el derecho penal de adultos aún persiste la infracción⁷.

En segundo lugar, la regulación legal de la ejecución de la pena que efectúa la Ley 20.084 va acompañada, consistentemente, por el control jurisdiccional de la misma, a través del otorgamiento de competencias a los Jueces de Garantía. De esta forma, el Juez de Garantía del territorio en donde debe cumplirse una sanción de las establecidas por la Ley 20.084, tiene competencia para conocer de los conflictos de derecho que se produzcan durante

² Decreto Supremo N° 830, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27.09.1990.

³ En este sentido, en la dogmática chilena pueden verse Mera Figueroa (1998: 87-88), Horvitz/López (2004: 586) y Valenzuela (2005: 199 ss.). En el derecho comparado, Silva Sánchez (1999: 59 ss.).

⁴ "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

⁵ "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

⁶ "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes".

⁷ En efecto, para los adultos no existe un cuerpo normativo con jerarquía de ley cuyo objeto de regulación sea la ejecución de penas, ni que cree competencias jurisdiccionales para la resolución de conflictos que se presenten al interior de recintos penitenciarios. Sobre el particular, Valenzuela (2005: 199 ss.).

su ejecución (art. 50). Además de lo anterior, dicho juez debe certificar los cumplimientos de sanciones (art. 51); conocer los casos de quebrantamiento de condena (art. 52); y sustituir condenas de oficio o a petición de parte (art. 53) o remitir las mismas (art. 55), entre otras materias.

En el sistema de responsabilidad penal adolescente, en forma paralela a este control jurisdiccional de las sanciones recogido por la Ley 20.084 —que, como ya dije, se ajusta a las exigencias derivadas del principio de legalidad—, el Reglamento de la misma estableció otra forma de control de la ejecución de las sanciones, esta vez de carácter no jurisdiccional, a cargo de las llamadas Comisiones Interinstitucionales de Supervisión. Esta nueva forma de supervisión constituye el objetivo central de este trabajo y paso a revisarla en el siguiente apartado.

2. Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros Privativos de Libertad para Adolescentes

El 8 de junio de 2007, junto con la entrada en vigencia de la Ley 20.084, comenzó a regir su Reglamento⁸. Este cuerpo legal viene a crear un mecanismo no jurisdiccional de control de la ejecución de sanciones que, en varios sentidos, complementa y refuerza el trabajo de control que, de acuerdo a las nuevas competencias otorgadas por la ley, deben desarrollar los Jueces de Garantía en esta materia. Dicho mecanismo consiste en las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión (CIS), reguladas en los artículos 90, 91 y 159 del Reglamento.

Con la creación de las CIS no sólo se cumple con profundizar la supervisión técnica en la ejecución de sanciones, sino que además, y sin perjuicio de ello, se da concreción al menos a dos directrices fundamentales de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*⁹, a saber:

“Regla 7. Cuando corresponda, los Estados deberán incorporar las presentes Reglas a su legislación o modificarla en consecuencia y establecer recursos eficaces en caso de inobservancia, incluida la indemnización en los casos que se causen perjuicios a los menores. *Los Estados además deberán vigilar la aplicación de las Reglas.*” (El énfasis es mío.)

“Regla 14. La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que *los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares* y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, *por un órgano debidamente constituido que esté autorizado*

⁸ Decreto Supremo N° 1378, Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial con fecha 25.04.2007.

⁹ Contenidas en la Resolución 45/113 de la Asamblea General, de fecha 14.12.1990.

para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención.” (El énfasis es mío.)

De particular relevancia resulta la Regla 14, pues ésta distingue claramente entre, por una parte, lo que constituye el control jurisdiccional de la legalidad de la ejecución, cuyo objeto es directamente la protección de los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad, y que en Chile, como más arriba expuse, es una cuestión que queda principalmente radicada en los Jueces de Garantía¹⁰; y, por otra parte, el control no jurisdiccional llevado a cabo por un organismo independiente, fundamentalmente mediante inspecciones regulares, cuyo objeto central es garantizar los objetivos de integración social (objetivos que la Ley 20.084 recoge en varias de sus disposiciones, particularmente en los artículos 15-17, 20 y 44). Todo indica que las CIS son las llamadas a cumplir esta labor.

Las CIS son organismos de carácter regional integrados por miembros de instituciones con particular interés y competencia en el sistema de justicia penal juvenil. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 90 del Reglamento, cada CIS estará integrada por las siguientes ocho personas:

- El Secretario Ministerial de Justicia de la Región (SEREMI)
- Un representante de los colaboradores acreditados que trabajen en el área de infractores de ley
- Un representante de instituciones de la sociedad civil que trabajen en infancia o juventud
- Un representante del mundo académico
- Un representante de la Defensoría Penal Pública
- Un representante del Poder Judicial
- Un representante del Ministerio Público
- Un representante de la Oficina Nacional del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

De acuerdo al mismo precepto, el coordinador de la instancia es el SEREMI, quien además ostenta la facultad para elegir o designar discrecionalmente al representante de los organismos colaboradores acreditados, al representante de la sociedad civil y al representante del mundo académico, sin requerir la autorización, consentimiento o ratificación de los demás miembros de la CIS. Se entiende que el resto de las instituciones llamadas a participar puede designar a sus propios representantes, según estime conveniente.

¹⁰ Esto es sin perjuicio de las acciones de protección o amparo de que puedan conocer los tribunales superiores de justicia.

Cabe hacer notar que el Reglamento señala que los representantes del Ministerio Público, del Poder Judicial y de UNICEF serán “invitados” por el SEREMI a participar en estos organismos, mientras que el resto de los integrantes lisa y llanamente “componen” cada CIS. La distinción no debiera tener mayores implicancias en el trabajo de cada CIS. Es decir, de la calidad de “invitado” no debe deducirse una distinta calidad o estatus para la toma de decisiones al interior de cada CIS. Por ejemplo, no puede deducirse una restricción al derecho a votar en las materias que se sometan a deliberación y decisión de los miembros de cada CIS. La razón de la distinción parece más bien estribar en el carácter autónomo que tienen el Ministerio Público, el Poder Judicial y UNICEF con respecto al Poder Ejecutivo (quien crea el Reglamento y coordina la instancia). Como sea, el SEREMI no está facultado para no cursar la invitación a estas instituciones. La norma es imperativa y no da lugar a discreción: establece la *obligación* de invitarlos.

La función central de cada CIS es visitar los establecimientos en donde adolescentes o adultos condenados como adolescentes¹¹ se encuentren cumpliendo una sanción privativa de libertad o la medida cautelar de internación provisoria. Esto comprende centros cerrados y de internación provisoria —administrados directamente por el Servicio Nacional de Menores (SENAME)—, centros semicerrados —administrados directamente por SENAME o por los colabores acreditados que hayan celebrado convenio con SENAME— y secciones juveniles de los establecimientos penitenciarios de adultos a cargo de Gendarmería de Chile (GENCHI)¹². Así se sigue de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 20.084 y los artículos 91 y 159 de su Reglamento.

Estas visitas deben realizarse por lo menos dos veces al año y la finalidad central que persigue cada CIS con ellas es asesorar en el respeto por los derechos de los adolescentes y por la existencia de condiciones de vida al interior de los establecimientos que sean consistentes con dicho respeto. Para efectos de lo anterior, cada CIS está facultada para pedir informes a toda autoridad pública que sea pertinente en atención a la finalidad que ella persigue, y debe formular recomendaciones a las autoridades e instituciones que tengan incidencia en el objeto de su visita, sean ellas públicas o privadas. Es decir, el círculo de destinatarios de las recomendaciones no se limita a los directores o al personal administrativo de los centros. Finalmente, cada CIS debe enviar un informe al Ministerio de Justicia con las propuestas que se consideren necesarias para mejorar las condiciones de vida de los adolescentes privados de libertad.

El Reglamento no establece mayor regulación en cuanto a la forma de funcionamiento de las CIS, lo que deja varios vacíos regulativos (p. ej., la forma en que deben realizarse las visitas, tomarse los acuerdos al interior de la CIS, plazo y forma para evacuar informes, etc.). Estos vacíos regulativos se han intentado integrar por parte del Ministerio de

¹¹ Según el ámbito de aplicación fijado por el artículo 3 de la Ley 20.084.

¹² En las secciones juveniles a cargo de GENCHI se encuentran aquellos que han cumplido la mayoría de edad estando imputados, condenados o durante la ejecución de la pena, mientras se cumplan los demás requisitos y supuestos establecidos por el artículo 56 de la Ley 20.084.

Justicia, a través de la distribución interna a los SEREMIS de un instructivo de trabajo¹³. Dicho documento efectivamente resuelve varios problemas, aunque por cierto no todos. Entre otras cuestiones, establece ciertas orientaciones generales sobre la forma en que deben realizarse las visitas y los informes, y las áreas más relevantes a supervisar, dando algo de uniformidad a un proceso que debe ser abordado por tantas CIS como regiones existen en el país. Como se verá en el próximo apartado, la forma de efectuar las visitas intenta asemejarse parcialmente al modelo inglés, pues se estructura en tres etapas: una primera, destinada a recopilar información previa sobre el centro que será objeto de la visita; una segunda etapa en que se practica la visita propiamente tal; y una tercera, en que se practica el informe, procurando realizar comparaciones con los resultados de visitas anteriores, y se formulan las recomendaciones. Tanto la formulación de recomendaciones como la entrega del informe de visitas, según este instructivo, deben ser practicadas dentro del mes posterior a la visita. La difusión pública de estos informes sólo figura a modo de sugerencia, dejando en manos del coordinador de la CIS (esto es, el SEREMI respectivo) la decisión de hacerlo o no. Se pretende que en las visitas semestrales se tenga siempre como punto de referencia los resultados de la visita anterior, de manera de evaluar los progresos que se han hecho con respecto a las recomendaciones que la CIS haya realizado con anterioridad.

La realización de las dos visitas anuales reglamentarias no impide que la CIS realice otras visitas, pues el reglamento sólo fija el mínimo. De acuerdo al instructivo de trabajo del Ministerio de Justicia citado, se recomienda la realización de visitas especiales para abordar problemas particulares o de carácter extraordinario, cuando se presente algún incidente o emergencia que lo amerite (p. ej., motines, incendios, aplicación indebida de sanciones, etc.).

Finalmente, el instructivo contempla la existencia de una Secretaría Ejecutiva, conformada por integrantes del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia y un representante de UNICEF, para efectos de apoyo y coordinación del trabajo de las CIS.

3. El sistema inglés de supervisión de centros privativos de libertad

El sistema de ejecución de sanciones inglés involucra a una gran cantidad de organismos, que forman un complejo entramado institucional en el que destaca, por sobre todo, la transparencia de sus actuaciones, sus finalidades complementarias, y el exhaustivo y múltiple sistema de control que se ejerce sobre los establecimientos privativos de libertad¹⁴.

¹³ Dicho instructivo se titula "Instructivo de Trabajo Comisión Interinstitucional de Supervisión Centros Privativos de Libertad Sistema Penal Adolescente Ley N° 20.084". Fue distribuido a los SEREMIS mediante oficio del Jefe de la División de Defensa Social del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia, N° 7618, de fecha 18.10.2007.

¹⁴ Aunque quedará en evidencia más adelante, es importante hacer notar que el sistema de control sobre las prisiones inglesas abarca a todos los establecimientos, no sólo aquellos en que se encuentran adolescentes.

Para simplificar la exposición, primero describiré brevemente el servicio responsable de la administración directa o a través de privados de los establecimientos privativos de libertad: *Her Majesty's Prison Service*; y, con posterioridad, me centraré en los principales mecanismos de control de ejecución de sanciones existentes en Inglaterra, sin adentrarme en la descripción de las muchas otras instituciones con las que dichos mecanismos de control tienen relación. La idea es destacar aquello que pueda servir de modelo y pauta de crítica para el sistema de monitoreo chileno actualmente concentrado en las CIS.

3.1. *Her Majesty's Prison Service* (HMPS)¹⁵

Desde el año 2004, el HMPS forma parte del *National Offender Management Service* (NOMS)¹⁶, que a su turno forma parte del Ministerio de Justicia¹⁷, y que agrupa a todos los servicios y planes de intervención cuyo objeto sea proteger a la ciudadanía y prevenir la reincidencia.

El propósito de HMPS es servir al público manteniendo en custodia a aquellos cuya privación de libertad ha sido ordenada por los tribunales de justicia, cuidando de ellos con humanidad, ayudándolos a conducirse con fidelidad al derecho y a llevar una vida útil tanto dentro del recinto privativo de libertad como fuera de él una vez que sean liberados. La visión que inspira este servicio es proveer de los mejores servicios de prisión, de tal manera que lo que se promueva, finalmente, sea la mayor cantidad de oportunidades posible, y trabajar por el cumplimiento de tres objetivos centrales: (i) mantener en custodia a los prisioneros; (ii) reducir el riesgo de reincidencia de los mismos; y (iii) proveer de establecimientos seguros y ordenados en donde quienes se encuentren privados de libertad sean tratados en forma humana, decente y con apego a derecho.

Para el logro de estos objetivos y de su cometido general, el trabajo del HMPS se inspira en los siguientes principios: (i) trabajar en equipo, tanto entre miembros de la institución como con otros actores del sistema de justicia criminal, para el logro de objetivos comunes; (ii) obtener el mejor rendimiento de los recursos disponibles, siendo la investigación una herramienta central para el aseguramiento de un servicio efectivo; (iii) promover la diversidad, la igualdad de oportunidades y combatir las discriminaciones contrarias a derecho; y (iv) asegurar que el personal de la institución cuente con liderazgo, organización, apoyo y preparación adecuados para llevar a cabo su trabajo de manera efectiva.

HMPS tiene entonces como misión proteger al público, lo que se traduce en mantener una custodia segura de los prisioneros y ejecutar políticas destinadas a reducir la reincidencia.

¹⁵ Este apartado refleja la información disponible en el sitio web oficial de este organismo: <http://www.hmprisonservice.gov.uk/>, y en el HMPS Business Plan 2006-2007, disponible en http://www.hmprisonservice.gov.uk/assets/documents/10001051hmps_business_plan_06-07.pdf.

¹⁶ Ver <http://www.noms.homeoffice.gov.uk/>.

¹⁷ Ver <http://www.justice.gov.uk/index.htm>.

Para HMPS la seguridad de la población está indisolublemente ligada a la prevención de la reincidencia. La prevención de fugas es acompañada en forma consistente con la inversión en programas de educación y rehabilitación de los prisioneros.

HMPS cuenta con valiosa información estadística y cualitativa, disponible al público en su sitio web. Se incluyen estadísticas sobre población privada de libertad, fugas, actividades implementadas, ranking de las prisiones, entre otra información de relevancia.

3.2. Los principales mecanismos de control del sistema de prisiones inglés

3.2.1. *Her Majesty's Inspectorate of Prisons for England and Wales* (HMIP)¹⁸

HMIP es un cuerpo de inspectores independiente encargado de reportar el tratamiento que reciben y las condiciones de vida en que se encuentran los privados de libertad en prisiones, *Young Offender Institutions* (YOI) y centros de deportación de emigrantes. HMIP también es invitado a inspeccionar prisiones en Irlanda del Norte y otros territorios del *Commonwealth*. Su misión es, mediante un examen independiente, promover el concepto de “prisiones saludables”, en las que el trabajo del personal esté orientado a dar apoyo a los privados de libertad bajo su custodia, de manera de cumplir con el objetivo central de reducir la reincidencia, entre otros objetivos relacionados.

El director de HMIP (*HM Chief Inspector of Prisons*) es designado entre personas no pertenecientes al HMPS, por un período de 5 años. Las responsabilidades y funciones de *HM Chief Inspector of Prisons* están establecidas en la Sección 5A de la *Prison Act* de 1952, según fue introducida por la Sección 57 de la *Criminal Justice Act* de 1982. Dichas responsabilidades y funciones son las siguientes: (i) inspeccionar u organizar la inspección de las prisiones de Inglaterra y Gales e informar al gobierno de los resultados; (ii) en particular, informar al gobierno del tratamiento que reciben los prisioneros y las condiciones de las prisiones; (iii) informar respecto a otras materias relacionadas con las prisiones de Inglaterra y Gales o con los prisioneros que se encuentran en ellas; y (iv) presentar un informe anual ante el Parlamento.

El gobierno confiere gran importancia a que este servicio y su labor sean de gran calidad, pues sólo de esta forma se puede garantizar que el público, el Parlamento y el propio gobierno reciban información objetiva, confiable e independiente (sobre todo, independiente de HMPS) sobre las condiciones de las prisiones.

Corresponde a *HM Chief Inspector of Prisons* determinar discrecionalmente el programa de inspecciones y decidir en consecuencia cuáles establecimientos inspeccionar primero y cuáles después, cómo hacerlo y si acaso las visitas deben o no ser anunciadas a dichos establecimientos. En todo caso, debe asegurarse de: (i) inspeccionar todos los

¹⁸ Este apartado refleja la información disponible en el sitio web oficial de HMIP: <http://inspectorates.homeoffice.gov.uk/hmiprisons/>.

establecimientos privativos de libertad de Inglaterra y Gales; (ii) mantener sistemas de información que permitan llevar a cabo las inspecciones concentrándose en las áreas de mayor preocupación o necesidad, de modo que los problemas puedan ser identificados y enfrentados en forma oportuna y eficiente; y (iii) mantener en permanente revisión el proceso de inspección y la composición de los equipos, para de esta forma asegurar la mantención de los estándares de calidad de las inspecciones y que los objetivos de la institución sean logrados con los recursos disponibles.

HM Chief Inspector of Prisons debe publicar la metodología en base a la cual se realizarán las inspecciones a los establecimientos, incluyendo qué fuentes de información cuentan como evidencia. Además, es deber de *HM Chief Inspector of Prisons* trabajar en forma coordinada con otros servicios o autoridades relacionados (p. ej., tribunales u órganos encargados de la persecución penal).

HM Chief Inspector of Prisons dirige cinco equipos. Cada uno de estos equipos se especializa en la inspección de un tipo específico de establecimiento de custodia, por ejemplo, centros para jóvenes (los citados YOI), centros para inmigrantes, prisiones para mujeres adultas, prisiones para hombres adultos. Cada equipo cuenta con miembros también especializados: inspectores a cargo de salud, drogas, asuntos raciales u otros temas especiales, investigadores, personal administrativo y personal a cargo de labores editoriales.

HMIP trabaja en forma conjunta con otros organismos de inspección (p. ej., la *Dental Practice Board* y la *Royal Pharmaceutical Society*). Este trabajo conjunto permite asegurar que los conocimientos especializados o de expertos sean utilizados en forma eficiente, y no practicar varias visitas organizadas por entidades distintas pero con un mismo objeto.

HMIP trabaja de acuerdo a un programa de inspecciones que mezcla criterios cronológicos con criterios de evaluación de riesgos. Los tipos de inspecciones que realiza el HMIP de acuerdo a los criterios recién señalados son los siguientes:

- (i) Inspecciones Completas (*Full Inspections*). Los establecimientos privativos de libertad de adultos y jóvenes-adultos son inspeccionados cada cinco años. Los establecimientos juveniles son inspeccionados cada tres años. Estas inspecciones toman al menos una semana, y pueden ser o no anunciadas. Todos los inspectores tienen derecho a ingresar a los establecimientos, por lo que el personal de estos recintos no puede prohibirles el acceso. El cuerpo de inspectores recolecta información de diversas fuentes, incluyendo el personal que trabaja en los establecimientos, las personas privadas de libertad, las visitas y cualquier otra persona que pueda tener interés en el establecimiento inspeccionado. Los resultados de la inspección son informados a los jefes del establecimiento y los informes de estas visitas son publicados dentro de las 16 semanas siguientes a la inspección¹⁹. Se espera entonces que el establecimiento diseñe y ponga en ejecución

¹⁹ En http://inspectorates.homeoffice.gov.uk/hmiprison/inspect_reports/ se encuentran disponibles informes de inspecciones desde el año 1998.

un plan de acción basado en las recomendaciones hechas en el informe dentro de un breve período posterior a la publicación del informe.

- (ii) Inspecciones Completas de Seguimiento (*Full Follow-up Inspections*). Estas inspecciones no son anunciadas y su realización o no realización está en directa relación con los niveles de riesgos que puedan haber implicados en el establecimiento. En estas inspecciones el equipo evalúa los progresos realizados y el grado de cumplimiento de los compromisos asumidos y se analizan en profundidad las áreas que fueron objeto de especial preocupación en la inspección completa previa.
- (iii) Inspecciones Cortas de Seguimiento (*Short Follow-up Inspections*). Estas inspecciones tampoco son anunciadas y se dirigen a áreas de supervisión o asuntos que, de acuerdo con el informe anterior y la información disponible en el sistema, son menos problemáticos en términos comparativos.

La metodología de trabajo utilizada en las inspecciones (particularmente en las Inspecciones Completas) es la siguiente. Cada inspección es desarrollada en tres etapas claramente diferenciadas: (i) una visita previa a la inspección, (ii) la inspección propiamente tal, y (iii) trabajo posterior a la inspección. A continuación expondré brevemente cómo se trabaja en cada una de dichas etapas.

- (i) Visita previa a la inspección. Un mes previo a la inspección completa anunciada, un inspector visita el respectivo establecimiento con el objetivo de planificar la visita y recoger o solicitar información preliminar. Adicionalmente, los investigadores del equipo realizan sondeos o encuestas entre privados de libertad que constituyan una porción representativa de la población interna, garantizando confidencialidad y anonimato. Los resultados de estos sondeos o encuestas constituyen evidencia relevante que es puesta a disposición de los inspectores con anterioridad a la visita para su conocimiento previo.
- (ii) Inspección. Todas las inspecciones se realizan utilizando criterios uniformes de inspección, que toman la forma de guías de estándares e indicadores elaboradas y publicadas por HMIP, tituladas *Expectations*²⁰. Estas guías están basadas en los estándares internacionales de derechos humanos, aunque también recogen estándares y directrices provistos por la legislación interna o por HMPS, y, en términos generales, aquellos principios que se consideran esenciales para la seguridad, el respeto, la realización de actividades provechosas y la reintegración en la comunidad de las personas privadas de libertad. Las guías especifican los criterios de inspección mediante la utilización de indicadores precisos, objetivos y verificables empíricamente, así como también señalan las fuentes en donde se debe recoger la evidencia para su constatación y evaluación. Las

²⁰ Existen al menos tres guías de estándares e indicadores: una para privados de libertad en general, otra especial para jóvenes privados de libertad y otra especial para inmigrantes. Cada una de ellas comprende un conjunto de estándares relativos a tópicos relevantes dentro de la vida en prisión, desde el ingreso hasta la reintegración en la comunidad (p. ej., salud, actividades, orden, seguridad, reintegración, etc.), y cada uno de dichos estándares se descompone en un número variable de indicadores cuyo cumplimiento puede ser verificado empíricamente. Todas estas guías están disponibles en <http://inspectorates.homeoffice.gov.uk/hmiprison/our-work/>.

fuentes de evidencia son amplias e incluyen: *focus groups* con prisioneros, entrevistas individuales con el personal del establecimiento y con prisioneros, documentos y observación directa. Se garantiza que los privados de libertad puedan hablar con los inspectores bajo confidencialidad y anonimato. Las conclusiones del equipo de inspección son compartidas con el director y los miembros importantes del establecimiento durante la visita, y se les entrega un reporte formal de ellas el último día de la visita.

- (iii) Trabajo posterior a la inspección. Los reportes o informes son preparados teniendo como marco evaluativo el concepto de “prisión saludable”, concepto que ha sido desarrollado notablemente por HMIP y que encuentra apoyo en cuatro ideas centrales: (i) seguridad, esto es, que los privados de libertad, incluso aquellos en situación más vulnerable, sean custodiados en forma segura; (ii) respeto, esto es, que los privados de libertad sean tratados con respeto y consideración hacia su dignidad en tanto seres humanos; (iii) actividades provechosas, esto es, que los privados de libertad sean capaces de y sean incentivados a realizar actividades que vayan en su directo beneficio; y (iv) reintegración, esto es, que la prisión cumpla con preparar a los privados de libertad para su reingreso a la comunidad y que éstos reciban apoyo para reducir las probabilidades de reincidencia.

Los informes de inspección son publicados dentro de las 16 semanas siguientes a la inspección. En forma previa a la publicación, HMPS o el responsable del establecimiento inspeccionado es invitado a corregir los errores de hecho que pueda contener el informe. Con posterioridad, dentro de los dos meses siguientes a la publicación del informe, el establecimiento debe elaborar y comenzar a ejecutar un plan de acción basado en las recomendaciones. Dentro de los doce meses siguientes el establecimiento debe realizar un informe de avances de dicho plan de acción.

Con la finalidad de mejorar la metodología del trabajo, después de cada proceso de inspección existe un trabajo de retroalimentación con el director y el equipo directivo del centro. También se realizan sondeos o encuestas entre actores relevantes para garantizar que el contenido y la estructura de los informes sean apropiados e informativos para la mayor cantidad de público posible.

HMIP, además de sus funciones de inspección, realiza también otras actividades anexas de relevancia, entre las que destaca la publicación periódica de pequeños estudios sobre temas específicos de ejecución de sanciones. Esta actividad se ha ido desarrollando en forma conjunta con otros servicios de inspección que participan en el sistema de justicia criminal.

3.2.2. Independent Monitoring Board (IMB)²¹

Cada prisión o centro para detención de inmigrantes cuenta en su interior con una IMB. Sus miembros son ciudadanos independientes, que no reciben remuneración alguna por esta

²¹ Este apartado refleja la información disponible en el sitio web oficial de IMB: <http://www.imb.gov.uk/>.

labor. Cada IMB se reúne periódicamente y elabora un informe anual de sus actividades que es publicado para conocimiento de la comunidad.

Su función es monitorear la vida diaria en los centros privativos de libertad ubicados dentro de su respectiva comunidad, asegurándose de que se cumplan estándares de cuidado y seguridad adecuados. Esta función demanda a sus miembros un promedio de 2 a 3 días de trabajo por mes. Los miembros de las IMB tienen acceso irrestricto a la prisión o centro de detención de inmigrantes local y a sus dependencias, y pueden conversar con los privados de libertad que deseen sin presencia de personal perteneciente al establecimiento.

En el ejercicio de sus funciones, los miembros de cada IMB pueden resolver importantes problemas al interior de los recintos. De hecho, si un privado de libertad tiene algún problema (p. ej., problemas relacionados con atentados contra la propiedad, visitas de familiares o amigos, reclamos por *bullying*, etc.) que no ha podido resolver por los mecanismos internos que contempla el establecimiento, puede solicitar la visita de un miembro de la IMB competente.

3.2.3. Prisons and Probation Ombudsman²²

El Ombudsman es designado por el Secretario de Estado de Justicia, y es completamente independiente de HMPS y del *National Probation Service for England and Wales* (NPS)²³.

El Ombudsman cumple dos funciones básicas: (i) investigar los reclamos realizados por individuos privados de libertad, sujetos a libertad condicional o inmigrantes detenidos que no han sido satisfechos por el sistema de reclamos internos al servicio de prisiones; y (ii) investigar las muertes de individuos privados de libertad producidas en establecimientos para condenados, en centros para alojamiento de individuos sujetos a libertad condicional o en centros de detención de inmigrantes.

Para cumplir con sus funciones el Ombudsman está facultado para investigar todas las decisiones tomadas por el personal que trabaja en prisiones o en centros para privación de libertad, sea que forme parte o no del servicio de prisiones, con algunas excepciones (p. ej., las decisiones del personal médico que involucren juicio clínico).

El Ombudsman sólo toma en consideración para una posible investigación aquellos reclamos que, a juicio del reclamante, no han recibido una respuesta por parte de HMPS o del NPS, o ésta no ha sido satisfactoria.

Una vez que el Ombudsman decide investigar un reclamo, está facultado para ingresar a los establecimientos, entrevistarse con el personal o con internos, y puede acceder a documentación incluso de carácter clasificada, siempre dentro del marco de su investigación.

²² Este apartado refleja la información disponible en el sitio web oficial del *Prisons and Probation Ombudsman*: <http://www.ppo.gov.uk/>.

²³ Ver <http://www.probation.homeoffice.gov.uk/output/Page1.asp>.

Después de finalizada su investigación, el Ombudsman envía sus recomendaciones al Director del establecimiento respectivo y da respuesta al reclamo dentro de las 12 semanas siguientes a la calificación del reclamo como apto para ser investigado. El HMPS o el NPS, según sea el caso, deben responder a las recomendaciones hechas por el Ombudsman en el plazo de 4 semanas.

Finalmente, el Ombudsman debe elaborar un informe anual de sus actividades, el que es presentado al Parlamento.

4. El sistema de supervisión chileno frente al sistema inglés. Aspectos problemáticos

De las características del modelo de supervisión inglés me parece que es claro que se pueden extraer varias recomendaciones para el sistema chileno. Aquí me concentraré en cuatro aspectos en los que el sistema chileno es, a mi juicio, claramente deficitario y en los que evidentemente falta mucho trabajo por hacer. Estos aspectos críticos me parecen centrales para que un sistema de supervisión opere en forma correcta y eficiente, y exigen esfuerzos tanto de diseño institucional como de gestión. Se trata de los siguientes:

- (i) Precariedad institucional. A diferencia de lo que sucede en Inglaterra, el respaldo institucional del modelo de supervisión chileno es en extremo precario: se trata meramente de un Reglamento establecido por decreto emanado de la administración del Estado, de quien dependen los servicios responsables de los establecimientos privativos de libertad (SENAME y GENCHI). Es decir, bastaría con otro decreto para terminar con la existencia de las CIS o modificar su organización y atribuciones. Para una efectiva fortaleza institucional, el respaldo normativo de las CIS debiese ser de rango legal y no meramente reglamentario. Esto, además de otorgar fortaleza, redundaría finalmente en una forma de garantizar la independencia del organismo encargado de inspecciones, puesto que su existencia y configuración ya no quedarían a discreción del Poder Ejecutivo, sino de una instancia de mayor legitimidad democrática como es el Poder Legislativo. Lo anterior debiese ir acompañado de procedimientos más democráticos o imparciales para el nombramiento de aquellos integrantes que hoy en día son designados a discreción del SEREMI.
- (ii) Falta de información y publicidad. Es claro que, en tanto puedan calificarse sus actuaciones como actos administrativos, los informes de las CIS quedan sujetos al principio de publicidad de las actuaciones del Estado, recogido actualmente a nivel constitucional²⁴. Hasta ahora, no se ha cumplido cabalmente con ese estándar. En comparación con el modelo de supervisión inglés, la información disponible en Chile es prácticamente inexistente. Si bien las CIS comenzaron a funcionar el año pasado,

²⁴ Cf. artículo 8° de la Constitución Política de la República, según la modificación introducida por la Ley 20.050.

y han completado una primera ronda de vistas e informes, tales documentos no se encuentran disponibles de forma que la ciudadanía pueda acceder a ellos con facilidad. Pero no es suficiente con que esa documentación esté disponible para quien la solicite. Una materia como la ejecución de sanciones, es decir, uno de los ámbitos —tal vez *el* ámbito— en el cual se concentra con mayor intensidad el uso de la coacción estatal y la consiguiente afectación de derechos fundamentales, no puede estar ajeno al escrutinio de la ciudadanía. Aquí, por lo tanto, no sólo debe existir un libre acceso a la información, sino que recae sobre el Estado la obligación positiva de brindar información de esta naturaleza a la sociedad civil. Cobra plena vigencia el principio de “máxima revelación de la información”, de acuerdo con el cual el Estado tiene el deber *prima facie* de divulgar toda información, salvo que concurra alguna causa calificada que justifique negarse a ello (p. ej., el respeto a derechos de terceros, la seguridad nacional, etc.)²⁵. En esta materia no existe justificación alguna para que la información no sea puesta a disposición de la ciudadanía a través de medios adecuados de publicidad (p. ej. en un sitio web). En Inglaterra, por contraste, y como ya señalé más arriba, no sólo están disponibles los informes de visitas de las entidades supervisoras (particularmente los informes de HMIP), sino que también es el propio organismo responsable de los establecimientos privativos de libertad (HMPS) quien da a conocer al público información relevante sobre los establecimientos privativos de libertad (población en general, número de fugas, ranking de prisiones de acuerdo al cumplimiento de ciertos estándares, etc.).

- (iii) Evaluación estandarizada y de calidad técnica. El sistema inglés logra evaluar con iguales criterios los establecimientos objetos de control. Esto es particularmente cierto con respecto a HMIP, que cuenta con las guías de estándares e indicadores *Expectations* ya citadas, aplicables según tipo de establecimiento. En Chile aún no se cuenta con un instrumento oficial de esa naturaleza y calidad. Se han generado instrumentos de recolección de evidencia, pero de alcance más limitado y con metodología muy básica. Por ello, es necesario contar con un instrumento de carácter oficial como las guías inglesas, que dan concreción a los estándares de derechos humanos como criterios de evaluación, mediante la formulación de indicadores verificables empíricamente. La necesidad de un instrumento de esa naturaleza se hace sentir con mayor fuerza cuando el sistema de supervisión es extremadamente atomizado, como es el caso de Chile, en que hay una CIS por cada Región del país.

Junto a lo anterior, una práctica que dotaría de mayor seriedad y calidad técnica a la supervisión de las CIS, sería que entre sus miembros se contara con personal especializado en materias que exigen mayor conocimiento técnico (p. ej., un médico, algún experto en materias de seguridad y prevención de riesgos, alguien con experiencia en metodología de la investigación, etc.), tal como sucede en Inglaterra.

²⁵ Cf. Olmedo (2006: 276), quien trata este principio a propósito de la interpretación que hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

(iv) Extensión. Los sistemas de control ingleses abarcan prisiones de adultos, de jóvenes, de inmigrantes, y de personas haciendo uso de libertad condicional; es decir, *todo* recinto privativo de libertad queda sujeto a control. En Chile, las CIS sólo tiene competencia en recintos privativos de libertad para adolescentes. Ciertamente Chile está en deuda hace ya bastante tiempo en este sentido. Sin perjuicio de lo anterior, habría que partir lógicamente por contar con una ley de ejecución aplicable a adultos²⁶.

5. Conclusión

La Ley 20.084 y su Reglamento ciertamente constituyen un avance en lo que respecta al control de la ejecución de las sanciones. En este sentido, las CIS constituyen una herramienta novedosa y de mucha utilidad para velar por que al interior de los centros privativos de libertad para adolescentes existan condiciones de vida compatibles con sus derechos fundamentales y funcionales a la finalidad de integración social que buscan las sanciones de este nuevo sistema. Sin embargo, se trata de un modelo de control institucionalmente precario. Tal como queda en evidencia al revisarse un modelo de control como el existente en Inglaterra, el sistema de supervisión chileno adolece de varios problemas. Entre estos destacan la precariedad institucional de las CIS; la carencia de instrumentos que permitan una evaluación exhaustiva y estandarizada; la falta de publicidad de sus actuaciones y la falta de información disponible en forma instantánea sobre los centros privativos de libertad; y el limitado ámbito de establecimientos sujetos a supervisión. Algunos de estos problemas exigen un nuevo diseño institucional; otros, simplemente una mejor gestión de los recursos ya disponibles.

²⁶ Sobre el particular, Valenzuela (2005).

Bibliografía

- Bustos/Hormazábal (1997). *Lecciones de Derecho Penal* (Madrid: Trotta, volumen I).
- Horvitz/López (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago: Jurídica de Chile, tomo II).
- Mera (1998). *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno* (Santiago: Conosur).
- Olmedo (2006). "Acceso a la información pública en Chile. Comentarios sobre una institucionalidad pendiente", *Anuario de Derechos Humanos 2006*, pp. 275-282.
- Silva Sánchez (1999). *Perspectivas sobre Política Criminal Moderna* (Bs. Aires: Ábaco).
- Valenzuela (2005). "Estado Actual de la Reforma al Sistema Penitenciario", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, pp. 191-209.
- Werth (2005). *Sistemas de Justicia Juvenil: la experiencia comparada. Estados Unidos, Canadá y Reino Unido* (Disponible en: http://www.pazciudadana.cl/upload/areas_info_penas/PENAS_20071004112312.pdf).

Sitios web

- HM Inspectorate of Prisons: <http://inspectors.homeoffice.gov.uk/hmiprisons/>. Último acceso: 06.10.2008.
- HM Prison Service: <http://www.hmprisonservice.gov.uk/>. Último acceso: 06.10.2008.
- Independent Monitoring Boards: <http://www.imb.gov.uk/>. Último acceso: 06.10.2008.
- Ministry of Justice: <http://www.justice.gov.uk/index.htm>. Último acceso: 06.10.2008.
- National Offender Management Center: <http://www.noms.homeoffice.gov.uk/>. Último acceso: 06.10.2008.
- National Probation Service: <http://www.probation.homeoffice.gov.uk/output/Page1.asp>. Último acceso: 06.10.2008.
- Prisons and Probation Ombudsman: <http://www.ppo.gov.uk/>. Último acceso: 06.10.2008.

EL ROL DEL JUEZ EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

El propósito de la presente es realizar un estudio somero de los Sistemas de Justicia Penal de Adolescentes, de los diferentes roles de los componentes del mismo, con especial detenimiento en las funciones del Juez Penal de Adolescentes.

Adelanto que utilizo esta expresión que me parece más adecuada que la de “Justicia Penal Juvenil” que, inspirada en los sistemas europeos, engloba en el concepto de juvenil no solamente el arco etario que culmina en los 18 años de edad —Convención sobre los Derechos del Niño art. 1— sino también la franja que va de los 18 a los 23 años según los casos, que también se rigen por las normas de este Derecho Penal Mínimo.

El plan que seguiremos será analizar los elementos básicos y que distinguen un Sistema de Justicia Penal de Adolescentes, para incursionar posteriormente en los roles de los integrantes del mismo.

Se tendrán en cuenta los conceptos y contenidos de la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobado en el período de sesiones transcurrido del 15 de enero al 2 de febrero de 2007.

Estas Observaciones Generales tienen especial importancia dado que constituyen el estándar mínimo exigible a todos los Estados Miembros en el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Antes de ingresar al tema debe hacerse mención a la particular situación de nuestro continente y en especial de la región, que tempranamente iniciaron un período de ajustes legislativos, aún no finalizado y en proceso de elaboración y de análisis permanente.

El propio Comité de los Derechos del Niño, a través de sus Observaciones al considerar los informes de los países conforme el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha señalado las contradicciones de las legislaciones nacionales y también las debilidades en la puesta en práctica de tales legislaciones.

En nuestra región, algunas reformas son muy recientes —Chile, Uruguay—. En Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente es la legislación pionera del continente. Argentina en lo penal se encuentra en proceso de reforma.

Sistema de justicia penal de adolescentes

Conforme el artículo 40 párrafo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

Cada Estado determinará la forma cómo concreta el desarrollo de este sistema específico, a través de leyes especiales o de reformas a las leyes generales en materia penal y procesal.

Es interesante señalar que este principio de especialización propio de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene consagración constitucional en el Uruguay desde la Constitución de 1934.

El actual artículo 43 de la Constitución Nacional establece que:

“La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer”.

El mismo año de puesta en vigencia de la Constitución se aprobó el Código del Niño que procuró poner en práctica aquellos principios. No obstante, debido al imperio de la doctrina de la situación irregular, el Código desconoció a los niños y adolescentes las garantías mínimas para todos los habitantes de la República que se derivaban de los principios constitucionales.

En síntesis el artículo en cuestión consagra constitucionalmente el **principio de respuesta penal específica** que contempla los siguientes elementos:

- a) se trata de lo que se identifica como “delincuencia infantil” es decir:
- b) las personas que no son mayores de edad, hasta los 18 años (art. 34 Código Penal);
- c) pueden infringir la ley penal;
- d) tal conducta debe tener consecuencias jurídicas;
- e) las mismas resultarán de una ley especial que al efecto se debe dictar;
- f) según el constituyente esa ley debe contener por los menos los principios de una jurisdicción y un proceso especial;
- g) la mujer, en su proyección simbólica de máxima protectora, deberá tener participación destacada en el sistema.

En consecuencia, la especialización propia de todo Sistema de Justicia Penal de Adolescentes se encuentra esbozada con firmeza en el contenido de la Constitución uruguaya desde 1934 en adelante.

Criterios de organización

Volviendo al Comité, los criterios de organización de un Sistema de Justicia Penal de Adolescentes deben ser, entre otros, el de **eficacia**. Es decir, que debe actuar con ajuste a la finalidad que persigue, o sea, hacer efectivos los derechos y garantías de los adolescentes sometidos a proceso penal, asegurando la plena vigencia de los mismos y que el juicio de responsabilidad se adecue a los principios del debido proceso legal.

Se exige también la **amplitud**, es decir, que contemple los verdaderos estadios o sectores de su intervención, no solamente los propiamente jurisdiccionales, sino también los servicios de apoyo, policiales a título de ejemplo, y la ejecución de las medidas que se apliquen a los adolescentes como consecuencia de su acción u omisión contraria a la ley penal. Comprende también el alcance nacional del sistema, abarcando a todas las zonas geográficas de cada Estado.

Deben existir en las distintas áreas **Unidades Especializadas** en consecuencia: policía, judicatura, sistema judicial, fiscalía, defensa especializada, igualmente otro tipo de asistencia especializada —trabajadores sociales, consejeros, por ejemplo—.

También deben existir **servicios especializados de apoyo**, en que se deberá contar con el concurso de la sociedad civil a través de las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la temática.

Tales servicios serán a título de ejemplo de libertad vigilada, de asesoramiento y de supervisión, centros diurnos y de atención y tratamiento.

Se debe asegurar la coordinación imprescindible para que la intervención de todos los elementos tenga un carácter sistemático y ajustado a los principios de la Convención.

Deben generarse las condiciones adecuadas para la más amplia participación, tanto de los sectores públicos como de la sociedad civil, en el diseño de programas y formas de evaluación permanente del sistema.

Capacitación

Todos quienes participan del sistema, tanto en el plano institucional como en el particular de cada uno de los operadores, deberán capacitarse de manera sistemática y continua.

Sin tal capacitación, la calidad y eficacia del sistema de Justicia Penal de Adolescentes desciende y pone en peligro los derechos que pretende preservar: se vuelve antifuncional a sus objetivos.

La formación debe abarcar no solamente los aspectos legales u orgánicos del sistema, sino y de manera primordial, la capacitación respecto a la persona del adolescentes.

Deben tenerse los conocimientos que permitan comprender los sentimientos y necesidades propias de los adolescentes; lo que el adolescente siente en el momento concreto de su existencia por el que está pasando, pues solamente a partir de esas necesidades se podrán arbitrar los medios necesarios para que asuma su responsabilidad y aprehenda el destino educativo final de la intervención penal.

El juez

Para desarrollar el rol de Juez, de alguna manera central en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal de Adolescente, es conveniente tomar un cuadro de Emilio García Méndez, cuando compara el sistema penal de la Situación Irregular, con el de la Doctrina de la Protección Integral de Derechos.

SITUACION IRREGULAR	PROTECCION INTEGRAL
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
Adolescente 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

Estas actitudes e intervenciones claramente antagónicas, y que en lo teórico se aprecian nítidamente como contrarias al principio del Estado de Derecho, en la práctica cotidiana no se distinguen con tanta nitidez. Es posible a menudo encontrar que se actúa —hasta de manera no conciente— en el sentido que se repudia de la situación irregular.

La falta del desarrollo de una Defensa adecuada, por ejemplo, permite que el Juez actúe casi de manera omnímoda frente al adolescente.

La inexistencia de un Ministerio Público capacitado y especializado también deja un amplio margen de maniobra a la arbitrariedad judicial.

De la misma manera, cuando en lugar de la responsabilidad por los hechos acreditados en la causa —responsabilidad por acto— se da papel predominante a los rasgos de personalidad del adolescente —entorno familiar o social, consumo de sustancias adictivas u otras— se está actuando en el marco de un derecho penal de autor, ajeno al sentido de la Convención y de todos los ordenamientos constitucionales de nuestro continente.

El presente cuadro debe ser tomado muy en cuenta al momento de intervenir como Juez Penal de Adolescente, como un listado de la forma como nunca debemos actuar los jueces y sí de cómo debemos hacerlo.

A su vez, es una suerte de libreto para todas las partes del proceso, que nunca debe ser olvidado.

Principios básicos de una política general

- No discriminación (art. 2) - Directrices de Riad (Art. 56): “Deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito, ni sea sancionado cuando lo cometa un adulto, se considere delito, ni sea objeto de sanción, cuando es cometido por un joven”.
- Interés superior del Niño (art. 3): culpabilidad disminuida del adolescente en relación a los adultos ante la misma situación; sistema separado de Justicia, trato diferente. Es interesante señalar que en forma contraria al discurso habitual, la preservación de tales principios se puede realizar en forma simultánea a la preservación de los derechos de los restantes ciudadanos —víctimas, denunciantes, la sociedad en general—. Como reiteradamente se ha señalado el binomio predominante en la Doctrina de la Protección Integral es el de Severidad con Justicia.

En síntesis: el interés superior del niño es el derecho a una sentencia justa dictada en el marco del debido proceso legal.

- El Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo: se debe garantizar plenamente (art. 6). Significa la prohibición de aplicar la pena capital y la reclusión perpetua.
- El respeto a la opinión del Niño (art. 12): es un elemento decisivo en cuanto a la calidad de sujeto de derecho del adolescente, cuya responsabilidad se dirige en la Justicia Penal de Adolescentes.
- Dignidad (art. 40.1) - Principios fundamentales relativos al trato:
 - Trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; según el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Debe respetarse a lo largo de todo el proceso. Tal vez son las etapas iniciales de detención e intervención policial y en la de ejecución de medidas donde se hace más necesario preservar ese trato.
 - Un trato que fortalezca el respeto del niño, por los Derechos Humanos, y las libertades de terceros. No es posible exigir al niño en cuanto sujeto de derechos el respeto a los derechos de los demás, si la sociedad no respeta y vulnera los derechos del mismo (art. 79 del Código de la Niñez y Adolescencia).

- Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del Niño, y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la Sociedad. En todas las etapas debe considerarse el desarrollo progresivo del niño, la adquisición paulatina de autonomía y las distintas formas de violencia contra el mismo que se producen en el desarrollo del proceso penal.
- El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los mismos por el sistema de Justicia. Tal violencia no solamente deriva de las formas más evidentes tales como los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Existe una violencia sutil y mucho más degradante que es la que se ejerce a través de la discriminación por razones de edad, de origen o culturales. Por el destrato derivado de la falta de consideración de su situación de sujeto en especial situación de vulnerabilidad. Por la aplicación de teorías peligrosistas.

El Juez y el proceso

El Juez desarrolla su actividad en el marco del Proceso Penal de Adolescentes.

Muchas veces las prácticas llevan a perder perspectiva del objeto y finalidad de dicho proceso especial, que como se viera *ut supra* deriva de imperativos constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La práctica hace que los operadores se desorienten, actúen erróneamente y, en definitiva, afecten los derechos de los adolescentes a través de su intervención, cuando estos principios no se tienen asumidos como esenciales.

Objeto

El proceso penal de adolescentes tiene por objetivo determinar si existe o no mérito para declarar a una persona adolescente como autora de un acto descrito como delito por la ley penal y en su caso aplicar una medida o sanción de tipo educativo.

Quedan exiliadas en consecuencia del objeto de este proceso las medidas de protección, las finalidades puramente educativas. La consideración de si existe o no responsabilidad es su objeto y fin: si existe la posibilidad de imputar un acto subjetiva y objetivamente, se deberá dictar sentencia en consonancia con tal juicio (arts. 70 y 71 del C. N. A.).

Al considerar la medida a aplicar como consecuencia de tal declaración de responsabilidad, recién empezarán a jugar las consideraciones sobre el efecto educativo de dichas medidas.

Características

Es un claro proceso de partes, donde cada una de ellas cumple un rol procesal perfectamente definido:

- ➔ Juez como un tercero imparcial que decide un conflicto jurídico;
- ➔ Ministerio Público en representación de la sociedad cumpliendo sus funciones de acusador público;
- ➔ El adolescente y la Defensa, en un papel netamente jurídico de ésta, siendo su objetivo esencial controlar a las otras partes en el proceso, para la plena aplicación de los derechos y garantías del defendido en cuanto a la atribución de responsabilidad. Su objetivo será obtener la absolución o, de lo contrario, la medida más adecuada.

De la preservación estricta de estos roles depende que el proceso en cuestión se desarrolle conforme el estándar jurídico del debido proceso legal.

Cuando uno de los actores procesales abandona el rol que legalmente le corresponde, invade y asume el rol de otra de las partes y violenta en consecuencia la garantía del contradictorio y de la igualdad, su actuación es en perjuicio de los derechos del adolescente.

Así el Juez que pretende “proteger” al adolescente, asume una actitud que no le corresponde, pues deja de ser el tercero imparcial que resuelve el conflicto.

En el mismo plano, el representante del Ministerio Público que se desplaza desde el rol de acusador al de “protector”, perjudicará a quien pretende proteger pues incursionará en terrenos que le están prohibidos, tomando en consideración aspectos ajenos al juicio de responsabilidad.

Finalmente, el rol de la Defensa se vulnera cuando se sostienen posiciones como la de que es mejor privar de libertad, que mantener al adolescente en un ámbito de convivencia que se considera inadecuado —¿quién controla esta decisión, en base a qué parámetros se adopta?—

La experiencia enseña que esta confusión de roles e invasión de áreas ajenas es la mayor fuente de vulneración de los derechos de los adolescentes.

La simbología

Además de los presupuestos desarrollados, el proceso contiene una importante carga simbólica y de contenidos no manifiestos.

Es la intervención de terceros, en este caso el Estado, ante la infracción a la ley penal cometida por un adolescente.

Para quien está sometido al proceso los mensajes deben ser claros en todos los sentidos.

En primer término, como límite que la sociedad pone a conductas que no son queridas por el colectivo social. Mediante la aplicación de normas que determinan el mínimo común denominador de conductas no aceptadas por la sociedad.

Esa actividad debe desarrollarse de manera justa pero también de manera clara, patente, que no deje dudas.

El adolescente debe comprender qué es el proceso, por qué razón está en el mismo y debe explicarse detenidamente cada una de las etapas y qué derechos están en juego.

El ser juzgado tiene que ser asumido en toda su magnitud.

Es por eso que debe reforzarse en la práctica el rol simbólico del proceso, esencialmente en cuanto al papel que cumple cada una de las partes. De lo contrario, estará sometido a un proceso kafkiano en que nada entenderá y todo será en definitiva un acto de irracionalidad, que será visualizado por el adolescente como una violencia más contra su persona.

Los roles procesales deben estar claramente delimitados, por ejemplo, en la sala de audiencias, correspondiendo un lugar específico, definido, propio a cada parte: al Juez, al Ministerio Público y al adolescente acompañado por su Defensa.

El diseño de la sala de audiencias, en definitiva, el escenario en que se desarrolla la peripetia procesal, debe respetar esta necesidad de claridad y diferenciación.

De la misma manera que las decisiones que se adopten deben ser razonadamente explicadas y lo suficientemente diáfanos para ser entendidas por el adolescente. De lo contrario, para el adolescente será una decisión arbitraria, que lo afirmará en la violencia ejercida desde el mundo adulto.

Características esenciales de la actuación del juez

El principio de intermediación es esencial a todo sistema de Justicia y resulta reforzado en el Sistema de Justicia Penal de Adolescentes. El Juez debe estar en contacto directo con el adolescente, el que tiene derecho a participar con conocimiento de causa, como se dijera antes, y en forma personal en todos los actos del proceso.

Solamente así podrá comprenderse las necesidades del adolescente sometido al proceso y éste dialécticamente crecerá en sintonía con el avance progresivo de las distintas etapas procesales.

Existen determinados criterios deontológicos que son propios de toda actividad jurisdiccional, principios a los que están sometidos quienes ejercen la misma.

El Juez Penal de Adolescentes actúa según los principios comunes, con las características que se desarrollarán a continuación. Pero el carácter diverso de la materia competencial en que

interviene, exige un alto contenido humanístico y la necesidad de desarrollar una forma de comunicación de comprensión y, en definitiva, una gran empatía con el adolescente. Concebida ésta como la capacidad de “ponerse en el lugar del otro” para comprenderlo, entenderlo y estar en condiciones de comunicarse de manera fluida y libre con el adolescente.

- **Competencia** – derivada de la ley, y actuando con eficiencia y eficacia. En este último sentido, se considera como la aptitud para el dictado de sentencias justas dentro de un plazo razonable. Los procesos deben ser acotados en el tiempo, en función de la edad del adolescente y los cambios en su personalidad que se producen de manera acelerada; no pueden durar muchos meses y es inadmisibles que duren años.
- **Independencia** – normalmente se entiende respecto de las presiones de orden político. En Justicia de Adolescentes existen otras presiones como la de los medios de comunicación, que tienden a magnificar las conductas delictivas de los adolescentes. Igualmente la presión social que se ejerce sobre los jueces, especialmente en las pequeñas concentraciones urbanas, donde se les exige que abandonen su rol, en detrimento de los derechos del adolescente, y que actúen en función de difusos derechos de la comunidad. Así se exige el exilio y destierro de quienes han cometido infracción a la ley penal por parte de estos intereses.
- **Imparcialidad** – el Juez no protege, aplica de manera imparcial la norma jurídica, como se dijera anteriormente.

Rasgos distintivos del proceso penal de adolescentes

- 1) Es un procedimiento que deriva en la limitación de derechos constitucionales, por ello debe partir de un carácter efectivamente garantista.
- 2) Tiene como objetivos esenciales asegurar el interés superior del niño en cuanto sujeto de derecho y su bienestar. A este sujeto vulnerable, que eventualmente ha incurrido en una conducta infractora, es a quien debe atenderse preferentemente.
- 3) Debe ser rápido y ágil, porque los tiempos psicológicos y vitales de una persona adolescente de 18 años son mucho más estrechos y acuciantes que los de una persona mayor. El proceso no debe ser largo en el tiempo, porque la personalidad del sujeto a que se refiere varía rápidamente.
- 4) Siempre se estará ante una responsabilidad por acto y por reprochabilidad de conductas, pero todo el andamiaje procesal está destinado a la atención de su sujeto vulnerable y en desarrollo para asegurar su educación e inserción social.
- 5) Debe guiarse por un principio de mínima aflicción, arbitrándose institutos como la remisión, la suspensión del proceso y el principio de oportunidad que habiliten una ágil desjudicialización del conflicto una vez logrados los fines educativos.

Principios de interpretación de la Ley

La aplicación de la normativa respecto de los adolescentes sometidos a proceso por eventual infracción a la ley penal, responde a determinados principios acordes con su finalidad, que ya se desarrollaran en este trabajo.

El punto de partida es que los adolescentes se encuentran sometidos a una responsabilidad que resulta de la aplicación de un Derecho Penal Mínimo, con diferencias respecto del Derecho Penal común, esencialmente relativas a:

- 1) el sujeto a que se aplican;
- 2) las garantías del Derecho Penal Liberal, más un plus derivado de la protección especial que se reconoce al sujeto;
- 3) un elenco de figuras restringido;
- 4) una culpabilidad especial;
- 4) la privación de libertad como última ratio y por el menor tiempo posible, amplio espectro de medidas no privativas de libertad;
- 5) el repudio del concepto de peligrosidad como soporte de la respuesta penal.

La responsabilidad se hace efectiva dentro de un proceso con las características y partes ya desarrolladas.

A partir de dicha especificidad pueden enunciarse los siguientes principios de interpretación, propios del régimen jurídico penal respecto de los adolescentes.

- **A favor del adolescente;** la norma penal siempre debe ser interpretada a favor del adolescente, descartando aquellas aplicaciones que generan el efecto perverso de agravar su situación por la creación en sede de interpretación del derecho por el operador jurídico. Lo que se repudia sin hesitación alguna en caso de los adultos.
- *Preservación del principio de legalidad*, prohibición de analogía, no es posible aplicar la analogía extendiendo consecuencias no previstas en la ley.
- Principio "*favor libertatis*", en caso de duda siempre debe resolverse a favor de la libertad.
- Las decisiones deben ser tomadas *fuera de toda duda razonable*, el estándar mínimo aceptable para condenar. No es posible un estándar menos exigente respecto de sujetos que deben ser considerados de manera especial. In dubio pro minoris.
- *Interpretación de la ley conforme a sus objetivos* de creación de ciudadanía responsable (art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Como ejemplo de la violación en la práctica de estos principios, se transcribirán las siguientes consideraciones efectuadas en sentencia del Tribunal de Apelaciones que integro.

En el Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 73, excluye el cómputo de agravantes del Derecho Penal de Adultos respecto de los adolescentes, no obstante lo cual el Juez de primera instancia en el caso que se relata sostiene que igualmente deben aplicarse estas alteratorias porque ello es positivo para el adolescente.

El fundamento de no considerar las agravantes es que las mismas están referidas al concepto de peligrosidad y tienen por objeto agravar la pena en el caso de los adultos.

El Tribunal dijo en Sentencia N° 162/2006:

“No se comparte el cómputo de agravante, pues la posición del Señor Juez es de lege ferenda frente al claro tenor del artículo 73 del Código de la Niñez y Adolescencia, que excluye de los elementos a analizar para configurar la responsabilidad del adolescente las circunstancias agravantes”.

La posición del Señor Juez, que extiende por analogía una solución del Derecho Penal de los adultos es violatoria del principio de legalidad y aplica la denominada analogía *ad malam partem*, esto es, extiende por vía de interpretación disposiciones que empeoran la situación del sujeto frente al control punitivo.

Lejos de ser la rémora de posiciones tutelares como sostiene el Sr. Juez, el no cómputo de agravantes es la aplicación del principio constitucional de respuesta penal específica del artículo 43 de la Constitución de la República y de la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 37 y 40.

Tal interpretación es un ataque al principio de legalidad.

Afirma MUÑOZ CONDE que “... Toda interpretación que exceda el sentido literal posible, deja, en Derecho Penal, de ser interpretación para convertirse en creación del derecho por vía judicial o doctrinal y, por tanto, en la medida en que sirva para fundamentar o agravar la responsabilidad penal, infringe el principio de legalidad...” Adiciones al Tratado de Derecho Penal de HANS JESCHEK, Tomo I, pág. 215).

En la misma línea, JESCHEK “... El contenido político de la ley penal se transforma en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano representante del pueblo. Tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley exigen la vinculación del juez a preceptos, cuyo contenido lógico puede conocerse objetivamente con el empleo de reglas de interpretación reconocidas y que, de acuerdo con ello, puedan aplicarse de la misma manera a casos similares. La responsabilidad por el contenido de la sentencia no recae sobre el juez; la sentencia se legitima solamente por la voluntad común reflejada en la ley...”

Concluye en nota al pie “Por eso la seguridad jurídica depende en última instancia de la fidelidad del juez a la ley...” (págs. 204/205) (Sentencia TAP 2° Turno, Revista de Derecho Penal N° 11, 2002, c.650, pág. 405).

La posición sustentada en la recurrida, en última instancia vulnera también el principio pro minoris, avanzando el reproche penal que se agrava en forma contraria a la voluntad de la ley.

Al no computarse agravantes se establece la duración de la medida de privación de libertad en "... meses".

La consecuencia natural de la no consideración de las alteratorias de responsabilidad, como se aprecia en la transcripción, derivó en una disminución de la sanción.

El caso concreto es más ilustrativo que cualquier explicación en el plano teórico.

El juez como garante de un juicio imparcial (art. 40 C. D. N. – 14 Pacto de Derechos Civiles y Políticos)

El objetivo del ejercicio de la función jurisdiccional es esencialmente el de garante de un juicio imparcial y justo para los ciudadanos.

Esto supone, entre otros principios o reglas bases de intervención, preservar los siguientes derechos y garantías, concebidas estas últimas en términos de FERRAIOLI como los: "vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos" ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Madrid, Trotta, 1995).

- No retroactividad, principio esencial del Derecho Penal Liberal, conjuntamente con el principio de la aplicación de la ley más benigna en el tiempo.
- Presunción de inocencia, que pone de cargo del Estado la carga de probar que el indagado ha infringido la ley penal y si esa carga no es satisfecha impone la absolucón.

En Sentencia 296/06 el Tribunal que integro, al decretar la absolucón del indagado ha señalado:

"Teniendo en cuenta las circunstancias de autos, se entiende que la parte acusadora no ha satisfecho la carga de probar los elementos objetivos y subjetivos de la imputación.

El estado de inocencia determina que toda persona es inocente hasta que una sentencia dictada en el marco de un debido proceso legal declara con autoridad de cosa juzgada su culpabilidad o responsabilidad. El Estado es quien tiene la carga de probar la responsabilidad, para vencer el estado de inocencia de que está investida toda persona sometida a proceso penal" (art. 20 de la Constitución de la República, 74 literal E del Código de la Niñez y Adolescencia, Convención sobre los Derechos del Niño art.40.2, b) i); artículo 11 Párrafo 1 Declaraciones Universal de Derechos Humanos, artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 14 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 párrafo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Concluyéndose con los sabios conceptos del Dr. ARMANDO TOMMASINO en "Principios, derechos y garantías en el proceso penal. Ejecución penal" FCU, págs. 60/61, a los que reiteradamente la Sala ha recurrido:

“Así pues, necesariamente se debe absolver si el sumario no aporta *certeza de culpabilidad* del agente; todo supuesto de duda relacionado en el *material probatorio*, precisamente porque obstruye la obtención de aquella certeza, debe definirse “*favor rei*” (*in dubio pro reo*); cuando estas dudas se suscitan como tantas veces ocurre, por *deficiencias de la instrucción sumarial*, las consecuencias se reflejan sobre la causa pública (impidiendo alcanzar el ideal de la verdad), pero jamás sobre el procesado, a quien no incumbe la carga de la prueba de su inocencia, y mucho menos aún colmar los vacíos de una investigación mal realizada y aun en aquellos casos de excepción, en que la ley instaura el régimen excepcional de valoración de la prueba por *convicción moral*, los jueces no están liberados de la obligación de apreciarla y evaluarla racionalmente, lo que equivale a rechazar que, como se ha pretendido alguna vez puedan condenar *sin pruebas y aún contra las pruebas incorporadas* a los autos: porque esto ya no sería “convicción moral” sino sencillamente “arbitrariedad judicial”, que a justo título se considera en todo tiempo como una de las más temibles y repudiadas” (cursivas en el original).

En el área específica del Derecho Penal de Adolescentes, artículo 43 de la Constitución de la República, rige además el principio *favoris minoris* que confluye a la disposición que se adopta”.

- Derecho a ser escuchado;
- Derecho a participar efectivamente en los Procesos (14 Beijing);
- Información sin demora y directa de los cargos;
- Asistencia jurídica gratuita;
- Igualdad entre las partes;
- Pleno respeto a la vida privada (16 C. D. N.): al respecto, muchas veces se arremete contra la intimidad de los adolescentes sometidos a proceso, como cuando se realizan indebidamente preguntas sobre su sexualidad, lo que especialmente se da en el caso de las adolescentes mujeres;
- Adopción de medidas como consecuencia de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales;
- Privación de libertad como “última ratio” y durante el menor tiempo posible.

Como consecuencia de los principios enunciados, se ha derivado el principio de no regresividad en la aplicación de las medidas, no pudiendo volverse a medidas más gravosas después de haber sido dejadas sin efectos.

Al respecto, ha afirmado el Tribunal que integro:

“A criterio de la Sala el principio de benignidad en la aplicación de la Ley Penal, devenido una garantía de fondo en estos tipos de procesos, conjugado con los de menor aflicción y el de la privación de libertad como última ratio, determinan que en casos como el de autos

no se pueda volver a aplicar medidas más gravosas, una vez que se accedió a medida no privativa de libertad”.

A modo de conclusión

La experiencia demuestra que del discurso jurídico, contundente y muy exacto en su desarrollo racional, cuando es comparado con las prácticas, con lo que efectivamente se hace frente a los adolescentes de carne y hueso, existe una distancia abismal.

Las prácticas son lamentablemente, sustancialmente contradictorias con el discurso jurídico, como se viera a través de las distintas transcripciones de fallos y como resulta de las evaluaciones serias y en profundidad que se realizan de los sistemas de Justicia Penal de Adolescentes.

Por eso es necesario e imprescindible para la propia vigencia del Estado de Derecho, que exista un control y monitoreo constante a efectos de detectar y corregir los fallos y errores que se cometan.

Sin perjuicio de señalar a urgencia de efectuar ajustes legislativos en lo pertinente, para que las legislaciones se adecuen a los principios postulados en el presente trabajo.

En el Párrafo 99 el Comité de los Derechos del Niño concluye su Observación General N° 10/07 con la afirmación siguiente:

“El Comité recomienda que los Estados Partes evalúen periódicamente, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes, el funcionamiento práctico de su justicia de menores, en particular la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración social y la reincidencia. La investigación de cuestiones como las disparidades en la administración de la justicia de menores que comporten discriminación, y las novedades en ese ámbito, por ejemplo programas efectivos de remisión de casos o nuevas actividades de delincuencia juvenil, indicará en qué aspectos clave se han logrado resultados positivos y en cuáles la situación es preocupante. Es importante que los menores participen en esa labor de evaluación e investigación, en particular los que han estado en contacto con partes del sistema de justicia de menores. Debe respetarse y protegerse plenamente la intimidad de esos menores y la confidencialidad de su cooperación. A ese respecto el Comité señala a la atención de los Estados Partes las actuales directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación”.

Tales conclusiones son convenientes y adecuadas y deberían ponerse en práctica en la región:

- 1) evaluación periódica por instituciones académicas independientes;
- 2) la evaluación debe referirse a las prácticas tomando en consideración la aplicación de las garantías procesales, de los criterios básicos de intervención y de aplicación de la ley;

- 3) carácter y eficacia de las medida adoptadas;
- 4) la detección de prácticas discriminatorias;
- 5) participación de quienes han sido sometidos a proceso penal, preservando su seguridad y anonimato, sin tal intervención no será eficaz ni completa ninguna evaluación.

La puesta en práctica de tales recomendaciones es un desafío permanente, para asegurar la efectividad y vigencia del Estado Democrático y Social de Derecho respecto de los niños y adolescentes.

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA

LA LIBERTAD Y ALGO MÁS EN LA ENCRUCIJADA: EL HÁBEAS CORPUS COLECTIVO INTERPUESTO POR LA FUNDACIÓN SUR-ARGENTINA, A FAVOR DE MENORES DE 16 AÑOS DE EDAD, INIMPUTABLES Y NO PUNIBLES

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ*

Muy particularmente desde la caída del muro de Berlín, lo que dicho sea de paso encierra una de las mayores paradojas de nuestra historia contemporánea, para la libertad no parecen soplar buenos vientos. Desaparecido su valor simbólico como elemento de confrontación política con el socialismo real, las libertades que parecen constituir hoy la única y verdadera prioridad se refieren mucho más a las transferencias financieras que a las de los seres humanos. Para muchos sujetos históricamente contruidos como débiles y vulnerables, esto no constituye ninguna novedad. La historia de las mujeres y los niños es rica en ejemplos que demuestran que, contra ellos, las peores atrocidades se han cometido mucho más en nombre de la piedad, la compasión y el amor, que en nombre de la propia represión.

Los hechos que aquí se consignan, de final abierto e incierto en el momento en que se escriben (seguramente también cuando se publiquen) estas líneas y para los cuales se anexan los documentos más importantes que los explican, constituyen un ejemplo paradigmático de esta relatividad que ha adquirido el valor de la libertad, muy particularmente en relación con ese concepto tan ambiguo, cuanto poderoso, denominado “seguridad”. Esto incluye a individuos e instituciones percibidos, y que sobretodo se auto perciben, como pertenecientes a corrientes progresistas de pensamiento.

Luego de un largo e inédito proceso que aquí documentaremos, la Cámara Nacional de Casación Penal de la Argentina, el máximo tribunal penal del país, en un fallo de carácter histórico, concedió en diciembre de 2007, luego de 15 meses de debates y batallas judiciales, en toda su extensión el hábeas corpus planteado oportunamente —y rechazado en tiempo record por la primera y segunda instancia— por la Fundación Sur-Argentina, con el apoyo de prácticamente todos los organismos significativos de derechos humanos de la Argentina, muy particularmente del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales).

Tres meses después, es decir, cuando se cumplía la fecha límite para concluir, o por lo menos comenzar, con la liberación progresiva de los menores de edad en cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin prácticamente ningún argumento sustancial suspendió, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, el histórico fallo de la Cámara de Casación.

* Presidente Fundación Sur-Argentina.

Con una fórmula que la Corte Suprema ha ya empleado cuando sustituye el principio de la razón argumental por el principio de autoridad formal, la Corte resolvió de la manera aquí señalada aludiendo exclusivamente a la “gravedad institucional” que reviste el caso. Un caso que involucra nada menos que la libertad personal de los únicos seres humanos privados de libertad en la Argentina por una mera imputación policial. Resulta gravísimo que se encuentren precisamente en esta categoría aquellos que la ley designa como inimputables y como absolutamente no punibles. Cuesta entender, y por eso se aguarda con particular ansiedad el fallo definitivo de la Corte, cuál puede ser el bien jurídico superior a la libertad en un caso como este. Pero volvamos a una breve historia de los hechos.

La dictadura militar argentina (1976-1983), sin lugar a dudas la más sangrienta en la historia del continente (30 mil desaparecidos, una economía destruida y miles de argentinos en el exilio), aprobó en 1980 un “Régimen Penal de la Minoridad” (decreto 22.278), que más de un cuarto de siglo de democracia no ha podido, querido o sabido derogar.

Se trata de un régimen sencillo, como por otra parte lo es cualquier estructura normativa destinada a legitimar y consolidar el carácter discrecional del poder de decisión del más fuerte: el juez, en este caso. El decreto, y en consecuencia el “Régimen Penal de la Minoridad” imperante, distingue dos tipos de menores de edad: los que no han alcanzado los 16 años, a los que denomina inimputables y no punibles, y aquellos que denomina relativamente inimputables, que son la franja de los 16 a 18 años. Parece importante, en este punto, desacralizar el concepto de imputabilidad-inimputabilidad (más aún si es en razón de la edad como en este caso), despojándolo de cualquier connotación meta normativa que pretenda entenderlo como algo diverso a la voluntad política del legislador. De cualquier modo, pocos instrumentos jurídicos resultan más representativos de esa mezcla de autoritarismo clasista y crueldad bondadosa que representa el (no) derecho de menores, que este régimen penal de la minoridad, elaborado por la más cruel y sanguinaria dictadura militar del continente.

Poco o nada hay que agregar a la explicación de la dimensión puramente normativa de la primera categoría de “menores”. En el caso de la segunda categoría (16 a 18 años incompletos), el régimen dispone que, con excepción de los delitos con penas inferiores a dos años o aquellos dependientes de acción privada, se ordene un tratamiento tutelar como requisito previo a la decisión judicial de someterlo o no a proceso. Si el “tratamiento tutelar” diera resultado, el “menor” puede ser entregado a sus padres, encargados o responsables, por el contrario, si este tratamiento fracasare, el menor de edad será juzgado como un adulto, luego de cumplir los 18 años, por los delitos cometidos siendo menor de edad.

Tras muchos años de aplicación en dictadura y democracia, donde las únicas diferencias significativas consisten (otra vez paradójicamente) en un aún mayor uso de la represión bajo gobiernos democráticos (todas las sentencias de reclusión perpetuas pronunciadas bajo el imperio de este régimen legal, se han pronunciado bajo gobiernos democráticos), resulta imposible ignorar que el tratamiento tutelar en cuestión constituye un mero eufemismo destinado a preparar el terreno de decisiones tan arbitrarias cuanto subjetivas.

Nadie ha podido hasta la fecha identificar un contenido más o menos objetivo de dicho tratamiento tutelar. Si nos atenemos a los hechos, deberíamos cínicamente concluir que la condición imprescindible para el “éxito” del tratamiento tutelar consiste en la pertenencia del menor a los sectores medios o altos de la sociedad. Al momento en que se escriben estas líneas, y prácticamente desde siempre, ningún menor de edad que no pertenezca a los sectores más vulnerables de la sociedad se encuentra o se ha encontrado en la Argentina, privado de libertad.

Que duda cabe entonces, que la imputabilidad plena a los 16 años, agravada ulteriormente por el clasismo discrecional al que se ha hecho mención, está plenamente vigente en la Argentina por lo menos desde la vigencia de este decreto. Más de 13 sentencias a reclusión perpetua en el periodo que va de 1997 a la fecha, a personas que a la fecha de cometer el delito eran menores de edad, eximen en este punto de mayores comentarios (al respecto puede consultarse la publicación “Sentencias de reclusión perpetua a personas menores de edad en la República Argentina (1997-2003), Edición del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de Unicef Argentina, Buenos Aires, 2003).

Pero volvamos a la primera categoría, los menores de 16 años. Coherente con el entendimiento implícito de que el derecho de menores no es otra cosa que una sucesión interminable de eufemismos, hasta el 11 de diciembre de 2007 (fecha del histórico fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal que aquí se incluye), fue práctica tan constante cuanto pacífica, que los menores de 16 años, objeto de una mera imputación policial (a veces ni siquiera existía la imputación), debían ser objetos de una medida “intensa” de protección, tal como la “internación” o la “institucionalización”.

Sucede, sin embargo, que las “Reglas de Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad” han despojado de cualquier equívoco a eufemismos como los arriba mencionados, equiparándolos, sin que exista más debate al respecto, lisa y llanamente a la privación de libertad (ver punto 11.b. de las mencionadas reglas). Más aún, la derogación de la histórica ley de Patronato (ley Agote 10.903 de 1919) y su sustitución en el 2005 por la ley de “Protección Integral de la Infancia” 26.061, ha complicado las cosas para aquellos que han propuesto, y todavía insisten, en utilizar la privación de libertad como una forma de “política social reforzada” para los adolescentes (pobres obviamente). La nueva ley 26.061 prohíbe expresamente la privación de libertad como forma de protección. Más allá de la incorporación explícita de la Convención sobre los Derechos del Niño en el texto de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) de 1994, ha sido esta última ley la que ha colocado primero en la ilegitimidad y luego lisa y llanamente en la ilegalidad a las privaciones de libertad a las que se ha hecho mención.

Tal como lo anticipa el título de esta breve introducción, que en modo alguno pretende sustituir los fallos judiciales que aquí se anexan, es la libertad la que está en la encrucijada. Sin embargo, los hechos que aquí se relatan permiten elaborar la hipótesis de que es algo más que la libertad de un grupo de adolescentes pobres lo que está en juego aquí. El caso objeto

de estas decisiones judiciales, aún inconclusas, posee un valor particular en la medida en que representa la posibilidad de consolidar o no una peligrosísima tendencia presente no sólo en la Argentina sino también en el resto de América Latina: me refiero a la posibilidad de legitimar una política de privación de libertad (de adolescentes pobres marginados de los procesos educativos y productivos), sin ninguna de las garantías y formalidades que implica el debido proceso en un Estado Democrático de Derecho. En otras palabras, del resultado de la decisión definitiva que adopte la Corte Suprema de Argentina dependerá en buena medida la naturalización o no de la instauración de una verdadera política social coactiva similar a todas las políticas para los pobres que precedieron a una modernidad que arriesgamos perder, sin haber participado plenamente de sus conquistas.

Para concluir provisoriamente y para quedarnos en ejemplos dentro de la realidad Argentina, apuntamos dos tendencias recientes, tan contradictorias cuanto simultáneas. Mientras una ley procesal juvenil de la provincia de Buenos Aires, muy recientemente puesta en vigencia, pretende consolidar normativamente la tendencia a la que aquí se alude (“En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo” art.64 ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires), con fecha 9 de agosto el Tribunal Penal Superior de Menores de la Provincia de Mendoza concedió, en menos de 24 horas, un Hábeas Corpus igual al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantiene en la indefinición desde el día 18 de marzo de 2008.

Hoy, más que nunca, resulta claro que el derecho no es otra cosa que la lucha por el derecho.

Se anexa a esta publicación: el hábeas corpus original completo presentado por la Fundación Sur Argentina el día 20 de setiembre de 2006, el fallo completo de la Cámara Nacional de Casación Penal del 11 de diciembre de 2007 y, por último, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de marzo de 2008, que suspende, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, el histórico fallo de Casación.

Toda la documentación completa relativa al hábeas corpus aquí mencionado puede encontrarse en la página web de la Fundación SUR-Argentina: www.surargentina.org.ar.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

Promueve acción de Hábeas Corpus

Excelentísimo Tribunal:

Emilio García Méndez y Laura C. Musa, en nuestro carácter de Presidente y Directora Ejecutiva, respectivamente, de la Fundación Sur Argentina, constituyendo domicilio en la Av. Rivadavia 1479 2ºA, junto a los letrados que nos patrocinan, Laura Rodríguez Tº71 Fº 529 y Ernesto Blanck Tº 92 Fº 644, con domicilio constituido en el mismo lugar, nos presentamos respetuosamente a V.E. y decimos que:

I. PERSONERÍA.

Emilio García Méndez y Laura Cristina Musa, como surge del Estatuto Social, cuya copia se acompaña, se presentan en calidad de Presidente y Directora Ejecutiva, respectivamente, de la Fundación Sur Argentina, con domicilio legal en Rivadavia 1479 2º piso "A" de esta Capital Federal. La personería jurídica con carácter de Fundación fue aprobada por la Inspección General de Justicia, conjuntamente su estatuto bajo la resolución (IGJ) N° 0423, y autorizada para funcionar a partir del 14 de noviembre de 2003.

II. OBJETO.

En virtud de lo normado por el Art. 43 de la Constitución Nacional y el Art. 1º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes venimos a presentar este recurso de *hábeas corpus* a favor de todas las personas que por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis (16) años de edad, se hallaren privados de su libertad en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; como aquellos que se encuentran alojados en el Instituto "Gral. José de San Martín", sito en la calle Baldomero Fernández Moreno 1783 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en demás instituciones de similares características.

En este sentido, solicitamos a V.E. que declare la ilegitimidad de la privación de libertad de los jóvenes objeto de esta acción, conforme los artículos 8.2, 9 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), los artículos 14.2 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), los artículos 37 inc. b y 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN o Convención), la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y el artículo 19 de la ley 26.061.

A su vez, inste al Poder Ejecutivo Nacional y Local a elaborar e implementar un plan progresivo de liberación de estos jóvenes, y su consiguiente incorporación a los programas del Sistema de Protección Integral que surge de la ley 26.061. En paralelo, solicitamos que el diseño y puesta en funcionamiento de dicho plan contemple la participación de todos los actores involucrados, tomando especialmente en consideración la opinión del grupo en cuestión. Al efecto, requerimos a V.E. el establecimiento de un mecanismo de diálogo con representación de los distintos sectores y bajo el control de V.E. Todo ello conforme a los argumentos de hecho y de derecho que se desarrollarán a continuación.

III. COMPETENCIA.

V.E. resulta competente para entender en la presente acción, por ser, por un lado, **Tribunal de Alzada** de los Juzgados Nacionales de Menores, de acuerdo con la ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional —Ley 24.050—; y por otro, en virtud de poseer facultades de **superintendencia y organización** del “Régimen Tutelar de la Minoridad”, de conformidad con el Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

En este sentido, el artículo 18 de la ley 24.050 establece:

*“La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, será **tribunal de alzada** respecto de las resoluciones dictadas por los jueces en lo Criminal de Instrucción, Correccionales, **de Menores**, de Ejecución Penal y en lo Penal de Rogatorias, así como en los demás supuestos del artículo 24 del Código Procesal Penal...”*. (El destacado nos pertenece)

Queda claro así, que V.E. constituye efectivamente el **Tribunal de Alzada** de los Juzgados Nacionales de Menores.

En paralelo, en el marco del capítulo VIII, titulado “*De la aplicación del régimen penal y tutelar de la minoridad*” del Reglamento antes referido, el artículo 169 establece que:

*“La Cámara en uso de las facultades que le acuerda el art. 20 de la ley 10.903, organiza su aplicación en el fuero —*de menores*—, como así de otras disposiciones concordantes del régimen penal y tutelar de la minoridad por medio de las reglas que se especifican en los artículos siguientes”*. (La aclaración nos pertenece).

A continuación, el artículo 170 dispone que:

*“Los tribunales para el juzgamiento de menores comprendidos en las respectivas leyes, estarán integrados por los siguientes organismos judiciales y asistenciales: **a) La propia Cámara en su carácter de tribunal de alzada y de superintendencia...**”* (El destacado nos pertenece).

Por su parte, el artículo 181 otorga facultades a esta Excma. Cámara para recopilar “plannillas, estadísticas y comunicaciones” relativas a la situación de cada uno de los jóvenes a disposición de los Juzgados Nacionales de Menores de esta Ciudad.

Asimismo, de conformidad con el artículo 31, son funciones de la Oficina de Tutela de Menores dependiente de la Cámara, entre otras:

“... **b) Llevar el registro de los menores dispuestos tutelarmente (...)**; h) Organizar las reuniones periódicas de los jueces encargados de la aplicación de las leyes de menores, cuando las convoque el presidente, para procurar la unificación de los procedimientos en el ejercicio de la disposición tutelar” (El destacado nos pertenece).

De esta manera, se demuestra que V.E. ostenta manifiestas potestades relativas a la **organización, superintendencia y funcionamiento** del sistema tutelar de menores, en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por otro lado, como se desarrollará en el acápite **VI.2.** sólo un abordaje *colectivo e integral*, permitirá proveer de un remedio efectivo y equitativo a la situación aquí denunciada. En consecuencia, razones atinentes a la efectiva protección de los derechos vulnerados del grupo de jóvenes objeto de esta acción, también determinan que sea V.E. quien atento a sus facultades, descriptas anteriormente, deba avocarse al tratamiento de esta acción.

En este sentido, en un caso de características similares al presente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió que “en el hábeas corpus presentado a favor de menores, fundado en la detención de los mismos a disposición del juez de menores de Junín **debe intervenir la Cámara Criminal y Correccional de dicho departamento judicial**” (S.C.B.A., 21/3/95, “D. R. H. T. M. y. o. i. R. d. H. C. s/ Inc. de competencia”). (El destacado nos pertenece).

IV. HECHOS.

En la actualidad, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hay un número importante de niños y adolescentes no punibles, privados de libertad. Esta privación de libertad tiene lugar en los llamados institutos de menores, en su mayoría de régimen cerrado, como el Instituto “Gral. José de San Martín”, sito en la calle Baldomero Fernández Moreno 1783 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La privación de libertad y encierro en la que se encuentran estos chicos más allá de ser ilegítima —conforme veremos a lo largo de la presente acción— determina, a su vez, la afectación de otros derechos fundamentales y de primordial importancia en la niñez, como son la educación, la preservación de las relaciones familiares y el trato digno, entre otros.

Paradójicamente, esta medida de reclusión intenta justificarse en una función tutelar del Estado frente a la presunta “situación de abandono, falta de asistencia, peligro moral o material” en que se encontrarían estos niños (cfr. Ley 22.278, art. 1).

En efecto, los institutos que los reciben carecen de cualquier tipo de reglamentación interna que establezca el trato que debe propiciárseles, resguarde sus derechos y garantías y/o instituya un régimen disciplinario transparente y razonable. De este modo, en su vida cotidiana, estos jóvenes están sometidos a la actuación discrecional de los funcionarios o empleados de los establecimientos en los que se encuentran alojados.

Por otro lado, de la práctica cotidiana de los operadores del sistema, es de público conocimiento que las condiciones habitacionales, sanitarias y sociales que reinan en dichos institutos, y el trato que reciben los *internos*, son palmariamente vejatorias y distan mucho de alcanzar los estándares de calidad y dignidad que demanda todo niño o joven para desarrollarse y crecer plenamente y en buenas condiciones de salud psíquica y física.

Si bien esta situación de encierro, vejación y abandono en la que se encuentran los chicos supuestamente “tutelados” es de por sí inaceptable e ilegítima en nuestro ordenamiento constitucional, a partir del 2005, año en que comienza a regir el régimen de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños, y Adolescentes, ella se ha vuelto insostenible en forma absoluta, demandando su inmediato cese.

La ley 26.061, que crea el sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños, y Adolescentes, prohíbe en modo terminante una disposición tutelar de este tipo, a la par que establece una serie de estándares de derechos humanos en virtud de los cuales debe abordarse toda vulneración de sus derechos. Específicamente, en su artículo 36, expresamente establece que las medidas de protección en ningún caso podrán consistir en privación de libertad.

La norma citada distingue claramente las políticas sociales de la política criminal, 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 entendidas como responsabilidad conjunta —en su diseño y ejecución— de la sociedad civil y del Estado. De ahí que se desjudicialicen prácticamente todas las cuestiones relativas a la protección, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

En su consecuencia, los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen ya problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal. La Justicia Nacional de Menores sólo debe actuar cuando a una persona menor de edad imputable —es decir, mayor de dieciséis (16) años— se la acuse de haber cometido un delito.

V. DERECHO.

a. La situación jurídica de los jóvenes no punibles.

El artículo 1° de la ley 22.278 establece que “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad”.

La situación en que se encuentran todas las personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis años de edad, es manifiestamente ilegítima, ya que no responde ni a una prisión preventiva (Cf. Art. 411 CPPN) ni a una condena firme, así como vulnera el principio de legalidad penal, el principio de culpabilidad, el principio de inocencia y el derecho a un juicio previo. Veamos.

Viola la limitación constitucional al ius puniendi estatal, ya que en un Estado de derecho como el que nos rige, existen estrictos requisitos para que el Estado tenga permitido privar de la libertad a las personas. En nuestro ordenamiento jurídico esto opera, o bien como medida cautelar, o bien como pena. En ambos casos con estrictos recaudos formales y sustanciales.

Los motivos por los cuales los jóvenes objeto de esta acción, se encuentran privados de libertad, sólo se “fundan” en cuestiones de *abandono material y moral*, por lo que en modo alguno se dan los estrictos supuestos constitucionales que permiten la privación de la libertad.

Conforme veremos en el acápite siguiente, la situación en que se encuentran estos jóvenes constituye una efectiva privación de la libertad, vulnerándose entonces los principios básicos contemplados en nuestra Constitución Nacional que imponen un límite insoslayable al *ius puniendi* estatal.

Se vulnera el principio de legalidad y del derecho penal de acto, ya que la no punibilidad establecida por la ley 22.278 debe interpretarse, tal como se desarrollará, como la absoluta imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de dieciséis años al momento de presuntamente cometer el hecho que se les imputa.

En efecto, en el presente caso se lesiona el **principio de legalidad** penal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40. 2. a. de la CDN, art. 9 de la CADH y art. 15 del PIDCP, en cuanto impone al Estado la exigencia de una ley previa, formal, escrita y estricta que tipifique como delito la conducta que se sanciona.

Por un lado, no existe una ley previa que tipifique como delito las circunstancias que habilitan la disposición tutelar de jóvenes no punibles (art. 1º de la ley 22.278); y por el otro, jamás en un Estado de derecho, podría existir una ley que calificara como delito estas circunstancias, pues no constituyen conducta alguna que ponga en peligro o lesione un bien jurídico de un tercero.

De esta forma, la privación de la libertad de los jóvenes objeto de esta acción, en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis años, que habilita el artículo 1º de la ley 22.278, resulta ilegítima, pues permite la intervención coactiva estatal en virtud de estados personales.

En el proceso tutelar, las medidas que se ordenan no están asentadas en un hecho previo típico ni se sustentan en un proceso previo, sino que son discrecionales, secretas, no son

fundadas, y para su efectivización se tienen en cuenta criterios peligrosistas que atienden a las características de la personalidad y a la incriminación de estados, propia de los sistemas totalitarios contrarios al orden constitucional.

Asimismo, la incriminación de estados lidia frontalmente con el **principio de culpabilidad por el acto**, en tanto reglas constitucionales básicas —art. 18 y art. 19 CN— impiden la reacción punitiva del Estado contra la mera culpabilidad de carácter, y sólo permiten la aplicación de este poder penal a quien ejecutó un hecho punible (Cf. Maier, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2° edición, 1996, pág. 149).

En consecuencia, “si la ley penal sólo puede válidamente seleccionar acciones (Art. 19 CN) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (Art. 18 CN), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo” (Cf. Magariños, H. Mario, *Reincidencia y Constitución Nacional. El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal*, Cuadernos de Jurisprudencia Penal Nº7, Ediar, Bs. As., pág. 97).

A su vez, en estos casos, la privación de la libertad se ha decretado sin que haya existido un **juicio previo** por lo que también se vulnera la garantía constitucional del **debido proceso** contemplada en el artículo 8 de la CADH, el artículo 14 del PIDCP, 18 de la Constitución Nacional que establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

En este sentido, “la exigencia del juicio previo impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien” (Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, Bs. As., 2° ed., 1996, p. 478).

En paralelo, la privación de la libertad como medida tutelar vulnera el **principio de inocencia** contenido en el artículo 18 CN, la Regla 7 de las Reglas de Beijing, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 40.2.b. I de la CDN. Este principio supone “que toda persona acusada de haber cometido un delito goza de un estado de inocencia y este estado sólo es posible desvirtuarlo luego de un juicio en el que se presente la acusación, se posibilite el derecho de resistir a aquélla, se produzcan las pruebas de cargo y de descargo, y finalmente se dicte una sentencia por un tribunal imparcial en base a los elementos presentados ante él” (CNCyC., Sala I, causa 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro”, 17 de marzo de 2004, y causa 21.574, “Gómez, Lucía A. y otros”, 2 de junio de 2004).

Entonces, cabe preguntarse: si estas personas menores de dieciséis años no han sido imputadas de la comisión de ningún delito que haga procedente el instituto de prisión preventiva como medida cautelar; si no han sido halladas responsables penalmente de ningún delito de los previstos en el Código Penal; si nunca una medida de protección dirigida a una

persona menor de edad puede ser la privación de libertad, conforme surge del art. 19 de la ley 26.061 **¿qué encuadre legal debe darse a la afectación del derecho a la libertad que sufren estos niños?**

En conclusión, en los casos de estas personas privadas de libertad, por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis años de edad, no hay sustento para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que la ley exige para que proceda la restricción del derecho a la libertad. Por lo tanto, esta privación es ilegal dado que violenta garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho.

b. La internación es privación de la libertad.

El alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad o cualesquiera otros constituye privación de la libertad conforme nuestro derecho positivo interno.

El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional incorpora a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia”. En el caso de la CDN, su interpretación ha sido fijada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas —en Resolución 45/113 aprobada por 14/12/90— a través de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que en la Regla N° 11.b define 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...”**.

Dicha regla es reafirmada en nuestro ordenamiento nacional por la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes —ley 26.061—. En este sentido, el artículo 19 de la ley define privación de libertad como la ubicación de un niño, niña o adolescente en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad.

El decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, establece que las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad se consideran parte integrante del artículo 19 de la ley objeto.

Por su parte, esta idea se refuerza en un fallo de la CSJN, en el cual se resolvió “26. *Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de*

menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias” (Cons. 26, CSJN, 7/12/2005, “M., D. E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado”).

En este mismo sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió declarar como doctrina plenaria que, corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278) (C.N.C.P., en pleno, Acuerdo N° 2/2006, Plenario N° 12, 29 de junio de 2006, “C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”) recurriendo como argumento a la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (*voto de los Dres. Rodríguez Basavilbaso, Berraz de Vidal, David, Ledesma, Fégoli y Madueño*).

Por su parte, V.E. ante la presentación de un recurso de *hábeas corpus* a favor de una persona menor de edad internada en un instituto de seguridad hizo lugar al cese de la medida restrictiva de la libertad reconociendo que el niño se encontraba detenido y que **“surge la existencia de una restricción de la libertad excesiva, no resuelta...”** (CNCyC, Sala V, “C. R. M. s/ hábeas corpus”, rta. 11-6-97). (El destacado nos pertenece)

De igual manera, V.E. entendió que *“Del conjunto de normas que rigen el proceso penal seguido contra una persona menor de edad en nuestro país se desprende que cualquier medida que implique la reclusión de aquélla en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de la libertad (cualquiera sea el nombre que se le dé a la medida que así lo dispone: encarcelamiento preventivo, internación, etc.)”* (CNCyC, Sala I, “Famoso, Elizabeth y otro”, 17 de marzo de 2004).

Asimismo, el informe que acompaña a la presente como prueba documental, elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, junto a UNICEF – Oficina de Argentina, se intitula **“Privación de libertad. Situación de niños, niñas y adolescentes en Argentina”**, y en diversas partes del mismo se puede leer claramente que la institucionalización es privación de libertad (Ver Presentación del Dr. Eduardo Luis Duhalde, Secretario de Derecho Humanos, páginas 17/18; 52; 59; y el Anexo III Glosario en página 79, entre otras).

Por todo lo expuesto, la internación de una persona menor de edad por cuestiones asistenciales es privación de libertad.

c. Otros derechos afectados por la privación de la libertad.

La privación de la libertad necesariamente trae como consecuencia la afectación del derecho a las relaciones familiares. Las relaciones familiares de los niños cobran sensible relevancia en el modelo que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, a través del sistema de protección integral de derechos, y ello en especial atención a la situación en

la que se encuentran los niños y los adolescentes en su proceso de crecimiento y desarrollo. La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a la familia como *“elemento natural y fundamental de la sociedad”* (art. 17.1).

La CDN en sus arts. 8 y 9 es contundente: *“Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas sus relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”*. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11.2) es tajante cuando señala que** *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia”*.

En igual sentido, la ley 26.061 establece en su artículo 7 que: *“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiadas para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”*.

En este caso, se ha privado a estos jóvenes de sus relaciones familiares, a través de la aplicación de una medida que no cumple con los recaudos impuestos por la normativa vigente. No puede admitirse que la finalidad de un acto estatal sea desarticular una familia. No hay ningún interés que se pueda proteger privando a las personas de sus relaciones familiares. Hace al interés superior del niño y al principio de igualdad que se respeten sus derechos a tener una familia y a crecer en un ambiente comunitario.

Asimismo, el funcionamiento de los institutos de menores hace que se coarten derechos básicos como el derecho a la educación, con la excusa de mantener una estricta seguridad. No olvidemos que el Estado también debe garantizar el derecho a la educación de los chicos privados de libertad. Los jóvenes alojados en estas instituciones tienen derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlos para su reinserción en la sociedad y, siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera de la institución (Cf. Regla 38 y 39 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad).

El interés superior del niño (Art. 3 CDN) consiste en la plena satisfacción de sus derechos. 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. Ninguna decisión estatal respeta el interés superior del niño si no da protección efectiva a sus derechos.

En este sentido, no es posible entender que se respeta el interés superior del niño si se restringe su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, más aún, sin haber mediado

los requisitos constitucionales mínimos previstos para los adultos para que el Estado se encuentre legitimado para aplicar tal coacción.

De este modo, V.E. entendió que “*la disposición del art. 9.1, CDN, citada por la jueza, que autoriza a separar al niño de sus padres excepcionalmente, cuando una autoridad competente determine que dicha medida es necesaria en el interés superior del niño debe interpretarse a la luz de las demás disposiciones del tratado; particularmente en consonancia con aquellas que afirman el carácter excepcional de la medida de privación de la libertad (art. 37, d) y la necesidad de recurrir a medidas alternativas a ella (art. 40.4), y las que consagran el derecho a la educación (art. 29) y al descanso y esparcimiento de los niños y adolescentes (art. 31)*” (CNCyC, Sala I, “Famoso, Elizabeth y otro”, 17 de marzo de 2004).

El desconocimiento de los derechos a la libertad, a las relaciones familiares, a educación, entre otros, evidencia que el interés superior del niño no ha sido considerado en las decisiones por las que se decidió privar de libertad al grupo objeto de esta acción. La omisión de aplicar tales principios importa una grave falta que hace incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones a su cargo, asumido al momento de suscribir los pactos internacionales de carácter vinculante que hemos ya citado.

d. Derogación de la ley 10.903 y su incidencia sobre el régimen de la ley 22.278.

El art. 76 de la ley 26.061 deroga la ley 10.903 de “Patronato de Menores” y con ella el instituto de la “disposición”, esto es, la función de *superintendencia* del Estado sobre todas las personas menores de edad en el territorio nacional que suple la autoridad de los padres, una función que ejercitaba el Estado en cumplimiento de un deber de protección que estaba puesto en cabeza de los jueces, funcionarios éstos, encargados de efectivizar esa intervención.

La derogación de la Ley Agote impacta centralmente sobre el “Régimen Penal de la Minoridad” previsto por la ley 22.278, pues la “naturaleza jurídica” del instituto de la “disposición”, tanto provisoria como definitiva, contemplada en los arts. 2º y 3º de la ley 22.278, proviene directamente de la institución del “Patronato del Estado” que preveía la ley 10.903.

Esta concepción del “tratamiento tutelar” ha quedado tácitamente derogada, en virtud del juego de dos principios básicos del derecho: **ley posterior deroga ley anterior** y **ley especial deroga ley general**.

Esto, ya que la ley 26.061 resulta, no sólo la **ley posterior** en la materia, sino también la llamada **ley especial**, capaz sin más de desvirtuar las disposiciones de toda otra norma en cuanto pretendan regular cuestiones propias a los asuntos de su especialidad, al ocuparse **específicamente** de establecer qué órganos estatales y con qué singular intensidad son competentes para avocarse a la llamada “protección integral de los derechos de los niños,

niñas y adolescentes”, y, en consecuencia, prescribe qué medidas —y con qué límites— podrá tomar el Estado en sus distintas esferas, en relación con los niños, niñas y adolescentes para paliar “una situación de abandono, falta de asistencia, peligro moral o material” (Cf. Art. 14, 15 y 21 de ley 10.903 y párrafos 2º, 3º y 4º del art. 1º, párrafos 2º y 3º del art. 2º, así art. 3, 3º bis, 4.3 y 11 de la ley 22.278).

En este orden de ideas, al estipularse órbitas de competencia específica en el marco de la “Administración” para el abordaje estatal de la problemática *asistencial* de niños, niñas y adolescentes, debe entenderse que **ha caído así toda responsabilidad y competencia** que pudiera haberle correspondido en lo que hace a su situación social, al juez penal que hubiera de entender en aquella causa en que el niño fuera imputado.

El nuevo marco regulatorio impone así *expresamente* el apartamiento de los jueces con competencia en materia penal del análisis de toda cuestión que no haya de relacionarse directamente con el juzgamiento del delito presuntamente acontecido.

VI. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INTENTADA

La acción interpuesta por la Fundación Sur Argentina tiene por objeto la protección, respeto y garantía de los derechos de la totalidad de los miembros del grupo de jóvenes aquí en cuestión. Esta protección para ser efectiva, demanda un abordaje colectivo e integral a la problemática denunciada. En tanto nos encontramos ante una situación de vulneración de derechos humanos, existe una obligación en cabeza del Estado de garantizar mecanismos accesibles y efectivos para su protección. En el caso particular, sólo un planteo de carácter colectivo resulta el recurso idóneo y efectivo para abordar esta situación denunciada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó que: “*no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos*” (Corte I.D.H.; Caso Cantos, del 28 de noviembre de 2002, párr. 52).

Asimismo, la Corte I.D.H., en ejercicio de sus facultades consultivas ha expresado que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones

generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia” (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 24).

En el caso sub examine, como veremos en los acápite siguientes, el único recurso judicial efectivo para la protección de estas personas, es una acción de hábeas corpus de carácter colectivo. La *idoneidad* del recurso está necesariamente supeditada al abordaje colectivo de la situación de todas las personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis años de edad. Por lo que, si se negara la procedencia de esta acción con los alcances en que está planteada, los derechos vulnerados carecerían de adecuada protección judicial, configurándose así un claro supuesto de denegación de justicia y la consiguiente violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH y 2.3 del PIDCP.

1. a. Procedencia de la acción de hábeas corpus.

En nuestro ordenamiento jurídico, el recurso rápido y sencillo que tutela la libertad física, es el hábeas corpus, institución que fue constitucionalizada a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. El nuevo artículo 43 establece que *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares (...) Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.”*

Asimismo, el mencionado art. 25.1 de la CADH, con jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inc. 22 de la CN dispone que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”*

Por su parte el art. 37.d de la CDN establece que: *“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.*

En caso “Kot” (Fallos; 241:291), la Corte manifestó: *“siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales*

de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía del recursos de amparo". Asimismo, estableció que "el art. 18 de la Constitución Nacional establece, con una fórmula muy general, que toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo constitucional. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho anglo-americano, fuente inmediata del nuestro, así como a la letra y el espíritu de la Constitución Nacional"

Del juego de estas normas y jurisprudencia deviene evidente que quien resulte afectado en su derecho a la libertad ambulatoria debe disponer de un recurso efectivo, rápido y sencillo contra decisiones que lo violan. Es decir, que si los medios impugnativos ordinarios no dan una respuesta oportuna, habrá entonces que "crear" pretorianamente el hábeas corpus del caso, que es el subtipo de amparo tutor de la libertad personal.

Vale recordar la disidencia del Dr. Bacqué en el caso "Pucheta" (CSJN, del 18/2/1988), sosteniendo que: *"Es admisible la utilización del hábeas corpus para impugnar sentencias judiciales cuando estuviesen involucradas cuestiones directamente relacionadas con la defensa en juicio y no existiese la posibilidad de recurrir a otros medios legales destinados a reparar los actos lesivos a la libertad"* Manifestó también que *"Es posible el uso del remedio del hábeas corpus para que los tribunales superiores corrijan actos ilegítimos de otras instancias judiciales"*

Esto mismo, fue claramente sostenido por la Cámara Penal de Rosario al señalar que: "El hábeas corpus contra actos o decisiones judiciales es admisible —aunque no estuviere previsto legalmente— en casos en que aparezca de modo claro y manifiesto una grosera violación de la Constitución directamente derivada de la irregular privación de la libertad, ordenada o convalidada jurisdiccionalmente, y no existiera un procedimiento expeditivo para soslayar el daño grave e irreparable (C. Penal Rosario, sala 2ª, 7/8/86, "Rodríguez, Héctor, R.", JA 1987-III-29.).

Como veremos a continuación, al no existir una vía recursiva ordinaria prevista por la ley 22.278 para revisar la penalidad que sufren estos jóvenes, el remedio único y específico previsto en el ordenamiento jurídico para cuestionar una privación de la libertad no conforme a derecho es la acción de *hábeas corpus*.

1.b. Procedencia de la acción de hábeas corpus como garantía de acceso a la justicia.

Los jóvenes objeto de esta acción han sido sobreseídos por los hechos que les imputan, en virtud de su no punibilidad. No obstante ello, permanecen privados de su libertad por aplicación de las denominadas *medidas tutelares*.

La privación de libertad es dictada en virtud del artículo 1° de la ley 22.278. Este artículo faculta al juez a disponer de los niños a los efectos de realizar estudios de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentren; afectando el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, sin existir previsión legal alguna que permita su revisión en instancia de impugnación.

“Es el expediente tutelar donde el juez decide todo lo atinente a la restricción de derechos del sometido a proceso, incluida la pérdida forzosa de la libertad, sin necesidad de que dicha medida guarde relación con lo acontecido en el proceso penal, pues puede continuar la internación aún cuando el imputado haya sido sobreseído (Beloff, M. – Mestres, J.L., “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, en *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004, p. 362/363, citado en CNCyC, Sala VI, “Calizaya, C. M s/robo”, causa 23.969, 15/07/04). Como agravante, el expediente tutelar es de trámite secreto de acuerdo con el art. 179 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal, lo que determina su inaccesibilidad, tanto para los niños y adolescentes como para sus padres y/o letrados.

El repertorio de estas medidas, así como su duración, no están inscriptos en ningún código, ley o reglamento. Sólo se señala, en el Artículo 412 CPPN que el Tribunal podrá disponer provisoriamente “a todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores”.

Por esto, al no existir una vía recursiva ordinaria prevista por la ley 22.278, el remedio específico para cuestionar una privación de la libertad no conforme a derecho, es la acción de *hábeas corpus*.

A mayor abundamiento, es fundamental destacar que el grupo de jóvenes aquí en cuestión es víctima de una doble discriminación.

Por un lado, a cualquier adulto al que se le pretende imponer una sanción —como la privación de libertad que sufren estos niños y adolescentes— se le reconocen las garantías fundamentales del debido proceso. A estos jóvenes, en cambio, les son negadas en forma absoluta y sistemática, configurándose así una situación de ilegítima discriminación.

Por otro lado, a cualquier persona a la que se le vulneran derechos se le provee la posibilidad de recurrir a una instancia judicial a fin de obtener el respeto y protección de estos. Contrariamente, estos jóvenes —como vimos en el acápite V inciso C— ven afectados derechos humanos fundamentales, como el derecho a la educación, sin contar con la posibilidad de acceder a la justicia para la protección de sus derechos vulnerados.

De esta manera, la presente acción de *hábeas corpus* interpuesta por la Fundación Sur Argentina es la única vía judicial apta, tanto para reparar la privación ilegítima de la libertad, como

para garantizar los demás derechos vulnerados en el caso. Desconocer esto, significaría privar de justicia y avalar la situación discriminatoria a la que se encuentra sometido el colectivo de personas cuyos derechos se pretende tutelar mediante la presente acción.

2. La necesidad de un hábeas corpus colectivo.

En este acápite nos referiremos a las razones por las cuales esta acción de hábeas corpus se presenta en forma colectiva a favor de todas las personas privadas de libertad en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis años de edad.

Es preciso recordar, llegado a este punto, que lo que esta presentación persigue es la declaración de ilegitimidad de la privación de libertad a la que estos jóvenes están siendo sometidos, el cese del trato discriminatorio del que son víctimas y la recomposición en el goce de los derechos que le están siendo negados. Para ello, será necesaria su liberación progresiva y su consiguiente incorporación a los programas del sistema de protección integral, que de conformidad con la CDN y la ley 26.061 deben ser puestos en práctica.

No es posible sostener sin distorsionar el objeto de esta acción, que la solución a la grave vulneración de derechos que se denuncia podría ser alcanzada a través de la suma de muchas acciones individuales tramitadas por separado. Esto pues, no sería efectivo que cada uno de los numerosos jóvenes alojados ilegítimamente, tanto en el Instituto “Gral. José de San Martín” como en otros establecimientos de similares características, interpongan un hábeas corpus individual, ya que ello no serviría para alcanzar el fin que esta acción persigue.

Sobre este último punto, cabe una vez más precisar que no se procura aquí la liberación inmediata e impensada de cada una de las personas actualmente privadas ilegítimamente de la libertad; por el contrario, lo que se aspira lograr es que se declare la ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas, se ordene su cese, y se elabore un plan progresivo de liberación e incorporación de todos y cada uno de estos jóvenes —estudiando detenidamente caso por caso— a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos.

Por lo que, una solución efectiva del caso requiere, no sólo la externación de cada uno de estos niños y adolescentes, sino además el diseño e implementación de un sistema de protección integral acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y al decreto 415/2006; razón por la cual una solución individual nunca sería idónea ni efectiva, siendo necesaria la interposición de un hábeas corpus colectivo.

Aún si se entendiera que presentaciones individuales pudieran resultar idóneas para proteger los derechos lesionados, *razones de escala*, hacen conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que incluya a todo el colectivo objeto de esta acción e involucre a todos los actores institucionales competentes en la materia.

Recordemos, por ejemplo, la situación planteada en el famoso *caso Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 US 483) resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954. La demanda sostenía que la existencia de sistemas escolares segregados —uno para blancos y otro para negros— era inconstitucional, por violar el principio de igualdad. Desde el punto de vista conceptual —en especial, bajo interpretación dominante que se ha dado en la Argentina al sistema de control difuso de constitucionalidad— no era imposible otorgar remedios individuales a quienes se presentaran como quejosos: se hubiera obligado a los respectivos Estados demandados a incluir en escuelas blancas a los alumnos negros que hubieran actuado como demandantes, sin que esto involucrara a los no demandantes. **Razones de escala** aconsejaban, sin embargo, **para que el remedio fuera efectivo**, la desagregación racial completa del sistema educativo, y no su modificación a través de casos discretos.

Local y recientemente, en el *caso “Verbitsky”*, (CSJN, 3/05/05), se procuraba mediante un *hábeas corpus* correctivo de alcance colectivo, el control judicial de la situación de las personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. La acción pretendía que se estableciera en términos precisos bajo qué condiciones debe habilitarse un lugar de alojamiento digno de acuerdo a estándares constitucionales, y que ordenara al Gobierno provincial remediar de forma urgente la situación de las personas alojadas en condiciones denigrantes de superpoblación, ofreciendo para ello un plan de acción. La insuficiencia de los remedios individuales era evidente: al interponer *hábeas corpus* individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los *hábeas corpus* colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo.

En la Corte Suprema, el Procurador General dictaminó a favor de la apertura del recurso federal por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia (Cons. VI). La mayoría de la Corte —y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt— concedió la razón a los actores, afirmando: *“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”*.

En este caso, la justificación de la elección de una acción colectiva también se funda en la naturaleza general y sistémica del problema. Los remedios individuales son insuficientes porque la interposición de *hábeas corpus* individuales, solo resuelve el derecho del niño concreto a no ser privado de la libertad, mas no resuelve el problema de la disposición tutelar de todas las personas privadas de libertad en virtud de hechos presuntamente cometidos

antes de cumplir los dieciséis años. A riesgo de ser reiterativos, en el presente se requiere no solo la progresiva liberación de estos jóvenes —como cualquier hábeas corpus— sino también la incorporación de cada uno a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos. Por lo que, una solución efectiva del caso, requiere además el diseño e implementación de un sistema de protección integral acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la ley 26.061 y al decreto 415/2006.

2. b. La conveniencia de tratar la cuestión de manera unificada.

En paralelo, existen razones de conveniencia que hacen preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción. Tanto por razones de economía procesal como por la existencia de serias dificultades para que los miembros de este grupo de personas afectadas accionen en forma individual.

En primer lugar, se presentan serias razones de economía procesal que hacen preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción. Por ejemplo, en el caso “*Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*” (CSJN, 18/12/2003), resuelto por la Corte Suprema, la organización actora impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamiento de alto costo. Se trató de un supuesto de protección a través de una acción colectiva que agrega derechos o intereses individuales homogéneos, en este caso, todas las personas que padecen de esclerosis múltiple excluidas del tratamiento por la resolución ministerial. Nada impedía a los actores interponer acciones individuales, cuyo efecto relativo hubiera llevado a la inaplicación de la resolución impugnada para el caso concreto, y por ende, la limitación del beneficio al reclamante. Sin embargo, el carácter único del acto dañoso y la multiplicidad de víctimas hace conveniente, por motivos de economía procesal, agregar todas las afectaciones en una misma causa, impidiendo así la multiplicación de litigios en los que existe identidad de agravios y alegaciones. El resultado de la acción colectiva beneficia a la clase entera de titulares de derechos o intereses individuales homogéneos, que pueden gozar acceder individualmente al tratamiento antes negado. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada por ser violatoria del derecho a la salud. La Corte confirma la sentencia de segunda instancia.

En segundo lugar, el conjunto de personas objeto de esta acción, en virtud de su edad, la fuerte restricción de su libertad ambulatoria, la sujeción a controles estatales intensos, la deficiente instrucción y la carencia de contacto familiar, resulta un colectivo especialmente vulnerable para la defensa de sus derechos.

Muchos integrantes de este colectivo, al igual que sus familias, no tienen el acceso a la información necesaria ni a los medios, ni el contacto con abogados que se necesitarían para

la presentación de un hábeas corpus. Es así, que sin duda, las chances de defensa individual se ven también extremadamente limitadas.

VII. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA FUNDACIÓN SUR ARGENTINA.

La Fundación Sur Argentina puede ser parte en este proceso en razón de que, por las particularidades del caso, en el que se discuten cuestiones atinentes a la afectación de derechos humanos y a la discriminación en su goce y protección, es una de aquellas organizaciones expresamente autorizadas para ello por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

La Fundación Sur Argentina, es una fundación sin fines de lucro, legalmente constituida ante la Inspección General de Justicia. Está dedicada específicamente a la promoción y defensa de los derechos humanos de la infancia, y su objetivo es contribuir a la efectividad de los derechos de niñas, niños y jóvenes, a través de todos aquellos mecanismos que permitan al conjunto de la sociedad civil conocer, acceder, dar seguimiento y fiscalizar políticas y acciones de las distintas instituciones del Estado responsables por su cumplimiento.

Entre sus programas, se destaca la Clínica Legal. El mismo brinda asesoramiento y asistencia jurídica gratuita a las personas menores de edad en los casos que involucren amenaza y/o vulneración a los derechos humanos, tanto en la esfera penal como en la civil; interponiendo las acciones necesarias para la protección de estos derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

En este sentido, la Fundación Sur Argentina desarrolla diversas y variadas acciones concretas a fin de la protección del derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad de las personas menores de edad. A modo de ejemplo, en abril de 2005, la Fundación Sur se ha presentado como *amicus curiae* en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la prisión y reclusión perpetua a jóvenes menores de dieciocho años de edad al momento de comisión del hecho que se les imputa —Petición N° 270—.

La Fundación Sur Argentina publicó el libro *Infancia y democracia en Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*, García Méndez, Emilio (comp.), Fundación Sur – Argentina, Editores del Puerto – Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2004. Y más recientemente ha publicado el libro titulado *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, García Méndez, Emilio (comp.), Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

En igual sentido, la Fundación Sur Argentina realiza múltiples seminarios, encuentros y jornadas, en especial, referidos a la temática de la responsabilidad penal juvenil.

Asimismo, ha remitido diversos pedidos de informes al Ministerio de Desarrollo Social a fin de indagar sobre el cumplimiento de las cláusulas de la ley 26.061 que prohíben la

judicialización de la pobreza y la privación de la libertad entendida eufemísticamente como medida de protección.

El artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados para interponer una acción expedita en defensa de derechos constitucionales vulnerados y “contra cualquier forma de discriminación”. Es decir que reconoce, a la Fundación Sur Argentina, el derecho de accionar en forma colectiva en el presente caso.

La regla del artículo 43 de la Constitución Nacional ha sido una valiosa opción del constituyente, pues respecto de ciertos grupos especialmente vulnerables resulta indispensable la actuación de terceros no afectados en orden a garantizar la efectiva defensa de sus derechos. Son numerosos los ejemplos en los cuales, como en este caso, la víctima de una violación a un derecho constitucional ve seriamente comprometida su posibilidad de ejercitar el debido reclamo y de obtener la correspondiente reparación, por lo que frente a ello no puede haber dudas acerca de la necesidad de superar un concepto de legitimación activa restringido al interés individual. Es claro, en fin, que la solución constitucional que establece la aptitud procesal de ciertas asociaciones en la defensa de intereses difusos expande las posibilidades de afectados en situación de vulnerabilidad de obtener una protección más robusta de la manda constitucional.

En consecuencia, siguiendo los criterios doctrinarios y jurisprudenciales dominantes, dado que el objeto del reclamo coincide con los propósitos para los cuales fue creada esta fundación, debe reputársela legitimada activamente. Esta situación se ve reforzada cuando el no reconocimiento de la legitimidad de la Fundación Sur Argentina generaría sin más, una violación al acceso a la justicia y al derecho a una tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, con fecha 16 de abril de 1996, en los autos Nro. 8364, “Bonavota, Liliana Graciela s/infr. Ley 23.592”, de la Secretaría 8 del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, se tuvo por parte querellante a la entidad no gubernamental “Delegaciones de Asociaciones Israelitas Argentinas” (DAIA). En ese proceso se investigaba un presunto acto de discriminación cometido en contra de una persona individual e identificada, sin perjuicio de lo cual, y ante la afectación de intereses difusos, se otorgó el rol de parte querellante a la entidad mencionada. También fue aceptada la petición de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires de ser tenida como parte querellante en la defensa de los vecinos del barrio de Mataderos ante un hecho de contaminación (c. Nro. 5789/99, “NN s/infr. Ley 24.051”).

La legitimación de la Fundación Sur Argentina para interponer este hábeas corpus surge del art. 43 de la Constitución Nacional y de la interpretación que la CSJN le ha dado. En autos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional s/ley amparo 16.986” (Fallos, 323:1339) del 1 de junio de 2000, la Corte estableció que “el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación para interponer acción expedita y rápida de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados,

entre ellos, a las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre ellos los de incidencia colectiva” (del dictamen del Procurador General de la Nación, cons. VIII, a cuyos fundamentos remite el voto de la mayoría de la Corte).

Esta doctrina se ha venido reiterando frente a diversas violaciones de diversos derechos constitucionales, legitimando para interponer acciones a las asociaciones dedicadas, por ejemplo a la defensa del medio ambiente (Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF SA y otros s/ Daño ambiental” CSJN, 13 de julio de 2004); la igualdad (Mignone, CSJN, 9 de abril de 2002); los derechos de los usuarios y consumidores (Defensor de Usuarios y Consumidores -Asociación Civil- c/ Neuquén, Provincia del y otros s/ acción de amparo”, CSJN, 4 de julio de 2003) y los derechos de incidencia colectiva como la salud (Asociación Benghalensis, op. cit., Asociación Esclerosis Múltiple de Salta, op. cit.).

Específicamente, en el caso “Mignone” la Corte se pronunció a favor de que los alcances de la legitimación colectiva del amparo sean aplicables también a otra acción, como el hábeas corpus, destinada a prevenir o impedir lesiones de derechos de base constitucional (Cons. VI).

En este mismo sentido, en el caso “Verbitsky”, la mayoría de la Corte —y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt— afirmó: *“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo—del art. 43CN- (La aclaración nos pertenece), con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.*

En efecto, la Corte Suprema señaló que “[m]ás allá del *nomen iuris* empleado, mediante el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. d, del Código Electoral Nacional, la actora pretende la modificación de una situación legal en la que se encuentran quienes están detenidos sin condena, en lo que hace al ejercicio de su derecho constitucional a votar. Si bien la actora inició la presente acción invocando las normas del amparo del art. 43, primer párrafo de la Constitución Nacional, cabe recordar que la misma norma dispone en el párrafo cuarto ‘cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuere la libertad física o en caso de agravamiento de las condiciones de detención [...] la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...’ (art.43, cuarto párrafo, Constitución Nacional), situación compatible con lo que es objeto de decisión. Que en este marco, corresponde concluir que la actora se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho, pues los beneficiarios de la presente acción son personas en condiciones de

detención y la lesión al derecho que buscan tutelar se integra con la restricción provisoria de la libertad” (Cons. 6°).

Particularmente, la ley 26.061 es su artículo 1° párrafo 3° establece que “La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado **habilita a todo ciudadano** a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces” (el destacado es propio).

Todo ello conduce sin hesitación a que la Fundación Sur Argentina sea parte legitimada, tal como el constituyente lo ha establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la Corte Suprema lo ha sosteniendo en su doctrina.

VIII. EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN LA PROTECCION Y GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La función del Poder Judicial, como poder que marque el incumplimiento y ordene la acción de los otros poderes frente a la amenaza o vulneración de derechos humanos como la que aquí se denuncia, aparece como un enclave insoslayable en la construcción de Estados que efectivamente garanticen el goce de los derechos, tal como lo postula el derecho internacional de los derechos humanos.

La jerarquía constitucional atribuida a los tratados internacionales de derechos humanos condiciona necesariamente el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos, en tanto su violación constituye, la violación de la Constitución misma y potencialmente compromete la responsabilidad internacional del Estado.

En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos podría llegar a significar la adopción de una decisión arbitraria por prescindir de normas de rango constitucional. Por ello, los tribunales internos son quienes tienen a su cargo velar para que todas las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, sean plenamente respetadas y garantizadas por los otros poderes del Estado.

En conclusión, la situación de violación de derechos humanos de niños y adolescentes aquí denunciada, demanda la inmediata acción de V.E. a efectos de garantizar el estricto cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el decreto 415/06, y demás normas internacionales de derechos humanos invocadas.

IX. AUDIENCIA Y PRUEBA

La ley de Hábeas Corpus, N° 23.098, autoriza la producción de prueba útil a la resolución del conflicto, así como la designación de audiencia con la presencia de todos los interesados.

La importancia de los derechos afectados y la gravedad de la situación que se denuncia justifican la realización de la audiencia prevista en el artículo 14 de la ley de hábeas corpus a fin de que la cuestión suscitada sea resuelta bajo las máximas garantías de publicidad e intermediación en la recepción de la prueba.

En razón de la extensión del conflicto y de la diversidad de actores e intereses involucrados, entendemos que la discusión abierta del problema justifica designar audiencia oral. Al mismo tiempo, la misma pluralidad de actores interesados justifica la utilización de este mecanismo que permitirá un trámite más ágil y fructífero del proceso.

Para dicha audiencia ofrecemos la siguiente prueba, útil a nuestra pretensión:

a. DOCUMENTAL:

a.1 Se acompaña fotocopia simple del Estatuto de la Fundación Sur – Argentina (Anexo A).

a.2. Se acompaña el informe “Privados de libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina”, elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina y UNICEF – Oficina de Argentina. (Anexo B).

a.3. Se acompaña la nota de remisión del Ministerio de Desarrollo Social con copia de la Nota Nº 97/06, a través de la cual el Dr. Gabriel Lerner, Director Nacional de Derechos y Programas para Niñez y Adolescencia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia responde al pedido de Acceso a la Información presentado por la Fundación Sur Argentina, en donde surge el detalle de la cantidad de jóvenes menores de 16 años que se encuentran alojados en el Instituto San Martín, sus edades y dependencia judicial.

b. INFORMATIVA:

b.1. Se requiera a la Oficina de Tutela de Menores de la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional que informe detalladamente lo siguiente:

1. Situación de cada una de las personas menores de dieciséis años alojada en un establecimiento público o privado del que no se le permita salir por su propia voluntad, haciendo constar los datos personales de la causa y lugar y tiempo de internación.
2. Estadísticas anuales sobre aplicación del régimen tutelar a personas menores de dieciséis (16) años al momento de presuntamente cometer el hecho que se les imputa (Cf. Art. 181 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal).

b.2. Se requiera a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia que informe detalladamente lo siguiente:

1. Todos los establecimientos de su dependencia en que se encuentren alojados personas en virtud de hechos presuntamente cometidos cuando tenían menos de dieciséis (16) años, haciendo constar los datos personales del joven, de la causa, lugar y tiempo de internación.
2. Las condiciones concretas en que se cumple el alojamiento de todas estas personas: 1. Características del establecimiento (Abierto/ cerrado); 2. Cantidad de personas alojadas, 3. Condiciones de higiene, 4. Acceso a los servicios sanitarios, 5. Acceso a los servicios educativos, 6. Días y horarios de las visitas familiares y personales, etc.
3. Informe las medidas que se han tomado, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.061, el 4 de noviembre de 2005, destinadas a dar cumplimiento con el egreso de las personas menores de edad privadas ilegítimamente de su libertad.

b.3. Se requiera al Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que informe detalladamente qué medidas ha tomado la Ciudad, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.061, el 4 de noviembre de 2005, destinadas a dar cumplimiento con el egreso de las personas menores de edad privadas ilegítimamente de su libertad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

C. TESTIMONIAL:

c.1 Se cite a la audiencia a la Presidenta de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, a fin de que informe que medidas, planes y programas se han tomado, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.061, destinados a dar cumplimiento con el egreso de las personas menores de dieciséis años de edad al momento de presuntamente cometer el hecho imputado, privados de su libertad en establecimientos de su dependencia, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

c.2. Se cite a la audiencia al Director Nacional de Derechos y Programas para Niñez y Adolescencia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, a fin de que informe qué medidas, planes y programas, se han tomado, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.061, destinados a dar cumplimiento con el egreso de las personas menores de dieciséis años de edad al momento de presuntamente cometer el hecho imputado, privados de su libertad en establecimientos de su dependencia, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

c.3. Se cite a la audiencia a la Ministra de Derechos Humanos y Sociales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que informe qué medidas, planes y programas, ha tomado la Ciudad, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.061, destinados a dar cumplimiento con el egreso de las personas menores de dieciséis años de edad al momento de presuntamente cometer el hecho imputado privados de su libertad, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

c.4. Se cite a la audiencia a la Presidenta del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de que informe las defensas técnico-jurídicas de los jóvenes objeto de esta acción, llevadas a cabo por el Servicio de la Red de Defensorías Zonales de Derechos.

c.5. Se cite a la audiencia al Director del Instituto “Gral. José de San Martín” a fin de que informe las condiciones de admisibilidad, de alojamiento de las personas allí internadas, así como los días y horarios de visitas, las condiciones educacionales, de higiene y las condiciones de seguridad del establecimiento.

c.6. Se cite a un familiar de cinco personas alojadas en el Instituto “Gral. José de San Martín” a fin de que informen las condiciones de alojamiento de las personas menores de edad allí alojadas, los días y horarios de visitas, las condiciones de higiene y las condiciones de seguridad del establecimiento.

d. INSPECCION DE LUGARES

Se constituya el tribunal en los institutos de menores identificados a partir de la información obtenida en virtud de los puntos IX. b.1.1 y IX. b.2 a fin de constatar la situación denunciada mediante inspección ocular.

X. SOLICITA NOTIFICACIÓN

En virtud de la afectación de un derecho constitucional y del derecho a notificarme de la resolución, solicito a V.E. ordene la notificación en el domicilio constituido a tal efecto, a fin de hacer efectivo los principios elementales de debido proceso, de inviolabilidad de defensa en juicio, principio de impugnación, principio de bilateralidad, principio de publicidad, principio de jurisdiccionalidad, previstos en nuestra Constitución en el art. 18 y en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 37 y 40 y concordantes.

XI. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Hacemos expresa reserva de la cuestión federal, en cuanto a una resolución contraria a lo solicitado viola los artículos 8.2, 9 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 14.2 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 37 inc. b y 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, con fundamento en las razones expuestas precedentemente, a las que *brevitatis causae*, nos remitimos.

XII. PETITORIO:

Por cuanto antecede, a V. E. solicitamos:

1. Se tenga por interpuesta la presente acción de Hábeas Corpus y se nos tenga por parte y constituido el domicilio.
2. Se designe audiencia y se provea la prueba solicitada.
3. Se declare la ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas y ordene su cese, levantándose las disposiciones tutelares dictadas.
4. Se ordene al Poder Ejecutivo Nacional y Local, que en un plazo máximo razonable, desarrollen un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas en alguna de las medidas de protección del sistema de protección integral de derechos que surge de la ley 26.061, dejando en claro que en ningún caso estos podrán consistir en privación de la libertad.
5. Se tenga presente la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA

Resolución de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal del 11 de diciembre de 2007. Causa nro. 7537 “García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina s/recurso de casación e inconstitucionalidad”

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de diciembre del año dos mil siete, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Eduardo Rafael Riggi, Ángela Ester Ledesma y Guillermo José Tragant, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 7537 caratulada “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación”, con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Raúl O. Plée y del Dr. Emilio García Méndez, Presidente, con el patrocinio letrado de la Dra. Laura Rodríguez-

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Tragant, Riggi.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

PRIMERO:

Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala en virtud de los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 101/114 por los Dres. Emilio García Méndez y Laura C. Musa, en su carácter de Presidente y Vicepresidente de la Fundación Sur, contra el pronunciamiento obrante a fs. 82/83 dictado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, que resolvió “Confirmar la decisión de fs. 77/79, sin costas, mediante la cual se rechaza la acción de hábeas corpus y en todo cuanto ha sido materia de consulta.”.-

Las impugnaciones fueron denegadas, lo que motivó la queja obrante a fs. 165/179 vta, a las que la Sala hizo lugar a fs. 185 (reg. N° 1292 de 41 2/11/06), y mantenidas a fs. 187.-

Puestos los autos en Secretaría por diez días a los fines de los artículos 465 primera parte y 466 del Código Procesal Penal, se presentaron los recurrentes solicitando que se haga lugar a los recursos deducidos.-

Según constancia actuarial de fs. 198, se celebró la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma.

SEGUNDO:

I) Con invocación de la causal contemplada por el artículo 456 inciso primero del Código Procesal Penal de la Nación, el recurrente alegó la errónea aplicación del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la ley 23.098.

Manifestó que la vía intentada es la adecuada para impugnar las privaciones de libertad de los menores protegidas por esta, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, es el recurso rápido y sencillo que tutela la libertad física, institución que fue constitucionalizada a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (arts. 75 inc. 22 de la C.N., 8, 25.1, 27.2 de la CADH y OC-9/87 de la CIDH).

En ese sentido, señaló que el *a quo* ha desconocido la situación jurídica de las personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años y privadas de la libertad, dado que nunca podrían ser responsabilizados por no ser penalmente punibles de acuerdo a lo establecido por el artículo 1º de la ley 22.278.

Refirió que la normativa faculta al juez a disponer de los niños a los efectos de realizar estudios de su personalidad, condiciones familiares y ambientales, afectando su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, sin que exista previsión legal que permita su revisión en instancia de impugnación.

Que el trámite del expediente tutelar queda librado al criterio de cada juzgado, ya que no existe norma que prevea los pasos a seguir y las medidas y su duración son indeterminadas, con el único límite de la mayoría de edad civil, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor.

A ello sumó, que tales medidas tutelares se fundamentan en informes psicológicos tanto del Cuerpo Médico Forense como de las instituciones donde el menor ha sido incluido, en violación del principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Agregó que el trámite del legajo es secreto, de acuerdo con el art. 179 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal, lo que determina la inaccesibilidad para los niños y adolescentes como para sus padres y/o letrados, situación que se traduce en la imposibilidad de la asistencia de un abogado para que lo asesore técnicamente en defensa de sus intereses en el marco del expediente tutelar que lo tiene privado de su libertad.

Manifestó que el Defensor de Menores, si bien es el representante promiscuo de los incapaces, también cumple la función tutelar propia del patronato del Estado, conferida por la derogada ley 10.903, de lo que se desprende que sus intervenciones estén identificadas con las del juez de la causa, pues ambos contribuyen a la tutela del menor.

Que de esta manera, añadió que la intervención del Defensor de Menores e Incapaces “no se enmarca en el reconocimiento de las garantías individuales que como niño han sido consagradas a la luz de la protección integral que de sus derechos impone la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que no opera como abogado del imputado para asegurar el adecuado y legítimo ejercicio de su defensa en juicio, sino que más bien legitima el control criminalizador desplegado por el Estado respecto de una persona que no es punible de acuerdo con la normativa vigente”.

Destacó que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha expresado su preocupación por la vigencia de las leyes 10.903 y 22.278, inspiradas en la doctrina de la

“situación irregular”, ya que, en particular, no distinguen claramente entre los niños que necesitan atención y protección y aquellos que tienen conflictos con la justicia.

Afirmó que el principio de la improcedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales debe admitir excepciones en situaciones como la presente, pues de lo contrario se incurre en un exceso formal que culmina negando toda eficacia a la tutela del derecho y a la administración de justicia.

En ese sentido, señaló que el art. 3° de la ley 23.098 no puede entenderse en forma restringida, debiendo acudir al principio *pro homine* y al interés superior del niño para su interpretación; que la cláusula debe ser analizada con ajuste a las reglas de jerarquía superior, es decir, a la luz de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, exigiéndose la revisión por esta vía cuando se configura una situación sistemática de violación de derechos fundamentales.

Refirió que el caso exige que prospere la acción intentada excepcionalmente contra decisiones de autoridad judicial, porque las privaciones de libertad emanan de una autoridad incompetente.

En ese aspecto, aseguró que el régimen penal para la minoridad vigente, al establecer la no punibilidad de los menores que hayan cumplido 16 años de edad, ha renunciado su persecución penal, de modo que la situación en que se encuentran estos jóvenes es manifiestamente ilegítima.

Indicó que la inimputabilidad establecida por la ley 22.278 debe interpretarse a la luz de la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño, como la absoluta imposibilidad del Estado de imponer una pena a menores de 16 años, definiendo como una pena a la privación de libertad en que se encuentran estos jóvenes.

Que por ello, el resolutorio impugnado al sostener que “las internaciones de los menores encuentran sustento en decisiones de autoridad competente (los jueces)”, desconoce que el artículo 1° de la ley 22.278 establece que “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad”, no pudiendo sostenerse que los jóvenes están internados con motivo de la comisión de delitos ni entender que “las internaciones de los menores encuentran sustento en decisiones de autoridad competente”.

Señaló que “...la limitación ilegítima de la libertad ambulatoria emana de autoridad incompetente, ya que los Jueces de Menores no tienen autoridad para realizar estas internaciones sin violar derechos y garantías básicas de nuestro estado de derecho, ya que las personas menores de 16 años de edad no pueden catalogarse como infractores a la ley penal y bajo ninguna circunstancia deberían ingresar al sistema de justicia, pues, el Estado ha adoptado la decisión político – criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas —menores de 16 años— cometan delitos”.

Que “...la legislación y la intervención estatal sobre niños y jóvenes no puede olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar garantías y límites al ejercicio de su poder punitivo. La consideración de las personas menores de 16 años como no punibles, no puede autorizar el inconstitucional arbitrio judicial porque estos jóvenes también son personas y sólo pueden ser sometidos al poder punitivo del Estado con las debidas garantías que surgen de la Constitución Nacional, la CDN y los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos.”

El recurrente aseguró que esa idea se ve reforzada con la sanción de la ley 26.061, que precisa competencias específicas de la administración para el abordaje de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes, enervando la responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido al juez penal —en lo concerniente a la situación social— que conociera en aquella causa en que el niño fuera imputado siendo menor de 16 años.

Que nuestro marco regulatorio impone expresamente el apartamiento de los jueces con competencia en materia penal, del análisis de toda cuestión que no se relacione con el juzgamiento del delito presuntamente acontecido; de forma tal que la privación de la libertad de los jóvenes objeto de esta acción, en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años, que habilita el artículo 1º de la ley 22.278, es ilegítima y los jueces de menores carecen de competencia para decretar una medida de esa clase.

Destacó que, de conformidad con la Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, “...no hay sustento para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que el sistema normativo argentino exige para que proceda la restricción del derecho a la libertad y exige por lo tanto, la urgente revisión de la restricción incondicionada del hábeas corpus contra decisiones de autoridad judicial por tratarse de privaciones de libertad emanadas de una autoridad incompetente.”

II) El recurrente planteó la errónea aplicación de los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional y 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por mediar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, refirió que la negativa a abordar la problemática planteada importa una violación a las normas constitucionales e instrumentos internacionales, en lo relativo al derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener una efectiva protección jurisdiccional.

Que la acción intentada “... tiene por objeto amparar a la totalidad de los miembros de este grupo en la necesidad de obtener igual protección, estando convencidos de que sólo un planteo de carácter colectivo resulta idóneo para abordar la situación de crisis enunciada.”, agregando que, precisamente, el artículo 43 de la Constitución Nacional “... permite tutelar intereses que, por su situación de vulnerabilidad, sólo adquieren importancia al ser concebidos de modo agregado o plural, o únicamente pueden conseguir una mejor solución de esa forma.”

Por tal motivo, interpretó que el *aquo* al resolver del modo en que lo hizo, ha desvirtuado lo dispuesto por la norma constitucional referida, al soslayar la posibilidad de accionar en defensa de derechos o intereses colectivos.

Sostuvo que los “... alcances de dicha norma constitucional, que —en virtud de la reforma introducida en 1994— amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, fueron determinados con bastante precisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y lo resuelto por el a quo contraviene frontalmente la jurisprudencia en la materia de nuestro máximo tribunal federal.”

En ese contexto, el recurrente citó lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en autos “VERBITSKY”, del 3/05/05, supuesto en el que se planteaba la procedencia de una acción de *hábeas corpus* correctivo de alcance colectivo, para el control judicial de la situación de las personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Teniendo presente el razonamiento de la Corte Suprema, el recurrente indicó que “...el objeto del planteo de esta parte no es la solución de la situación individual de una persona... sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado de los estándares jurídicos fijados en materia de niños, niñas y adolescentes por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.”

Alegó que “En el caso, existen al menos tres factores que resultan relevantes: En primer lugar, la justificación de la elección de una acción colectiva se funda en la naturaleza general y sistémica del problema. Los remedios individuales son insuficientes porque la interposición de *hábeas corpus* individuales, solo resuelve el derecho del niño concreto a no ser privado de la libertad, mas no resuelve el problema de la disposición tutelar de todas las personas privadas de libertad en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años.”

Que “...se requiere no sólo la progresiva liberación de estos jóvenes —como cualquier *hábeas corpus* — sino también la incorporación de cada uno a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos. Por lo que, una solución efectiva del caso, requiere además el diseño e implementación de un sistema de protección integral acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la ley 26.061 y al decreto 415/2006.”

Añadió que, en segundo lugar, “...se presentan serias razones de economía procesal que hacen preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción. Por un lado, dado el carácter colectivo del remedio solicitado, corresponde que la orden judicial dirigida al Poder Ejecutivo para dar solución a la cuestión planteada provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad de la situación; por otro lado, dada la gravedad y urgencia de la situación denunciada, la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto, así como la existencia de decisiones contradictorias.”

En tercer lugar, afirmó que "... el conjunto de personas objeto de esta acción, en virtud de su edad, la fuerte restricción de su libertad ambulatoria, la sujeción a controles estatales intensos, la deficiente instrucción y la carencia de contacto familiar, resulta un colectivo especialmente vulnerable para la defensa de sus derechos."

Señaló que resulta claro que la presentación de acciones individuales, no puede considerarse como una alternativa viable, de manera que la respuesta jurisdiccional del *aquo* configura una violación al derecho que tienen las personas representadas a recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos esenciales.

Recordó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Giroldi", donde recogió las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la necesidad de allanar el acceso a la jurisdicción en procura de garantizar a los justiciables el goce de sus derechos esenciales.

Por tal motivo, el impugnante afirmó que el decisorio cuestionado trasgrede elementales disposiciones internacionales (art. 25. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que reconocen el principio, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos. En lo que a esta cuestión se refiere, el presentante indicó que si se deniega la procedencia de la vía, los derechos vulnerados carecerían de adecuada protección judicial, y se daría un supuesto de denegación de justicia, con la consiguiente violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH y 2.3 del PIDC.

III) Con sustento en la causal prevista en el inciso 2° del artículo 456 del Código Adjetivo, el recurrente invocó la arbitrariedad de la sentencia por omisión de tratamiento de cuestiones planteadas.

Afirmó que la Cámara de Apelaciones no se expidió sobre la ilegítima privación de libertad que sufre el colectivo objeto de esta acción, ni los demás derechos afectados como producto de esta situación. Que tampoco lo ha hecho en relación a la procedencia de la acción de habeas corpus como una garantía de acceso a la justicia, ni abordado el tratamiento de la cuestión referida al derecho invocado por la Fundación Sur, relativo a la posibilidad de accionar de manera colectiva en defensa de todas las personas que por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, se hallaren privados de su libertad en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de la conveniencia de tratar la cuestión de manera unificada.

Además, manifestó que la resolución en crisis carece de motivación suficiente, ya que, "... para sustentar el rechazo de la acción de hábeas corpus intentada, el Tribunal no ha razonado sobre los elementos alegados y las pruebas obrantes en la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional impuestas por la ley procesal."

También consideró que media una errónea interpretación del objeto de la acción incoada, señalando que no tenía por objeto el caso de las personas menores de 16 años de edad ilegítimamente detenidas, sino a quienes lo fueron en ocasión de haber presuntamente cometido un acto ilícito antes de cumplir los 16 años de edad, pero que a la fecha, pueden tener más de esa edad.

IV) Con base en las previsiones del artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación, se invocó la invalidez constitucional del artículo 1° de la ley 22.278.

El impugnante sostuvo que la norma es inconstitucional porque implica la vulneración de las garantías básicas que en los artículos 16, 18 y 19 consagra nuestra Carta Magna y contraria a las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 3, 5, 9, 12, 37 y 40, además de confrontar también con las disposiciones de otros tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Manifestó que, según nuestro derecho positivo interno, el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad, o cualquier otro similar, trátase de una privación de la libertad. Que la norma "... habilita la restricción ilegítima de la libertad de los jóvenes objeto de esta acción por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, es decir siendo no punibles, por medio de un proceso que para el caso de los menores inimputables termina siendo una ficción que no guarda relación con la decisión de privarlos de libertad, dado que estos jóvenes inimputables para la ley, son sobreseídos, pero pese a tal sobreseimiento son penados y encerrados, ... sin respeto de mínimas garantías constitucionales que nuestra Carta Magna reconoce a todo ser humano...".

Por ello, entendió que la privación de libertad de estos jóvenes implica la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso, de legalidad y reserva, derecho de defensa y presunción de inocencia reconocidos no sólo en la Constitución Nacional sino también en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Que, asimismo, el mencionado art. 1° de la ley 22.278 al permitir las cuestionadas privaciones de libertad, vulnera otros derechos fundamentales de estos jóvenes, como son el derecho a las relaciones familiares, a la educación y el interés superior del niño.

Al respecto, analizó la situación jurídica de los jóvenes no punibles en los términos del referido dispositivo legal. Señaló que la situación en que se encuentran todas las personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, es manifiestamente ilegítima, ya que no obedece a una prisión preventiva ni a una condena firme y vulnera los principios de legalidad penal, culpabilidad, inocencia y el derecho a un juicio previo.

Con sustento en el artículo 411 del ordenamiento formal, indicó que es común en la práctica que los tribunales convoquen a los jóvenes a prestar declaración indagatoria, para luego,

automáticamente, dictar el sobreseimiento por inimputabilidad, independientemente de su no participación en el hecho que se le imputa y del orden de prelación establecido, de conformidad con el artículo 336 del cuerpo formal. Aseguró que, de tal forma, se priva al menor de un debido proceso, de su derecho constitucional de defensa, y se vulnera la presunción de inocencia.

Asimismo, conceptuó que se lesiona la limitación constitucional al *ius puniendi* estatal, ya que en un Estado de derecho existen requisitos para privar de la libertad a las personas, sea como medidas cautelares o como sanciones, pero en todos los casos debe observarse estrictos recaudos formales y sustanciales.

En ese orden de ideas, el impugnante señaló que las causas por las cuales los menores objeto de esta acción se encuentran privadas de libertad, se sustentan únicamente en cuestiones de abandono material y moral, por lo que no se dan los estrictos supuestos constitucionales que permiten la privación de la libertad.

Que también se verifica un quiebre al principio de legalidad y del derecho penal de acto, ya que la no punibilidad establecida por la ley 22.278 debe ser entendida como la absoluta imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de 16 años al momento de presuntamente cometer el hecho que se les imputa.

Que en el presente caso se lesiona el principio de legalidad penal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40. 2. a. de la CDN, art. 9 de la CADH y art. 15 del PIDCP, en cuanto impone al Estado la exigencia de una ley previa, formal, escrita y estricta.

En ese aspecto, manifestó que no existe una ley previa que tipifique como delito las circunstancias que habilitan la disposición tutelar de jóvenes no punibles (art. 1° de la ley 22.278), afirmando que ello jamás podría acaecer pues no existe conducta que ponga en peligro o lesione un bien jurídico de un tercero.

Concluyó afirmando que la privación de la libertad de los jóvenes en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años, que habilita el artículo 1° de la ley 22.278, es ilegítima, al justificar la intervención coactiva estatal en virtud de estados personales.

Manifestó que en el proceso tutelar, las medidas dispuestas no están asentadas en un hecho previo típico ni en un proceso previo, "...son discrecionales, secretas, no son fundadas, y para su efectivización se tienen en cuenta criterios peligrosistas que atienden a las características de la personalidad y a la incriminación de estados, propia de los sistemas totalitarios contrarios al orden constitucional." A su vez la privación de la libertad se decreta sin que haya existido un juicio previo por lo que también se vulnera la garantía constitucional del debido proceso contemplada (arts. 8 de la CADH, 14 del PIDCP y 18 de la Constitución Nacional), que establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Que, paralelamente, la privación de la libertad como medida tutelar vulnera el principio de inocencia contenido en el artículo 18 de la Carta Magna, el enunciado n° 7 de las Reglas de Beijing, y los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.b. I de la CDN., señalando que “Este principio supone que toda persona acusada de haber cometido un delito goza de un estado de inocencia y este estado sólo es posible desvirtuarlo luego de un juicio en el que se presente la acusación, se posibilite el derecho de resistir a aquélla, se produzcan las pruebas de cargo y de descargo, y finalmente se dicte una sentencia por un tribunal imparcial en base a los elementos presentados ante él”. (CNCyC., Sala I, causa 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro”, 17 de marzo de 2004, y causa 21.574, “Gómez, Lucía A. y otros”, 2 de junio de 2004).-

Que en definitiva, “... en los casos de estas personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, no hay sustento para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que la ley exige para que proceda la restricción del derecho a la libertad. Por lo tanto, esta privación es ilegal dado que violenta garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho.”

El impugnante argumentó sobre los derechos afectados por la norma tachada de inconstitucionalidad.

De un lado, señaló que el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad o cualesquiera otros constituye privación de la libertad conforme nuestro derecho positivo interno.

Alegó que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional ha incorporado los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia”; y en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, su interpretación ha sido fijada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la Resolución 45/113, aprobada por 14/12/90, a través de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que en la Regla Nº 11.b define 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...”.

Que esa regla “...es reafirmada en nuestro ordenamiento nacional por la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes – ley 26.061–. En este sentido, el artículo 19 de la ley define privación de libertad como la ubicación de un niño, niña o adolescente en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad.”

Indicó que la idea se refuerza en el Fallo de la Corte Suprema de Justicia “M., D. E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, al señalar que los menores “...son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de

la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”.

Que, por su parte, esta Cámara de Casación Penal, ha declarado como doctrina plenaria que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal, conforme la ley 22.278, en el Acuerdo N° 2/2006, Plenario N° 12, 29 de junio de 2006, “C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”.

Destacó el informe elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, junto a UNICEF, Oficina de Argentina, “Privación de libertad. Situación de niños, niñas y adolescentes en Argentina”, donde se puede leer claramente que la institucionalización es privación de libertad.

El recurrente manifestó que la privación de la libertad necesariamente trae como consecuencia la afectación del derecho a las relaciones familiares, que cobran sensible relevancia en el modelo que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, a través del sistema de protección integral de derechos, de acuerdo a la situación en la que se encuentran los niños y los adolescentes en su proceso de crecimiento y desarrollo.

Que en el caso analizado, “...se ha privado a estos jóvenes de sus relaciones familiares, a través de la aplicación de una medida que no cumple con los recaudos impuestos por la normativa vigente. No puede admitirse que la finalidad de un acto estatal sea desarticular una familia. No hay ningún interés que se pueda proteger privando a las personas de sus relaciones familiares. Hace al interés superior del niño y al principio de igualdad que se respeten sus derechos a tener una familia y a crecer en un ambiente comunitario.”

Que “...el funcionamiento de los institutos de menores hace que se coarten derechos básicos como el derecho a la educación, con la excusa de mantener una estricta seguridad... el Estado también debe garantizar el derecho a la educación de los chicos privados de libertad. Los jóvenes alojados en estas instituciones tienen derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlos para su reinserción en la sociedad y, siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera de la institución.”

Alegó que el interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la CDN, plasma la plena satisfacción de sus derechos, y 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. Aseguró que en ese aspecto, no es posible entender que se respeta aquél interés si se restringe al niño su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, máxime cuando no concurren los requisitos constitucionales mínimos previstos para los adultos para que el Estado se encuentre legitimado para aplicar tal coacción.

En conclusión, y de acuerdo a lo manifestado, afirmó que las decisiones mediante las que se priva de la libertad a los menores, el interés superior del niño no ha sido considerado y que la omisión de aplicar los principios enunciados importa una grave falta del Estado Argentino que le hace incurrir en responsabilidad internacional a causa del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que ha asumido al suscribir los pactos internacionales de carácter vinculante.

Precisó que no obstante "...que coincidimos con los argumentos sostenidos por la Juez de Primera Instancia, y retomados por la Cámara, en cuanto a que le corresponde al Poder Legislativo "adecuar la legislación de la República Argentina a los tratados y convenios internacionales", es tarea de los tres poderes cumplir con el mandato internacional; contando el Poder Judicial con un rol preponderante en la materia: la necesidad de reparar las posibles violaciones a normas internacionales que se hagan patentes en los casos que le son llevados a su conocimiento."

Recordó que dada la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, su no aplicación por parte de los tribunales argentinos podría significar la responsabilidad internacional por desconocer normas de rango constitucional.

En ese marco, alegó que la situación de violación de derechos humanos de niños y adolescentes que se denuncia, demanda la inmediata acción del Tribunal a efectos de garantizar el estricto cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y demás normas internacionales invocadas.

Asimismo reconoció "...que la actuación judicial tiene sus límites y no le compete evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración pública. En consecuencia, no se trata de que el Poder Judicial defina de qué modo debe subsanarse el problema, pues ésta es una competencia de la Administración."

Que resulta "... impracticable una solución total e inmediata a nuestra pretensión, y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, por esta razón solicitamos que se establezca una instancia de ejecución en la que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados puedan determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de las ilegítimas privaciones de libertad que sufre el colectivo objeto de esta acción."

Consideró que "...dada la complejidad de lo solicitado, la trascendencia pública de la problemática, así como los múltiples actores involucrados justifican la necesidad de establecer una mesa de diálogo, que sea un ámbito de discusión en el cual puedan participar la pluralidad de afectados". Para ello, consideró prudente que se la convoque, con participación de las áreas respectivas del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y organizaciones de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones, a fin que en un ámbito de intercambio se arribe a soluciones adecuadas y sustentables.

Que desde la base de que las políticas públicas eficaces requieren discusión y consenso, afirmó que “...es preciso implementar este mecanismo que permitiría el intercambio con el único propósito de lograr diseñar y ejecutar un plan progresivo de liberación e incorporación a los programas que prevé la ley 26.061.”

Que en ese sentido, debe definirse un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; agregando que “...la ley 26.061 distingue claramente las políticas sociales de la política criminal, 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 entendidas como responsabilidad conjunta —en su diseño y ejecución— de la sociedad civil y del Estado. De ahí que se desjudicialicen prácticamente todas las cuestiones relativas a la protección de la infancia, supuesto que con la ley 10.903 habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.”

En consecuencia, explicó que “...los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal. La Justicia Nacional de Menores sólo debe actuar cuando a una persona menor de edad imputable -es decir, mayor de 16 años- se la acuse de haber cometido un delito.”

Que, de acuerdo a ese plan, se trata de cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño y la mencionada ley 26.061, instando al Poder Ejecutivo Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a efectivizar las medidas de protección de derechos, poniendo en marcha en un plazo máximo razonable un programa de liberación progresiva.

Por otra parte, entendió que es preciso establecer un amplio espectro de medidas de protección, que deben ser proporcionadas a las circunstancias y gravedad del delito imputado y de acuerdo a cada caso concreto, verificando cuál es la más adecuada para cada joven según sus condiciones personales y familiares, todo ello con expreso acuerdo del menor y teniendo como base las medidas recomendadas en el artículo 40.4 de la CDN. y 18 de las Reglas de Beijing.

V) En la oportunidad prevista por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación se presentó el Dr. Emilio García Méndez a ampliar los fundamentos de la impugnación.

Ratificó los argumentos expuestos en los recursos de casación e inconstitucionalidad, agregando que para ser coherentes con el criterio jurídico de la inimputabilidad se debe comenzar afirmando que nada puede exigírsele a quien no tiene capacidad para comprender la criminalidad de sus actos ni para motivarse por las amenazas que contienen los tipos penales; que las normas que determinan la no punibilidad de menores de 16 años son presunciones *iuris et de iure* por lo que no es posible realizar ninguna investigación destinada a determinar el discernimiento real del joven para acreditar su capacidad.

Indicó que el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, impone al Estado la exigencia de una ley previa, formal, escrita y estricta que tipifique como delito la conducta que se sanciona.

En ese aspecto, afirmó que el artículo 1° de la ley 22.278 viola aquél postulado constitucional pues no prevé ni los hechos punibles ni las penas a aplicar; temas que quedan a la total discrecionalidad del juez; las sanciones impuestas no son consecuencias de conductas típicas sino de situaciones que tienen que ver con condiciones personales, ambientales o familiares de los menores y por tal motivo, la privación de la libertad de estos jóvenes en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años deviene ilegítima.

Del otro lado, reiteró que el sistema penal debe basarse en la culpabilidad por el hecho cometido, descartando la idea de que se pueda ser culpable por defectos del carácter o por la conducción de la vida, en tanto, en la lógica del dispositivo legal tachado de inconstitucional, el suceso delictivo pasa a un segundo plano sin que sea la razón determinante de la consecuencia jurídica.

Partiendo de este criterio, entendió que el artículo 1 de la ley minoril es constitucionalmente inválido pues faculta al juez a disponer del menor de edad, no por razón del hecho cometido, sino por sus circunstancias personales con el único fundamento de hallarse abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material o presenta problemas de conducta.

Seguidamente, alegó que no demanda esfuerzo notar que en la norma no hay ninguna relación entre el hecho punible y la consecuencia jurídica; la sanción que aplica el juez no está determinada previamente por la ley, ni en su duración ni en su forma de ejecución, de manera que las privaciones de la libertad de los jóvenes objeto de la acción son ilegalmente indeterminadas y carecen de proporción con el delito imputado.

Que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de las personas, es decir no degradante, concepción que lo lleva a concluir que el principio de proporcionalidad se encuentra ausente en el artículo 1° de la ley mencionada, en tanto admite la privación de la libertad de los jóvenes independientemente del hecho atribuido.

Sostuvo que también se verifica una lesión al principio de inocencia, ya que la ley admite la privación de la libertad de los menores de 16 años al margen del resultado de la causa penal y de si se ha probado su culpabilidad.

Del mismo modo, entendió que los principios de debido proceso y juicio previo se aprecian vulnerados al decretarse las restricciones a la libertad de los menores objeto de la acción con sustento en el cuestionado artículo 1° de la ley 22.278 que no los ha receptado.

Lo propio indicó con relación al principio de igualdad, en tanto estima que no es constitucionalmente correcto dar a los niños un tratamiento diferencial sometiéndolos a un régimen en que el son ignorados los derechos y garantías elementales.

Consideró, por otra parte, que es conveniente no olvidar la naturaleza penal del artículo 1° de la ley, en tanto las sanciones impuestas a estos jóvenes se traducen en restricciones de derechos y se imponen coactivamente; que en este tipo de procesos deberían preservarse todas las garantías constitucionales, lo que no sucede cuando se pierde de vista su índole penal, en función de actuaciones exclusivamente tutelares de contenido autoritario.

Concluyó señalando que en los casos de estas personas privadas de la libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años de edad no hay razones para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que la ley exige para su procedencia, de manera que la norma que la habilita es inconstitucional y violatoria de garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho.

TERCERO:

a) Con motivo de lo solicitado por la Fundación Sur en el escrito recursivo, se resolvió establecer una mesa de diálogo con intervención de las autoridades del Gobierno Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires (cfr. fs. 204).

A ese fin, como medida para mejor proveer y con suspensión de la deliberación, se convocó a los representantes de la Fundación Sur Argentina y a los funcionarios que se designaran del área de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y a las respectivas del ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la audiencia del día 13 de junio pasado, para que en vista de los antecedentes del expediente, expongan sus posiciones acerca de la cuestión planteada y su posible solución.

En esa oportunidad, el impugnante presentó el escrito obrante a fs. 224/239 vta.

Refirió que según el informe “Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina”, elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y UNICEF -Oficina Argentina-, hay en el país 19.579 jóvenes privados de la libertad; habiendo 1.584 personas menores de 21 años en la Ciudad Autónoma de Bs. As. en esa condición, de los cuales 438 lo están con motivo de una causa penal; al par que señaló que en la nota n° 97/06, emitida por la Dirección Nacional de Derechos y Programas para Niñez y Adolescencia, surge el detalle de los menores de 16 años que se hallan alojados en el Instituto “Gral. San Martín”, sus edades y dependencias judiciales intervinientes.

Argumentó sobre el estado de la situación jurídica actual. En ese sentido, recalcó que los jóvenes objeto de esta acción han sido todos sobreseídos por los hechos que se les imputaron, dada su no punibilidad; no obstante, permanecen privados de libertad de acuerdo a medidas tutelares cuya procedencia faculta el artículo 1° de la ley 22.278, en aras de estudiar su personalidad, condiciones familiares y ambientales, sin que exista normativa que permita la revisión judicial en instancia de impugnación.

Agregó que las disposiciones sobre la prisión preventiva no rigen respecto a los menores de dieciocho años, siendo aplicable la legislación específica, afirma que todas las restricciones a la libertad de menores de 16 años al momento de ser imputados por la comisión de un delito operan en el expediente tutelar.

Que el legajo es tramitado discrecionalmente, según el criterio de cada juzgado pues no hay norma que precise los pasos a seguir; la reacción estatal es por tiempo indeterminado, siendo su única limitación la mayoría de edad civil, en la que cesa la disposición judicial.

Aseguró que la situación en que se encuentran las personas objeto de la acción intentada es manifiestamente ilegítima, que la violencia institucional a la que el Estado los somete constituye una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, contraria a las normas internacionales de protección de la infancia.

Trajo a colación, el criterio del “estado de cosas inconstitucional”, desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana que en una de sus sentencias (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, rta. 28/4/98, T-137001 y T-143950) explica la necesidad del uso de acciones colectivas para buscar remedio a situaciones de lesión de derechos fundamentales de carácter general y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir, que por lo general no se originan exclusivamente en la autoridad demandada, de modo que las soluciones dependen de la acción mancomunada de diversas entidades; que lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes para que pongan fin a ese estado de cosas inconstitucional.

Que en ese sentido, la Sala Tercera de Revisión de dicho órgano jurisdiccional, en un caso paradigmático, ordenó a las autoridades del Gobierno Colombiano a elaborar planes tendientes a garantizar a los reclusos condiciones de vida digna en los penales y a que se realicen las gestiones necesarias para el financiamiento de los gastos que ello demande, incluyéndose en el presupuesto las partidas correspondientes.

Sobre esa base, indicó que en el particular existe un estado de cosas inconstitucional, pues se verifica una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; el derecho a la libertad es flagrantemente violado, afectando a todos los jóvenes por hechos presuntamente perpetrados antes de cumplir 16 años y el accionar estatal implica no sólo el incumplimiento de su obligación de respetar los derechos del niño, sino también la de garantizar sus derechos, tomando todas las medidas positivas necesarias.

Indicó que se está en presencia de una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de aquellas obligaciones, pues por un lado el Poder Judicial dispone las medidas tutelares —privaciones de la libertad— y por otro, el Poder Ejecutivo, a través de sus órganos competentes, mantiene en funcionamiento establecimientos como el Instituto “Gral. José de San Martín”, destinado exclusivamente a la privación de la libertad de personas menores de 16 años.

Refirió que esa situación es de tal gravedad, que el Comité de los Derechos del Niño en Naciones Unidas, en las observaciones finales sobre Argentina, ha expresado su preocupación por la vigencia de las leyes 10.903 y 22.278, enmarcadas en la doctrina de la “situación irregular”.

Entendió que los magistrados a cargo de los Juzgados de Menores deberían disponer el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo y subsidiariamente dar intervención al Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires que es la autoridad administrativa competente.

Que, por su parte, el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, también podría rechazar la solicitud de ingreso de una persona menor de edad a un instituto de régimen cerrado invocando el artículo 19 de la ley 26.061; por ello, afirmó, es inadmisibile que el Estado posea una institución como el “Gral. San Martín”, destinado exclusivamente a esos fines.

Aseguró que la ley 26.061 ha puesto coto al tratamiento de los menores como objetos de tutela regidos por la derogada ley de patronado, 10.903, en cuyo régimen los menores se encontraban a merced de la buena voluntad de los jueces sin derecho a recurrir o cuestionar su situación o las medidas adoptadas sobre su persona.

Destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC-17-2002, del 28 de agosto de 2002, estableció, en lo esencial, que en los casos de menores de dieciocho años infractores, la conducta que motive la intervención estatal debe hallarse descripta en la ley penal, en tanto que los casos como el abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben atenderse en forma diferenciada de aquellos, siempre con respecto a los principios y reglas del debido proceso.

A su vez, indicó que recientemente el Comité sobre los Derechos del Niño, emitió la OG n° 10, donde estableció que los niños que cometan una ofensa en una edad debajo del mínimo previsto, no pueden ser tenidos por responsables en un procedimiento penal, aún cuando tengan capacidad de infringir la ley penal.

Que pese a haber transcurrido quince años de la ratificación de la CDN —ley 23.0489—, más de diez de su incorporación a la Constitución Nacional —art. 75 inc. 22— y casi dos de la sanción de la ley 26.061, las prácticas violatorias de los derechos humanos de los niños y jóvenes no ha seguido los cambios legislativos.

En ese marco, señaló que los Poderes Ejecutivos, Nacional y Local, deben tomar las medidas necesarias para hacer congruente la legislación nacional con las disposiciones nacionales e internacionales específicas para dar efecto pleno a los derechos y libertades reconocidas; que pese a existir numerosos proyectos de ley disponiendo la creación de un sistema de responsabilidad penal juvenil, el Poder Legislativo ha sido omiso en sancionar un régimen acorde a los estándares internacionales de derechos humanos.

Que, por tanto, según el representante, el Estado Argentino no ha cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 1° de la CADH, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizando su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminaciones.

Manifestó que la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones; que la situación requiere la progresiva liberación de estos jóvenes y su incorporación a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos.

Alegó que la problemática está determinada por diferentes factores, de modo que, para arribar a soluciones adecuadas se deben adoptar un conjunto de acciones desde las respectivas

áreas del Poder Ejecutivo Nacional, del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Jueces Nacionales de Menores.

Agregó que, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, se puede advertir cómo este tipo de decisiones no sólo evita la congestión del aparato judicial y promueve el principio de igualdad, sino que permite que las autoridades públicas competentes adopten las medidas estructurales que consideren adecuadas para eliminar los factores que conducen a generar la vulneración masiva de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Manifestó que el plan de incorporación progresiva deberá garantizar un ámbito de discusión amplio, participativo y con continuidad en el tiempo, para la discusión de las diversas medidas que deban adoptarse y controlar el efectivo cumplimiento de las órdenes del tribunal.

Indicó que “...la posibilidad de llegar a una solución apropiada y duradera de este tipo de problemas y de que dicha solución sea efectivamente implementada, dependerá principalmente del modo no confrontativo y/o colaborativo en el que se conciben las soluciones; así como del nivel de intervención y rol que los jueces adopten en el desarrollo y control de las medidas ordenadas.”

Señaló que el tratamiento que los respectivos tribunales Nacionales han dado a las causas “Viceconte” y “Verbitsky”, y la justicia de la Ciudad de Buenos Aires sobre el caso “Villa la Dulce 28”, constituyen “...valiosos precedentes que inauguran una positiva tendencia respecto del rol del Poder Judicial frente a complejos problemas estructurales que, como en el caso que nos ocupa, afectan derechos humanos fundamentales y demandan el diseño e implementación de políticas públicas.”

Seguidamente, citó, diversos precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de casos de interés público, tales como “Miranda vs. Arizona”; “Brown vs. Junta de Educación y otros conexos”; “United States v. Montgomery County Board of Educational and “West Coast Hotel Co. v. Parrish”, en los que se destaca el activo rol que ha desempeñado en la defensa de los derechos fundamentales.

Añadió que en la India y Sudáfrica los tribunales han adoptado un rol similar en la protección de los derechos sociales implementando medidas tendientes a garantizar su concreción a través de nuevas prácticas constitucionales.

En síntesis, el impugnante refirió que la reconstrucción de un Estado de Derecho exige que las instituciones formen parte del mismo y se comprometan con el cambio, y que claramente en ese aspecto, el rol de la justicia, en el caso en particular el de esta Cámara de Casación, es fundamental.

Precisó que todas las medidas que se solicitan encuentran fundamento jurídico en las obligaciones internacionales del Estado y la normativa nacional específica, entre las que los instrumentos internacionales y la ley 26.061 constituyen las guías dirimientes del proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas.

Solicitó que se declare la ilegitimidad de las privaciones de la libertad denunciadas; se requiera a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación y al Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que en un plazo razonable presenten conjuntamente un plan de incorporación progresiva de cada una de las personas hoy privadas de la libertad objeto de esta acción, en alguno de los programas de protección, de los múltiples existentes, del sistema de protección integral de derecho establecidos en la ley 26.061.

Propuso que para concretar dicho plan se "...debe establecer un amplio espectro de medidas de protección, de acuerdo a cada caso concreto, evaluándose las medidas que cabe tomar respecto a cada joven en particular, según sus condiciones personales y familiares, siempre con su expresa conformidad."

Sostuvo que el referido proyecto de incorporación progresiva debe ser consensuado por todas las partes responsables de su implementación, flexible y provisional, ya que se ha de lidiar con las restricciones de información disponible en la etapa de diseño y con los consiguientes problemas de articulación del accionar oficial, todo ello, bajo el control del tribunal.

Por otra parte, solicitó que se ordene toda otra medida que sea conducente para dejar de utilizar los establecimientos de régimen cerrado para albergar menores de 16 años al momento de cometer el ilícito de que se les imputa, como el Instituto "Gral. San Martín".

Que entre las funciones de control de legalidad, previo a exigir al Poder Ejecutivo vacantes en los Institutos de Menores, está la de no permitir la privación de la libertad de niños y jóvenes no punibles.

En ese contexto, requirió que se ordene a los Jueces de Menores, que dispongan la derivación de todos los expedientes tutelares que involucren a menores de 16 años de edad al cometer el hecho delictivo que se les atribuye, al Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, órgano administrativo de protección competente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que frente a la imputación de un ilícito a un menor de 16 años, se ordene el cierre de la causa iniciada y se derive el caso a la Defensoría Zonal del referido Consejo, que corresponda según la residencia de la familia del joven involucrado.

Señaló que estos pedidos se enmarcan en la órbita de la competencia específica de la Administración, para el abordaje estatal de la problemática asistencial de los niños y adolescentes, cesando así toda responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido en lo que concierne a la situación social, al juez penal que hubiera entendido en la causa en que el menor fuera imputado.

Por otro lado, solicitó que se establezca un mecanismo de seguimiento del avance del cumplimiento de las medidas ordenadas, garantizándose el acceso a la información para controlar la ejecución del plan, para que, de tal forma, todas las partes responsables de la

implementación del plan puedan rendir cuentas de su ejecución progresiva y así evaluar su cumplimiento.

Finalmente, postuló que se exhorte a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación a adecuar su legislación penal en materia de responsabilidad penal juvenil, a los estándares constitucionales e internacionales.

Por fin, recalcó que la legitimación de la Fundación Sur Argentina para interponer el presente hábeas corpus se funda en el artículo 43 de la Constitución Nacional y de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado, tal como se desprende de los fallos 320:690, 323:1339; 325:292 y “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, del 18/12/2003; al par que la circunstancia que el referido artículo sólo prevea dicha legitimación colectiva para la acción de amparo, no obsta a tenerla también respecto del hábeas corpus, tal como emerge de la doctrina de los precedentes “Mignone, Emilio s/amparo”, del 9/4/2002 y “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, del 30/5/2005, del alto Tribunal.

b) En el marco de la audiencia del día 13 de junio del corriente - fs.240/240 vta.- quedó circunscripto el objeto de la presente acción de hábeas corpus incoada por la Fundación Sur Argentina, y al término de las exposiciones que efectuaron los representantes de cada una de las áreas convocadas, se dispuso la ampliación de la mesa de diálogo y la realización de audiencias sucesivas con el fin de identificar problemáticas, sus posibles soluciones y propuestas, convocándose a los presentes a la audiencia del 26 de junio de 2007.

A fs. 241, de acuerdo al resultado de la discusión previa, el Tribunal resolvió convocar a la Comisión de Menores de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, la Defensoría General de la Nación, la Sra. Defensora Oficial y el Fiscal General actuante ante esta Cámara de Casación, para que se integren a la mesa de diálogo.

c) El 26 de junio del corriente se concretó la segunda de las audiencias designadas, tal como surge a fs. 256/257 vta., a la que asistieron las representaciones congregadas, con quienes se acordó recoger la problemática acompañando documentos para poder intercambiar posiciones, fijando como límite para ello, el 7 de agosto del corriente, al par que se designó a audiencia para el 21 del mismo mes y año.

d) El Ministerio Público de la Defensa, efectuó la presentación que luce a fs. 260/300 vta.

Las presentantes consideraron adecuado comunicar su preocupación de antigua data sobre el tema, que desde el paradigma de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes se presenta tanto en materia civil como en la penal.

Manifestaron que las dificultades legislativas, en franca contradicción con las directrices constitucionales, recibieron tratamiento en los expedientes en trámite en la Defensoría General de la Nación (Exptes. DGN N° 967/2006, 1561/2006 Y 746/2007).

Indicaron que es en el ámbito penal donde más se evidencian las transgresiones a derechos y garantías de los niños y las incongruencias del sistema, “...en tanto se ‘aleje’

el velo de la “situación irregular” y se deje al descubierto la situación conocida como de “fraude de etiquetas”.

Que “...sin esos enunciados, deslegitimados por el paradigma de la protección integral, no es posible explicar los motivos por los que el sistema penal responde, y a veces con más rigor, frente a posibles comisiones de delitos por parte de quienes no resultan imputables, sin encontrar límite en ningún principio garantizador de libertades en un sistema republicano (principio de culpabilidad y/o proporcionalidad, de inocencia, entre otros).”

Refirieron que la “ley 22.278 —modificada por ley 22.803—, tenía fundamento en la derogada ley de patronato 10.903 —Ley Agote— y faculta al juez a “disponer” de la persona del niño o adolescente aplicando medidas tutelares que pueden implicar privación de libertad previa a la sentencia con un margen de objetable discrecionalidad dentro de un Estado de derecho.

Alegaron que el régimen penal de minoridad, en especial, en lo que respecta a la posibilidad de disposición tutelar, ha sido calificado por la doctrina y jurisprudencia como absolutamente contradictorio e incompatible con la normativa constitucional, habiéndose señalado que la aplicación de las normas objetadas constituye una clara violación de los principios de legalidad, de reserva, de inocencia, del interés superior del niño, de la mínima intervención penal, de la garantía del juicio previo, entre otros, consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales con igual jerarquía.

Consideraron que la normativa en crisis no sólo se opone a principios elementales de derecho penal y procesal, sino que tal contradicción se exagera en la confrontación con los principios imperantes en materia de niñez y adolescencia, motivo por el cual se ha concluido que “el sistema que se aplica en Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal, ya que no protege sino castiga, y lo hace sin garantías ni derechos.”

Manifestaron que el criterio respetuoso de la normativa constitucional ha sido escogido, por ejemplo, por la Sala Primera de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la Causa N° 39.520 “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O.S. s/ expediente tutelar” —Registro N: 1344, del 6 de diciembre de 2006, en la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 1° de la Ley 22.278, en cuanto atañe a sus párrafos 2°, 3° y 4° y la del art. 412 del Código Procesal Penal de la Nación, párrafos 2° y 3°, mandando devolver las actuaciones a primera instancia para que se de intervención al órgano administrativo correspondiente en orden a la situación de vulneración de derechos de los niños involucrados.

Que en el mismo sentido se ha orientado la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa “Famoso, Elizabeth y otro”, en la resolución de fecha 17/3/04, en la que el tribunal tuvo intervenciones anteriores dado que el Juzgado de Menores había ordenado disponer provisoriamente de un menor de 16 años, luego de decretar su procesamiento.

Relataron que en la primera actuación, la Cámara ordenó a la jueza interviniente que fundamentara la medida adoptada para posteriormente declararla nula y recién luego de ello confirmó parcialmente lo decidido en la nueva resolución en la que se había dispuesto provisoriamente del joven pero se le fijó a la internación un plazo perentorio de 30 días, dentro del que se lo debería colocar en el hogar de su familia ampliada o sustituta.

Que en ese pronunciamiento, también se consideraron inconstitucionales las disposiciones de los arts. 2 y 3 de la Ley 22.278 y 412 párr. 2° del Código Procesal Penal de la Nación.

Por otra parte, agregaron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “M., D. E”, resuelto el 7/12/05 (Fallos, 328:4343), ha efectuado varias precisiones acerca del sistema previsto por la ley 22.278, respecto del cual, tras señalar que reconoce un gran poder al juez de menores, critica diferentes aspectos, como que nunca se distinguió entre el niño imputado de un delito y el desamparado o víctima; que se ha manejado con eufemismos al considerar, por ejemplo como “dispuestos”, “internados”, “reeducados” o “sujetos a medidas tutelares” a niños que materialmente eran sometidos a encierro; que a partir del paradigma conocido como de la “situación irregular” —en contra del cual se pronunciaron la Corte Suprema de los EEUU, distintas instancias internacionales y los legisladores nacionales, que dictaron la ley 26.061, de “Protección Integral los Niños, Niñas y Adolescentes”, se remarcó que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos y con derechos especiales, derivados de su condición, cuyo reconocimiento constituye un imperativo jurídico, configurando el sistema jurídico de justicia penal juvenil la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Que en el precedente R.M., J.L., resuelto el 31/10/2006, el alto Tribunal “...hizo lugar a la queja interpuesta por la defensa del imputado en el entendimiento de que en el recurso de casación la recurrente había introducido razonadamente planteos serios y oportunos en relación con la suspensión del juicio a prueba y su aplicabilidad a la situación especial de los menores de edad que el a quo omitió considerar, pese a que eran susceptibles de incidir en la decisión final a adoptarse”. Por este motivo, “más allá del tema puntual sobre el cual la Corte intervino y resolvió en este caso, es posible extraer de este breve fallo una advertencia vinculada a que la normativa de jerarquía constitucional de la infancia y adolescencia —como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño— no puede ser soslayada a la hora de resolver la situación de una persona menor de edad...”.

Alegaron que la nueva ley 26.061 implicó un cambio de enfoque de la problemática de los niños, en relación con la vieja legislación represiva que se presentaba con el eufemismo de “ley protectora de los jóvenes”, tal como lo era la derogada ley 10.903 cuyo modelo de intervención del estado, plasmaba lo que en doctrina se conoce como “situación irregular”, en cuyo marco los institutos y reformatorios, además de transgredir los derechos básicos de

los niños según la normativa internacional imperante, han sido señalados tradicionalmente como verdaderas escuelas del delito.

Que tales fueron las consecuencias de una justicia actuando como ejecutora de política asistencial, función incompatible con lo jurisdiccional y con la lógica de las “políticas públicas”.

Que como contrapartida, se ha erigido el actual paradigma de la protección integral y el modelo de responsabilidad, que ofrecen un panorama protector de los niños, ya que la única manera real de tutelarlos es admitiendo que tienen derechos que ellos pueden invocar para tener por delante una mejor vida.

Así, afirmaron que las potestades en el ámbito del derecho civil, les sirven para reclamar, entre tantas cosas, el derecho a ser oídos en todas las cuestiones que puedan afectarlos, en tanto que los derechos en el ámbito de un proceso penal seguido en contra de un joven, le proporcionan medios para lograr el respeto a su derecho a tener un defensor, a permanecer libre mientras no se pruebe que ha cometido un delito, a producir pruebas de descargo, a recurrir resoluciones desfavorables, entre otros.

Refirieron que no obstante ello, el sistema del “modelo tutelar” no se agotó con la derogación de la ley 10.903, sino que aún funciona en armonía con el actual régimen creado por el Decreto-Ley 22.278, de manera que existe la facultad de los jueces de disponer de los menores e internarlos por plazos mucho más extensos que los hoy permitidos para la prisión preventiva de los adultos, sin posibilidad de reclamar al Estado el respeto a la presunción de inocencia, transgrediéndose, claras directrices internacionales que establecen que toda situación en la que el niño pierda su libertad ambulatoria, sin poder salir de un lugar por propia voluntad, constituye una pena privativa de la libertad.

En ese sentido, manifestaron que aún se continúa con un “modelo tutelar” en nuestra legislación penal, y que debe lucharse por su modificación por un sistema de responsabilidad penal, que tome en cuenta la especificidad de la adolescencia, y tal especialidad, lejos de justificar más intervención penal obliga a su reducción según el plexo normativo imperante.

Particularmente, resaltaron que es fundamental el concepto de “interés superior del niño” especificado por el artículo 3 de la Ley 26.061, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías.-

Que todas las alternativas, no sólo las tendentes a disminuir al máximo posible la privación de la libertad, sino también aquellas dirigidas a los mismos efectos contra el enjuiciamiento responden a la necesidad de adecuar la legislación penal a un derecho penal mínimo, con el fin de reducir el alcance de un sistema de escasos logros y de consecuencias perniciosas.-

Que la exigencia de reducción de la intervención penal en cantidad e intensidad no sólo responde a los requerimientos generales de la normativa internacional, sino, especialmente,

también a aquellos previstos desde la “especialidad” de la niñez, pues ello responde al interés superior del niño.

Refirieron que la propuesta de detección de las normas contrarias al paradigma de la Protección Integral, para decidir su no aplicación, se encuentra reforzada por la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sostuvo que la falta de adecuación de la legislación inferior a los principios que se desprenden de la normativa internacional no puede ser invocada como excusa para dejar de proteger los derechos y garantías de los menores en el sistema penal juvenil, de manera que “... resulta necesario hacer aplicación de las normas que conforman este sistema constitucional en la práctica judicial, mediante una suerte de entretejimiento, con base en el deslinde de qué normas secundarias deben ser entendidas como derogadas y cuáles requieren ser interpretadas en un sentido distinto al tradicional.”

Afirmaron que según nuestras bases constitucionales y directrices internacionales, la única manera de justificar la limitación de la libertad individual durante el trámite del proceso penal, es a título cautelar, por tanto su aplicación debe ser excepcional y de carácter instrumental, como medio para asegurar los fines del proceso, y en el caso de los niños jóvenes, en su indiscutible condición de sujetos de derecho, deben respetarse todas las garantías y presupuestos que se exigen en el proceso penal.

Señalaron que el problema se da con relación a los menores de 16 años —no punibles— al no existir posibilidad de imposición de una pena como resultado de procesos seguidos en su contra, y carecería de sentido la aplicación de una medida cautelar pues el trámite de los procesos estaría destinado a finalizar con el dictado de un archivo o sobreseimiento.-

Que si estos principios se reconocen como de necesaria aplicación en el caso del juzgamiento de personas adultas, deben asumirse también para los niños, pues sería ilegítimo ubicarlos en una situación más perjudicial “...bajo el ropaje de la ‘peligrosidad’ ...”.

Por ello, manifestaron que la internación dentro del proceso penal de niños inimputables so pretexto de desamparo, es típica de la situación irregular y contraria al paradigma de la protección integral, y que la desprotección en que pudieran encontrarse estos niños por la vulneración de sus derechos debe ser atendida según los lineamientos y espíritu de la Ley 26.061, porque, de los dos supuestos diferenciados: niño en conflicto con la ley penal y niño en situación de desamparo, nos encontramos dentro del segundo.

Además, enfatizaron “...la necesidad de que esa problemática sea tratada desde los organismos administrativos adecuados o competentes con intervención de la justicia civil en caso de ser necesario (medidas excepcionales o de separación forzosa del niño de su familia nuclear o ampliada, si bien son adoptadas por la administración requieren de la declaración de su legalidad por parte del juez de familia y su control judicial) a los efectos de que el proceder sea realizado de conformidad con el paradigma de la protección integral.”

Por otro lado, advirtieron sobre "...la prudencia que deberá procurarse con respecto al criterio de subsistencia de las medidas de cautela en los procedimientos... para el caso que se entiendan pertinentes —y por el menor tiempo posible—. En este sentido, deberán atenderse, por lo menos, tres imperativos: el interés superior del niño (art. 3 y art. 5 de la Ley 26.061), el principio de no discriminación y la conciencia de que la "protección de persona", utilizada de manera desproporcionada, significó el principal instrumento mediante el cual el Estado ha ejercido la potestad tutelar en sede civil judicializando cuestiones sociales (imperando especialmente y casi con exclusividad en los ámbitos de mayor vulnerabilidad económico-social siendo la institucionalización y/ o separación de su familia de origen una medida adoptada de manera regular)."

Pusieron de manifiesto que la nueva normativa se orienta a legitimar la intervención coactiva exclusivamente en casos realmente urgentes (cuando la intervención satisfaga más derechos de los que restrinja), y que a su vez, esta situación no impide tomar inmediatamente algunos recaudos como ser el derecho del niño a ser oído, a fin de acreditar la necesidad de la medida, para garantizar de manera efectiva los derechos de las personas menores de edad.

Que todo ello debe conglobarse con la obligación de privilegiar el derecho del niño a permanecer con su familia ampliada (art. 5 CDN) y la necesidad de límites temporales de las medidas, ya que por la especialidad de la materia, también debe proyectarse en las cuestiones relativas a las medidas cautelares.-

Destacaron en ese sentido que "...debería atenderse también al orden de actuación establecido por la Ley N° 26.061 ante una situación de amenaza o violación de derechos de los niños y adolescentes (medidas de protección integral de derechos asumidas por el órgano administrativo competente local -con todos los límites legales impuestos- y medidas excepcionales de ultima ratio y con control judicial-)."

Afirmaron que "... en la definición de alcance de las disposiciones de la nueva normativa, debe considerarse especialmente la exigencia de ausencia de discriminación por la condición de niñez —o por su pobreza— y el aseguramiento de un estándar mínimo de derechos y garantías establecido por aquellos reconocidos a los adultos (art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto deslegitima una mayor intervención estatal fundada en la condición de niñez)."

Las presentantes entendieron que "...sostener hoy un régimen que permita el alejamiento de estos niños de su medio familiar sin que se cumpla a su respecto con las exigencias que impone la Ley 26.061 y ante la sola decisión del juez penal interviniente, sería caer en un proceder discriminatorio contra ellos, toda vez que sin razón alguna se procede de modo diferente y perjudicial en comparación con la situación de aquellos niños que no fueron sospechados de haber incurrido en conductas ilícitas. Ello porque eventualmente presentan igual situación de desamparo y condición de víctimas de un Estado ausente en su rol garantizador de derechos sociales. Todo ello sin perjuicio de establecer la importancia

y necesidad imperiosa de contar con una estructura administrativa dotada de los recursos necesarios y suficientes...”.

Que, a su vez, en conclusión, un niño inimputable es ajeno al ámbito penal; puede eventualmente tratarse de un niño en situación de desamparo; si se advirtiera una posible vulneración actual o inminente de sus derechos, correspondería dar intervención al órgano administrativo correspondiente (para el caso en análisis el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); si se tratara de una medida excepcional, deberá ser puesta en conocimiento del juez de familia, quien deberá expedirse respecto de la legalidad de la medida y luego ejercer su control judicial; toda medida de este tenor debe respetar los límites y requisitos impuestos por la Ley 26.061; enfatizar la prudencia que debe observarse con respecto a las medidas cautelares en tanto imperativo de la protección integral y de evitar la repetición de viejas prácticas.

Que en los supuestos de niños desamparados debe evitarse la judicialización y la intervención del juez penal estatuida para actuaciones radicalmente opuestas y contraproducentes con respecto a la problemática del niño inimputable.

Por último, afirmaron que la prisión preventiva en tanto medida cautelar es sólo instrumental y no un fin en sí misma, y que en los supuestos en estudio (niños inimputables) irracional o sin sentido, ya que su finalidad de asegurar los fines del proceso se desvanece frente a la circunstancia de que su resultado será indefectiblemente el archivo o el sobreseimiento.-

e) La Comisión de Minoridad y Familia de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional acompañó las conclusiones que lucen a fs. 307/309 vta.

Respecto de la cuestión planteada, manifestaron que en el orden Nacional rige la Ley 22.278 como ley especial de aplicación respecto de los menores de edad entre los 16 y 18 años, sometidos a proceso por las leyes penales, y que han sido muchos los proyectos de modificación de tal régimen que fracasaron por distintas razones, por lo que en la actualidad el Congreso Nacional está en deuda en esta materia y específicamente con la necesidad de adecuar el régimen penal juvenil a las corrientes más modernas ya dictadas en otros países, que revisaron su legislación para ajustarla del mejor modo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por nuestro país por ley 23.849 e incorporada por la reforma del año 1.994 al bloque de constitucionalidad.

Aclararon que el sistema penal juvenil que rige actualmente en los juzgados de menores, los tribunales orales de menores, los juzgados nacionales en lo criminal y correccional federal y los tribunales orales en lo criminal y correccional federal necesariamente se completa con las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, como se dijera, resultan de imposición obligatoria.

Argumentaron acerca de la clásica discusión generada en ámbitos académicos y judiciales, sobre la vigencia de la ley 22.278 como sistema aplicable a los jóvenes imputados de haber

cometido un delito, y las posturas críticas al sistema penal juvenil, no obstante, en su opinión, las divergencias con el modelo responden más a razones ideológicas o de política criminal o social, que a fundamentos de carácter jurídico, pues no se advierte colisión entre el sistema impuesto por la ley 22.278 y el que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendieron que aquellas disposiciones que resultaran frontalmente opuestas a los principios establecidos en la Convención caerían indefectiblemente pues la ley 22.278, pese a ser una ley especial, no podría oponerse a la Constitución Nacional por una simple razón de jerarquía normativa.

Que por lo tanto, la discusión se centra en la judicialización o no de ciertas conductas presumiblemente constitutivas de delito, cuando el autor o autora de ellas no ha alcanzado los 16 años de edad, y qué organismo —judicial o administrativo— tomará las decisiones respecto de quienes se predica han violado la ley penal y, respetando sus derechos y garantías, procederá a efectuar la necesaria investigación para determinar el grado de responsabilidad que le cupo en el suceso y la afectación de otras personas en el mismo.

En su opinión, el punto a discutir es de estricto resorte político y merecedor de un intenso debate legislativo que aún no se ha producido, y en tanto ello no ocurra los jueces deben ser respetuosos de las disposiciones de la ley 22.278, pues no se advierte que sus normas atenten contra los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; agregando que en auxilio de la garantía de un proceso justo al que se someta a un menor de edad, resultan plenamente operativas las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación.

Manifestaron que no basta para descalificar la ley 22.278, el haber sido sancionada en pleno régimen de dictadura militar, y que sin duda, conviene analizarla en aquellos aspectos que podrían resultar más beneficiosos respecto de la situación del joven sujeto al proceso penal y a sus perspectivas futuras de reinserción social y abandono de las conductas que lo llevaron a aquella situación.

Refirieron que en los últimos quince años, el sistema judicial penal juvenil ha morigerado ostensiblemente la rigidez propia que informaba a la doctrina de la “situación irregular”, imperante en el siglo pasado y cuyo ejemplo más elocuente fue la Ley de Patronato, 10.903, derogada por la Ley 26.061. Consideraron que esta última, más allá de algunas disposiciones de discutible eficacia en la práctica, contiene las normas necesarias que garantizan la protección integral al niño que la requiera, descansando la total responsabilidad para prestar esa protección en los órganos políticos y administrativos de la Nación, habiendo desaparecido las razones que pudieran justificar la intervención judicial y el posible encierro de un niño por circunstancias penales, familiares o sociales.

Estimaron que en el régimen establecido por la ley 22.278, no resulta inconstitucional la facultad que se otorga a los jueces de menores, de disponer tutelaramente de modo provisorio a un niño o joven a quien se le impute la comisión de un delito, facultad que autorizaría eventualmente, a privarlo de la libertad ambulatoria, decisión que solo debe tomarse como

último recurso y por el más breve tiempo que proceda, cuando la situación por la que atravesare fuere especialmente grave y comprometiére su vida, su salud psicofísica y, de modo integral, el goce de sus derechos o aún, de alguno de ellos.

Añadieron que con la invalidez constitucional de la ley 22.278 se vincula la solución que el texto legal da para el caso que resulte necesario imponer una pena al menor condenado. En ese sentido, refirieron que la finalidad del artículo 4° de la citada norma es lograr la recuperación social del menor que ha delinquido y no arribar a una sanción, como resultado del seguimiento de su conducta durante el proceso, siendo claro el texto en cuanto a los requisitos estrictos para arribar a la necesidad de una sanción, o por el contrario, la absolución o una pena reducida; que tal elaboración “...no se reduce, solamente, a interpretar como “beneficios” a otorgar por el Tribunal cuando decida alguna de estas dos últimas alternativas, sino que impone un conocimiento cabal, extenso e intenso, de las circunstancias personales, familiares y sociales que vincularon al joven con el delito en un momento de desarrollo de su personalidad —de cambios profundos esperables— y la persistencia en los desajustes de su conducta o bien, la atenuación de aquella conducta refractaria que lo llevara a delinquir.”

Afirmaron que la labor que realizan cotidianamente los magistrados que atienden el delito juvenil, exige un cuidadoso examen de la situación de cada niño o joven sometido a proceso, y un respeto irrestricto a sus derechos y a las garantías de un debido proceso, cuestión que está más allá de que ese menor imputado por la comisión de un delito resulte, a la postre, punible.

Por último, destacaron que al pronunciarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Maldonado”, el 7/12/2005 —Fallos 3284: 4343— en un tema vinculado a la imposición de la sanción perpetua a un menor de dieciocho años, nada dijo acerca de la contradicción de la ley 22.278 con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y de haber estimado que ello era así, seguramente habría merecido del alto Tribunal un expreso pronunciamiento descalificador.

Por todo lo expuesto, concluyeron que la ley 22. 278 es constitucional, esperando que el Congreso Nacional se pronuncie sobre un nuevo régimen penal juvenil acorde a los cambios que la legislación internacional impulsa.

f) Por su parte, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, acompañó el documento que luce a fs. 312/326.

Asimismo, recalcaron que el objeto del presente proceso remite indefectiblemente a un debate doctrinario sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de diferentes preceptos que forman parte del contenido del Decreto-Ley N° 22.278 y sus modificatorias, prescripciones en las que se han justificado, desde el punto de vista normativo, las resoluciones de privación de libertad de adolescentes, cuya ilegitimidad se requiere.

En ese marco, los presentantes solicitaron que se declaren ilegítimas las resoluciones judiciales por las que se encontraban privados de su libertad en jurisdicción de la Ciudad

de Buenos Aires, al momento de interponerse la acción de hábeas corpus, los adolescentes presuntamente autores de hechos delictivos, que habrían cometido teniendo esos jóvenes menores de 16 años de edad, y que paralelamente se inste al Poder Ejecutivo Nacional y al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar un progresivo plan de liberación de dichos adolescentes, incorporándolos al sistema de protección integral de derechos regulado por la Ley N° 26.061.

En el aspecto atinente a las medidas privativas de la libertad, sistema de ingresos y egresos a institutos y la requisitoria de un plan progresivo de liberación, aclararon que de la Secretaría que representan dependen administrativamente diferentes establecimientos en los que se aloja a adolescentes privados de su libertad y desde la experiencia de esa gestión señalaron algunos elementos que consideran pueden resultar ilustrativos.

En ese sentido, explicaron que los ingresos de los jóvenes de entre 13 y 20 años de edad a institutos de régimen cerrado, se producen exclusivamente por motivo de una orden emanada de una autoridad judicial competente, generalmente en el marco de un expediente de “disposición tutelar”, no teniendo conocimiento la autoridad administrativa encargada de la custodia cuál es, en cada caso, el fundamento que determinó la adopción de la medida privativa de libertad.

Es decir que, quien tiene a su cargo la implementación de la medida generalmente desconoce si ella persigue asegurar los fines de un proceso penal, si tiene una finalidad sancionatoria o si se la adopta con el fin de restablecer algún derecho del adolescente que se encuentre vulnerado.

Que pese aquél desconocimiento, afirmaron que la dependencia cuenta con indicadores que les permiten concluir que, en la mayoría de los casos, los menores de 16 años de edad que son derivados por orden judicial a los institutos “Gral. José de San Martín” y “Ursula Llona de Inchausti”, dependientes de la Secretaría suelen presentar situaciones de graves vulneraciones de sus derechos, como el consumo de sustancias psicoactivas, con severos perjuicios para su salud, alejamiento del sistema educativo, carencia de cuidados familiares, persistentes “situaciones de calle”, entre otras.

En cuanto al tiempo promedio de duración de las medidas privativas de la libertad adoptadas respecto de menores de 16 años de edad que regularmente son alojados en los institutos “Gral. José de San Martín” y “Ursula Llona de Inchausti” - debe tenerse presente que “... de los adolescentes que, al momento de la presentación del hábeas corpus, se encontraban privados de su libertad, uno -que estaría involucrado en la comisión de un homicidio- ha permanecido en esa situación ininterrumpidamente hasta la fecha, dado que el resto egresó del dispositivo. Algunos de ellos tuvieron posteriores reingresos” y que el promedio de permanencia de los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años de edad que ingresan a los referidos institutos es inferior dos meses.

Entendieron necesario manifestar que la requisitoria relacionada con el plan progresivo de liberación podría no estar dando cuenta de los modos en que realmente funciona, al menos

en la Ciudad de Buenos Aires, la Justicia de Menores, ya que no se está frente a un universo de población estable que permanece largamente privado de su libertad, sin ser liberado, en tanto lo que efectivamente sucede es que, mensualmente decenas de adolescentes que no han cumplido los 16 años, son derivados por los magistrados competentes a los institutos mencionados, para luego ordenarse progresivamente sus solturas, generalmente acompañadas por medidas de naturaleza protectora.

Sintetizaron entonces que el problema no radica en la “progresividad” de las solturas, sino en la continuidad de los ingresos, que son los que determinan que regularmente exista un conjunto de adolescentes menores de 16 años privados de su libertad.

En otro orden de ideas, manifestaron que, como anticiparon en las dos audiencias celebradas, el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de las medidas de privación de libertad de personas menores de edad, sustentadas en la ley 22.278, no debería limitarse a los menores de 16 años, aunque en dicha franja la colisión entre la normativa citada y el imperativo constitucional se ponga en evidencia con mayor claridad.

Refirieron que de los artículos 1°, 2° y 3° de la ley 22.278, se desprende que toda medida privativa de la libertad en el proceso penal de menores tiene una naturaleza jurídica tutelar o protectora, en ningún caso, persigue asegurar los fines de dicho proceso, como sucede con el régimen que se aplica a los mayores de 18 años.

Que para la determinación de la privación de libertad, el hecho delictivo supuestamente cometido no es un elemento determinante, pudiendo las condiciones personales y familiares del joven tener una mayor relevancia.

A su vez, el juez tiene facultades ampliamente discrecionales, pudiendo disponer medidas que no se encuentran legalmente reguladas, sin determinación de plazos ni modalidades de ejecución.

Que la normativa colisiona abiertamente con nuestra Constitución Nacional, en tanto admite el dictado de medidas privativas de la libertad respecto de personas menores de 18 años, sin reconocer a esos sujetos las garantías que la Carta Magna establece para con los mayores de edad (art. 18), bajo una pretendida protección, se soslaya los principios de legalidad y reserva, las garantías del debido proceso y la defensa en juicio y el estado de inocencia, así como las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto niega a los adolescentes su condición de sujetos de derecho, ignorándose el principio del interés superior del niño.

Afirmaron que la tensión entre las normas constitucionales y las que son objeto de impugnación se patentiza mayormente con la vigencia de la Ley 26.061 que, alineada a la Convención sobre los Derechos del Niño, demanda la distinción entre las intervenciones para restablecer derechos de niños, niñas o adolescentes que se encuentran vulnerados, de otra de naturaleza punitiva o sancionatoria.

En cuanto a las medidas de protección de derechos, refirieron que la experiencia les enseña que se trata mayoritariamente de adolescentes que tienen algún o algunos derechos severamente vulnerados, considerando en ese sentido que la circunstancia de que sea un juez de menores y no un juez de familia o un funcionario del poder administrador quien tome conocimiento de esa situación, por la posible comisión de un delito, no impide que sean de aplicación las previsiones contenidas en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes 26.061.

Ello así, pues la norma "...ha rediseñado los roles y competencias del poder administrador y el poder judicial, enfatizando que el primero de los poderes debe asumir plenamente la responsabilidad en el diseño e implementación de políticas públicas —entre ellas la de protección de derechos de la infancia y la adolescencia—, mientras que los magistrados deben desarrollar una labor de índole técnica, enderezada a la resolución de asuntos de naturaleza jurisdiccional y de control de legalidad de las medidas que, para proteger o restablecer derechos, debe adoptar el ejecutivo. Asimismo, la citada norma ha delimitado las competencias del poder ejecutivo, distinguiendo las labores propias de la administración nacional de aquellas otras que son de competencia provincial o local."

De acuerdo al art. 33 de la ley 26.061, "...se prevé que *"ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados... el órgano administrativo competente local"* es quien tiene el deber de adoptar una *"medida de protección integral de derechos... con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias"*. Asimismo, en el art. 39 se prevén las *"medidas excepcionales"*, que son las que se adoptan *"cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio"*. De acuerdo al art. 40, es la autoridad administrativa local quien adopta este tipo de medidas, aunque a diferencia de las medidas del art. 33 las de naturaleza excepcional están sometidas al control de legalidad por parte de *"la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción"*."

Que concordante con ello, el art. 30 de la ley mencionada prevé que *"todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local"* y que la situación del Juez de Menores está comprendida en esa previsión normativa; en definitiva, *"... cualquiera sea la edad de la persona menor de edad que aparezca como imputada de delito en causa que tramite por ante el Tribunal a su cargo, si lo que motiva la necesidad de adoptar una medida es una situación de amenaza o vulneración de derechos, el magistrado debe dar inmediata intervención al órgano administrativo local encargado de la protección."*

En ese contexto, manifestaron que en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esa autoridad es el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad; y en

el de adolescentes domiciliados en la Provincia de Buenos Aires, los Servicios Locales de Protección de Derechos.

En resumen, los presentantes afirmaron que el régimen penal de la minoridad establecido por ley 22.278, ha devenido inconstitucional en múltiples aspectos desde la ratificación, por parte de la República Argentina, de la Convención sobre los Derechos del Niño y su posterior incorporación al texto constitucional en el año 1994; la sanción de la ley 26.061 ha evidenciado mas ese contraste entre los preceptos constitucionales y la normativa de inferior jerarquía; el sustento jurídico de las medidas de privación de libertad de las personas menores de 18 años, que el régimen legal sólo habilita con propósito protectorio o tutelar, es la faceta de la ley que más confronta con los principios y garantías constitucionales, siendo particularmente grave la situación de quienes tienen menos de 16 años, ya que ni siquiera están sometidos a un verdadero proceso penal; que sólo será posible un abordaje de los adolescentes infractores dando cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante una reforma integral de la ley sustantiva, derogando el régimen cuestionado e instaurando un sistema de responsabilidad penal juvenil respetuoso de nuestra Constitución Nacional; en aquellos casos en que un Juez con competencia penal respecto de ilícitos cometidos por personas menores de 18 años de edad advierta una situación de amenaza o vulneración de derechos respecto de la persona imputada, deberá poner dicha situación en conocimiento de la autoridad administrativa local de protección de derechos, a fin de que adopte las medidas pertinentes, dando cumplimiento a las previsiones de la Ley 26.061.

g) Por último, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presentó el escrito obrante a fs. 327/331. Allí, manifestaron que el sistema penal de la minoridad previsto por la ley 22.278 tiene en su contenido cuestiones del tratamiento tutelar inspiradas en la derogada ley 10.903, de Patronato de Menores, destacando que cuando el menor comete un delito, la secretaría tutelar del Juzgado de Menores lo dispone tutelarmente.

Entendieron que la disposición tutelar del juez es una medida netamente discrecional y está regida por las viejas concepciones del Patronato, tomando a los niños y adolescentes como objetos de protección y no como sujetos de derecho como lo marca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22).

A ello sumaron, que el legajo tutelar se rige por el Reglamento para la Jurisdicción Nacional, siendo su trámite secreto, no disponible para las partes, en abierta violación a las previsiones de la normativa internacional.

Recalaron que es importante tener en cuenta que los menores de 16 años que cometan un delito no son punibles, pudiendo quedar dispuestos tutelarmente, a diferencia de aquellos infractores a la ley penal que tengan entre 16 y dieciocho, que serán sometidos a proceso y eventualmente sancionados, aunque también dispuestos tutelarmente.

Resaltaron que en ambos supuestos, según la discrecionalidad judicial y en virtud de la disposición tutelada, los menores son alojados en un instituto de menores, es decir, son privados de su libertad, y los magistrados intervinientes toman la medida como modo de protección, cuando en rigor se los castiga o pena, con una suerte de prisión preventiva.

Estimaron que en el caso de las internaciones, la Convención Internacional de los Derechos del Niño las plantea como medidas de último recurso, sin embargo se las aplica en muchos casos como primera y única alternativa.

Por todo lo expuesto, consideraron que es evidente la necesidad de derogar la ley penal de menores, por ser notoriamente violatoria de la Constitución Nacional y las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del niño y otros tratados y normas internacionales, debiendo debatirse un nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil, que deberá contener las garantías del debido proceso, donde el adolescente infractor responda por un reproche jurídico en razón de su conducta ilícita, con penas alternativas a las medidas privativas de la libertad, que sólo podrán tenerse en cuenta para hechos graves, por el tiempo más breve posible y tendiente a la reintegración social.

h) Según se dejó constancia a fs. 332/333, el 21 de agosto del corriente se celebró la última de las audiencias convocadas por el Tribunal, y finalizadas las discusiones, se tuvo por concluida la mesa de diálogo, pasando el Tribunal a deliberar.

CUARTO:

Corresponde analizar, liminarmente, la procedencia del hábeas corpus de carácter colectivo presentado por la Fundación Sur con sustento en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Que tal como surge del escrito obrante a fs. 1/10 vta., la vía elegida reconoce fundamento en la necesidad de amparar a todas las personas que, por hechos delictivos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años de edad, se encuentran privadas de su libertad, ilegítimamente según la entidad presentante, en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Jueces Nacionales de Menores en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como las que se alojan en el Instituto Gral. José de San Martín y otras instituciones similares, es decir, de régimen cerrado.

No se encuentra controvertido que estas medidas importan en sí mismas una restricción a la libertad, pues al respecto ya se pronunció esta Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario n° 12 "Clavijo Farías s/recurso de inaplicabilidad de ley", del 29/6/2006, en el que resolvió declarar como doctrina plenaria que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278), al entender que la internación en una institución de régimen cerrado de uno de los sujetos que la Convención sobre los Derechos del Niño ampara, ordenada por un Juez Penal, cualquiera sea el nombre que quiera darse a la medida y/o la naturaleza de la institución, de

la que no pueda salir por su propia voluntad, es, ontológicamente, como la prisión preventiva, una medida privativa de la libertad impuesta por la autoridad judicial frente a infracciones a la ley penal que se dicen cometidas por el menor relativamente inimputable.

Despejado ese punto, debe precisarse que, como afirma el recurrente, la vía incoada aparece como la única alternativa, ante la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales —en el caso la libertad ambulatoria— de carácter colectivo como los que aquí se pretende resguardar, invocando el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Hace ya tiempo el alto Tribunal, en armonía con las prescripciones internacionales sobre derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional mediante su incorporación a la Carta Magna, con la reforma acaecida en el año 1994, sostuvo en autos “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación” —causa n° 32/93, del 7/4/1995 que “...la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 —“Excepciones al agotamiento de los recursos internos”— párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (id., párrafo 23) (cfr. Considerando 12).

Por otra parte, el alcance de la cláusula constitucional, ya ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en los autos “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, donde resolvió que “Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *hábeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose se pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla” (cfr. Considerando 16).

Que “...debido a la condición de sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen iuris*

específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros" (cfr. Considerando 17).

Dichas pautas deben ser especialmente atendidas en el particular, en atención a que el objeto de la acción está constreñido al análisis de la legitimidad de la situación jurídica en la que se hallan los niños y niñas imputados de la comisión de delitos antes de cumplir 16 años de edad, privados de la libertad en los institutos destinados a tal fin, y en ese sentido debe recordarse que "...el niño tiene una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que, ante un conflicto como ocurre en la especie, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquellos, toda vez que éste es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes (Conf. Artículo 12, punto 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño)" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos Q.21.XXXVII, Recurso de Hecho. "Quiroz, Milton Julio y otros c/Caporaletti, Juan y otros.", rta. el 1/6/2004).

QUINTO:

Expuesto ello, corresponde analizar, en primer lugar la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 22.2278.

I. El mencionado artículo, en lo que aquí interesa, establece que "*No es punible el menor que no haya cumplido 16 (16) años de edad... Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutores o guardador.*". Por su parte, el art. 3 último párrafo, establece "*La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.*".

El agravio esgrimido por el recurrente se circunscribe a la situación que atraviesan los menores de 16 años (no punibles) que ante la sospecha de comisión de un delito, en función de la normativa reseñada, continúan bajo un control tutelar que, en determinados casos, implica un encierro.

De tal modo, corresponde analizar si la respuesta que el Estado brinda para estos supuestos, a través de la ley 22.278, resulta acorde a los principios constitucionales que rigen en la materia.

Como es sabido, el sistema que establece la mencionada ley es el denominado “régimen tutelar”, que ha recibido fuertes críticas a la luz de la Constitución Nacional, en lo que se refiere a la “situación irregular” a la que se enfrentan los menores durante el tiempo en que se encuentran sometidos a aquél instituto.

A partir de 1994, la Convención sobre los Derechos del Niño integra la Constitución Nacional constituyendo el marco mínimo de reconocimientos 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.

Es así que “(e)sta Convención junto con otros instrumentos internacionales específicos (*Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil —Reglas de Beijing—*, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil —directrices de Riad—*), constituye un cambio en la materia que ha sido caracterizado como el pasaje de la consideración del menor objeto de tutela, propio del modelo de ‘situación irregular’ imperante en los países latinoamericanos hasta fines de la década del 80(...), al reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos” (Beloff, Mary; Mestres, José Luis: *Los recursos en el ámbito de la justicia de menores* en AA.VV. “Los recursos en el procedimiento penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. También en Beloff, Mary: *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina* en AA.VV. “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogota/ Buenos Aires, 1998, p. 87 y 91; y Gandur, Antonio *Actividad del Poder Judicial Frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal*, La Ley actualidad, 22 de noviembre de 2007).

En este sentido, al producirse un cambio de paradigma en lo que se refiere a la relación del Estado con los menores, ello tiene incidencia directa sobre los restantes ordenamientos legales que a la fecha no han sido derogados o modificados.

Dentro de esta última categoría, se encuentra la ley 22.278, que —*pese a los insistentes reclamos de adaptar aquella legislación a las nuevas exigencias constitucionales, tal como lo vengo sostenido desde el precedente* “Cáceres, Laura Dalia s/ recurso de casación”, rta. 17/8/06, causa 6603 registro nro. 891/06” - aún sigue vigente, lo que ha generado que desde el Poder Judicial se realicen distintos esfuerzos interpretativos para salvar su constitucionalidad y tener, aunque sea mínimamente, un marco legal que regule el sistema penal de menores.

Como es sabido, la vigencia del régimen tutelar de la ley 22.278 posee su fundamento legal en la denominada “Ley Agote” (nro. 10.903), que al ser derogada por la ley 26.061 y receptor los principios constitucionales que rigen en la materia, impulsa una reestructuración —teórica y material— del sistema integral de protección de los derechos de los menores, que nos obliga examinar la constitucionalidad pretendida por el recurrente.

Como lo sostienen Famá y Herrera, en el sistema del régimen tutelar, la doctrina de la situación irregular refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y

comienzos del siglo XX que justificaron la intervención estatal coactiva frente a la infracción de la ley penal por parte de los “menores” considerados “peligrosos”, con miras a su tratamiento y resocialización. El eje central del sistema -cuya máxima expresión en nuestro país ha sido la ley 10.903 y la ley 22.278-, es la disposición del “menor” como “objeto” de tutela del Estado a través del Poder judicial mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente omnímodas (*Crónica de una ley anunciada y ansiada, La ley on line, publicada en ADLA 2005-E, 5809*).

Por el contrario, con la derogación de la denominada ley “Agote”, la protección integral de los derechos se presenta como una concepción integral que recupera, en los términos de Mary Beloff, la universalidad de la categoría de la infancia (*Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, pag. 36*).

Por otro lado, en lo que aquí interesa el cambio esencial que posee esta nueva visión, es que de la tutela judicial se pasa a la planificación de políticas públicas desde planes específicos ejecutados en la órbita de la administración. Tal como lo sostienen Famá y Herrera (op. cit.) priman las medidas de protección de derechos en contraposición con las medidas de protección de las personas y esta connotación implica, de manera inexorable, el protagonismo de los órganos administrativos (los que llevan adelante las políticas públicas, tanto de carácter universal como focalizadas) por sobre cualquier otro tipo de intervención. En otras palabras, la prioridad de la actuación administrativa por sobre la subsidiaridad de la intervención judicial que, como veremos más adelante, cumplirá una función garantizadora mediante el control de la ejecución de políticas compatibles con la CN y esencialmente encaminadas a asegurar el fiel respeto de la CDN.

En este escenario, la sustitución de la tutela (ley 10.903) por la ley 26.061, permite concluir que de aquél sistema no pueden subsistir otras normas como la ley 22.278, por lo menos en lo que se refiere a los supuestos contemplados por el párrafo primero (menores de 16 años).

La cuestión habrá que analizarla desde dos puntos de vista. El primero, cuando establece que los menores de 16 años no son punibles (art. 1 primera parte) y, el segundo, respecto a la facultad que la ley confiere a los jueces para disponer provisional o definitivamente por un determinado tiempo (alcanzar la mayoría de edad o por resolución judicial fundada) cuando de los estudios realizados se advierta que el menor se halla en abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, con o sin internación (art. 1 párr. 2 y 3 y art. 3 último párrafo).

A poco que se observe, la normativa descripta presenta incompatibilidades constitucionales en lo que se refiere al respeto de los principios de legalidad, proporcionalidad, inocencia y el debido proceso legal y el régimen que postula la CDN. Además, el límite al poder punitivo que el propio estado se ha impuesto (16 años) termina siendo contradictorio con las consecuencias que la ley 22.278 le confiere para estos menores (disposición tutelar), por lo menos, a partir de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061.

El análisis constitucional de la norma, ya fue tratado —a mi entender correctamente— por *Juzgado Penal de Menores Tunuyán, causa M, G.A.R. resuelto el 18/12/06 (publicado en Lexis Nexis 0003/013206)*, en donde se sostuvo que *“La norma de mención [ley 26.061] deroga en su art. 76 la cuestionada ley 10.093 y con ello elimina claramente el instituto del Patronato del Estado, cuyas ramificaciones se extendían a la ley 22.278. Consecuentemente suprime toda potestad de los jueces de disponer de las personas de niños, niñas y adolescentes por motivos tutelares. La eliminación del Patronato de la Infancia coloca al Régimen Penal de la Minoridad, en cuanto se refiere a la figura de la disposición judicial, y especialmente respecto de las personas menores de edad “inimputables” o “no punibles”, en el terreno de la ilegalidad, en tanto colisiona abiertamente no solamente con la ley 26.061 sino también con las garantías constitucionales. El art. 1 de la ley 22.278 importa una disposición tutelar por tiempo indeterminado que no obedece a garantías procesales ni principios fundamentales del derecho derivados del debido proceso legal y que la enfrenta decididamente con el ordenamiento constitucional. Si las niñas, niños y adolescentes “no punibles” o “inimputables” están carentes de capacidad para infringir las leyes penales no pueden recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal a través de jueces penales que utilizan herramientas claramente coercitivas como es el supuesto de la privación de libertad y que se estatuyen en los hechos como verdaderas penas, aún cuando sean definidas como tutelas.”*

Poco puede agregarse a lo que interpreto un análisis adecuado del tema, dado que, como sostuve precedentemente, al modificarse el régimen tutelar —circunscripto al caso en estudio— de la vieja ley de Patronato, dicho sistema, no puede continuar vigente para los menores que estén bajo tutela al ingresar al sistema por conflictos con la ley penal.

Es que creo, no puede pasar por alto la circunstancia que la disposición tutelar, en los términos de la ley 22.278 (provisional o definitiva), implica una afectación de los derechos del niño, que constituye una injerencia ilegítima para lo cual el Estado no tiene potestad.

Es decir, más allá del alcance que pretenda asignársele a la expresión “no punible” del art. 1 de la ley 22.278 (o sea: si es inculpabilidad, inimputabilidad o prohibición de punibilidad.), constituye una manifestación clara de política criminal, que consiste en imponer un límite al poder punitivo del estado para no perseguir penalmente cuando el posible autor del hecho es menor de 16 años. Como sostienen Manuel Cruz Videla y Juan Florencio Reboredo, la “inimputabilidad” ha sido establecida a expensas de una limitación cronológica de la edad, y no según parámetros emergentes de patologías propias de la psiquis (Cfr. *El Penalista Liberal AAVV, controversias nacionales e internacionales de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, Homenaje a Rivacoba y Rivacoba, Ed. Hamurabi, Bs. As. 2004*). Así, se afirma que la inimputabilidad (límite de edad de la intervención punitiva) como incapacidad, constituye una defensa más, y no el estigma histórico que ha representado para los menores de edad, con la consecuencia directa de violación de los derechos fundamentales (cfr. En igual sentido, Beloff, Mary, *Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva*, Revista de derecho penal y procesal penal, Lexis Nexis, Nro.2/2007 pág.278)

Esta limitación al poder punitivo estatal, además de ser una presunción *iure et de iure* que opera al constatar la edad de la persona imputada (En igual sentido, Beloff, Mary, *Los adolescentes y el derecho penal: op cit*), es una facultad propia de cada Estado, conforme se desprende de del art. 40 inc. 3 a) de la CDN, cuando establece que “*Los Estados tomarán todas las medidas... y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.*”

En este orden, cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los menores no punibles, en los términos que señala la ley bajo análisis, carece de legitimación por no existir los presupuestos previos y necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal que sea respetuoso de los principios constitucionales. Tal como afirma *Crivelli*, bajo el pretexto de la “protección o tutela”, el niño es introducido en un sistema penal paralelo, donde las garantías sustanciales y procesales no juegan papel alguno; donde la autoridad judicial goza de un margen de discrecionalidad absoluto, pudiendo aplicar verdaderas sanciones sin título ejecutivo alguno que legitime jurídicamente su imposición (Cfr. *Crivelli*, Ezequiel, ¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores en la provincia de Mendoza publicado, en www.pensamiento.penal.com.ar/51crivelli).

La legislación de niños y adolescentes no puede olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar las garantías y límites al ejercicio del poder punitivo de las agencias administrativas y judiciales (Cfr. *Zaffaroni*, Eugenio Raúl- *Alagia*, *Alejandro-Slokar*, *Alejandro Derecho Penal*, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003 Pag. 187). Como sostienen *Zaffaroni-Slokar-Alagia* “...entendida textualmente esta disposición, implica que cuando el juez se halla frente aun menor de 16 años imputado de un delito, hace lo que quiere. Esa interpretación se basa en la tesis dominante en la doctrina, según la cual se presume *juris et de jure* que el menor 16 años es inimputable. Aún admitiéndolo, la arbitrariedad judicial sería inconstitucional, pues el inimputable no deja de ser persona y no puede ser sometido al poder punitivo sin las debidas garantías...” (Cfr. *Zaffaroni*, Eugenio Raúl- *Alagia*, *Alejandro-Slokar*, *Alejandro Derecho Penal*, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003 Pág. 189).

Si entendemos que resulta contrario a la Constitución establecer una tutela sobre los menores *no punibles*, también desaparece la posibilidad de disponerlos bajo la modalidad de “internación” que es similar a una privación de la libertad, pues también carece de legitimidad su imposición. En efecto, el proceso penal que se sigue a los menores de 16 años estará destinado, indefectiblemente, como lo sostiene el recurrente, a finalizar en un auto de archivo o sobreseimiento (Cfr. *Crivelli*, Ezequiel, ¿Es posible desarmar el modelo tutelar?...op. cit.).

Hemos interpretado (cfr. C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley. Plenario n° 12. 29/06/2006) que la internación en los términos de la ley 22.278 resulta equiparable a la prisión preventiva. Allí se expresó, que la diferencia que existe entre ambos institutos se limita

al *nomen iuris* que se le asigna pues en esencia ambos son similares. Los denominadores comunes de aquellos institutos se caracterizan por: tener un plazo determinado, se cumplen en establecimientos, se les aplica a quienes no han sido condenados por el hecho que se le imputa, se computan a los efectos de la pena que finalmente se imponga y son medidas de coerción que restringen la libertad.

En nada incide qué intención persigue uno y otro instituto, pues lo que realmente interesa, para comprender cabalmente el alcance de la discusión, es si la persona vio restringida su libertad ambulatoria.

Como sostiene Casnati “...en el derecho penal de menores (no juvenil) aún se levanta la bandera de la “protección”, aunque nadie admita ni consienta gustoso que lo encierren para “protegerlo”, y que se haya desmoronado definitivamente la creencia de las ventajas de los institutos de menores y sus tratamientos para la rehabilitación social. Contradicción que durante muchas décadas se solucionó recurriendo al eufemismo de cambiar la palabra “prisión” por “internación”, pensando que ésta podía traer buenos frutos por sus especiales características terapéuticas. Hoy día admitimos que todo lugar del que no se pueda salir por propia voluntad es privativo de libertad y que toda privación de la libertad produce una paulatina aniquilación subjetiva. En estas condiciones ya no podemos hablar de “intervenciones que protejan...” (Casnati, Tristán *Derecho Penal Juvenil. Algunos Aspectos procesales y sustanciales*, publicado en La Ley, Gran Cuyo, www.laleyonline.com).

Además conforme lo expresa Ovalle no resulta razonable sostener que una persona que se encuentra alojada en un lugar del cual no puede salir por su propia voluntad, no se halla privada de la libertad porque el nombre que se le ha asignado no sea “prisión preventiva”, razón por la cual la internación de los menores debe ser asimilada a la prisión preventiva que sufre una persona mayor de 18 años de edad, aunque más no sea por una aplicación analógica *in bonam partem* (Ovalle, Fernando L. “*La ley 24.390 sigue dando tela que cortar: la aplicación del 2x1 a los menores y la inclusión de los tiempos interrumpidos de detención a efectos de la duplicación del cómputo*”, publicado en suplemento Penal, 2004 y en www.laleyonline.com).

Por su parte, el mismo autor añade que “...si alguna duda aun cupiera respecto a que los menores sufren de una privación de su libertad semejante a la prisión preventiva (por más que se la haya bautizado con el término “internación”), basta con realizar algunas investigaciones de campo al respecto para comprobar que los menores son trasladados esposados a los tribunales cuando estos los requieren (igual que los mayores), se los aloja en celdas (curiosamente como los adultos); en sus lugares de detención —perdón, de internación— reciben visitas en días preestablecidos (régimenes idénticos al de los mayores) y tantas otras coincidencias que hacen —también por estas simples circunstancias— que la distinción con los imputados mayores —en orden a la aplicación del beneficio en trato— constituya una palmaria arbitrariedad e injusticia”(cfr. Ovalle, Fernando, op. cit). Es más, a

poco que se observen los informes de: fs. 24/25, pertenecientes al instituto “Ursula Llona de Inchausti”, fs. 26/27 correspondiente al instituto “Borchez de Otamendi” y fs. 28/29 del instituto “San Martín”, puede concluirse que por las descripciones del lugar, la disposición de las tareas del personal que allí trabaja y la organización interna de los menores, resulta similar a los establecimientos carcelarios de los mayores, lo que ratifica las apreciaciones realizadas precedentemente.

Que la normativa internacional vigente en la materia, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, en su art. 11 b) establece que *“por privación de la 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 y otra autoridad pública”*, ello denota que no existen diferencias entre los institutos analizados, pues lo central es la privación de la libertad del menor.

No es ocioso recordar que nos encontramos frente a menores que no son punibles, circunstancia que demuestra concretamente la ilegitimidad de cualquier medida de encierro en los términos antes expuestos. La decisión que se tome en éste sentido sobre los menores, constituye una vulneración, vale la pena reiterar, a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, inocencia y debido proceso legal, dado que, por la forma como se encuentra regulada en la ley 22.278, la decisión que adopte el juez se realizará sin respetar aquellos enunciados y los menores ingresarían -de todas maneras- a un sistema penal, con menos garantías que los mayores de edad, cuando debería estar excluido.

Los datos aportados por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, a fs. 314, explican que *“...los ingresos de los jóvenes -entre 13 y 20 años de edad- a institutos de régimen cerrado se producen exclusivamente por orden emanada de autoridad judicial competente, generalmente en el marco de un expediente de “disposición tutelar”, no teniendo la autoridad administrativa encargada de la custodia cuál es, en cada caso, el fundamento que determinó la adopción de la medida privativa de la libertad. En otras palabras, quien tiene a su cargo la implementación de la medida generalmente desconoce si la misma persigue asegurar los fines de un proceso penal, si tiene una finalidad sancionatoria o si se la adopta pretendiendo sustituir o restablecer algún derecho del adolescente que se encuentre vulnerado”* (el destacado me pertenece). Esto último, interpreto que no es una característica destacable de cómo se administra el sistema tutelar sino, por el contrario, pone de manifiesto la falta de coherencia entre los fundamentos que originaron las medidas y el tratamiento que se dispensa, generando una aplicación indiscriminada tal como lo afirma el recurrente. Lo que afecta sin duda garantías primarias, toda vez que cualquiera que fuese la razón del encierro, en base a los argumentos que vengo exponiendo, ninguna de las variantes mencionadas (cautelar, sancionatoria o tutelar) se corresponde con los fines establecidos en los estándares constitucionales.

Crivelli, explica claramente lo que aquí postulo, al sostener que en el modelo tutelar, la imputación y juzgamiento de una conducta penalmente típica no se elabora mediante la realización de un debido proceso con el respeto de las garantías que ello implica. Es lógico que así sea, si tenemos en cuenta que en éste sistema, el menor es considerado objeto de protección, justificándose la intervención estatal bajo la excusa de la tutela. De esta manera, el objetivo de salvar al niño, conduce indefectiblemente a una restricción de los derechos fundamentales en una medida mucho mayor que el Derecho Penal de adultos, por lo que lejos de ser un beneficio el ser sometido a la justicia tutelar de menores, más bien implica un perjuicio (Cfr. *Crivelli, Ezequiel, op cit*).

De esta forma, reitero, la disposición sobre el menor genera afectación a los principios constitucionales básicos de un estado de derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional. A su vez, en la práctica existe un margen bastante amplio de discrecionalidad sobre las medidas a adoptar y se aplican criterios de derecho penal de autor, al fundarse la decisión en aspectos que hacen a la personalidad del menor.

Sobre esto último, la CSJN *in re* "Maldonado, Daniel Enrique s/Recurso de hecho —causa N° 1174" rta, 7/12/2005, sostuvo que "*Otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias. Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio"* (considerando 26, del voto en mayoría).

De esta forma, la reglamentación de los derechos prevista en la ley 26.061 y el art. 1 de la ley 22.278 no supera el test de constitucionalidad, por contraponerse a los principios rectores del derecho del niño descriptos en la CDN, por lo tanto, propongo al acuerdo declarar su inconstitucionalidad, en lo que se refiere a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente al menor de 16 años.

II. Expuesto ello, entiendo que corresponde tratar los restantes agravios, en forma conjunta, en lo que se refiere a qué solución se arriba como consecuencia de la inconstitucionalidad propuesta.

Debe reconocerse que por las especiales circunstancias presentadas en este caso, los efectos de la propuesta antes realizada no pueden limitarse exclusivamente a la liberación de los menores que se encuentren alojados en institutos con características similares a la prisión de adultos o, en su defecto, archivar todo expediente vinculado a la tutela de los menores de 16 años de edad -como lo pretende el recurrente- sobre todo si aún no existe una regulación legal que determine las competencias judiciales para estos casos.

Por el contrario, es precisamente en estos supuestos donde debe respetarse y velarse por la aplicación y vigencia del interés superior del niño. Es decir, aquél principio rector nos obliga a buscar una solución integral respecto a la problemática que los menores presentan, desde los parámetros fijados en la ley 26.061. De esta forma, deberá establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores.

En este sentido, la CSJN se pronunció, haciendo suyas las palabras del Procurador General de la Nación, en punto a que *“Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos”* (del dictamen del la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte, en N.108.XXXIX, Neira, Luis Manuel y otra c/Swiss Medical Group S.A., rta. el 21/8/03). Se ha dicho al respecto que *“...nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, 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”* (Cillero Bruñol, Miguel: *El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en AA. VV. *“Infancia, Ley y Democracia en América Latina”*, citado, p. 77).

De esta forma, la solución integral respecto a los menores de 16 años que ingresen al sistema -por la presunta comisión de un hecho- debe ser planificada de manera *interinstitucional*, tal como lo establece la ley 26.061.

Así, aún cuando el Estado tome conocimiento de la situación de los menores por la comisión de un hecho ilícito, la problemática se abordará en la órbita administrativa aunque, como se verá, quede reservado un control judicial sobre ello. Bajo esta directriz, *Crivelli* explica que otro punto de relevancia, es la desjudicialización de las cuestiones relacionadas con las “medidas de protección integral de derechos” que según lo normado por los arts. 32 y 33 de la ley 26.061 deberán desarrollarse en el ámbito administrativo local. El objetivo de esta transformación estaría vinculado con la necesidad de preservar a los jueces de funciones puramente técnicos, apartándolos de toda cuestión relacionada con la tutela. En su consecuencia, los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen ya problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal sino por el

poder administrativo nacional, provincial y municipal. En este orden, la ley creó el “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican y supervisan las políticas públicas en el ámbito administrativo antes mencionado, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de los niños (Cfr. Crivelli, Ezequiel, op cit).

Sostienen Famá y Herrea (op cit), que el Estado como garante de los derechos humanos que titularizan niños y adolescentes implica el despliegue de una serie de acciones, a través de su poder administrativo, para la efectiva satisfacción de derechos o, en su defecto, para la rápida restitución de los que se encuentran vulnerados.

De este modo, a poco que se observe la ley 26.061 implementa un sistema de políticas públicas vinculadas a la protección integral de los derechos del niño, que implica abordar el tema desde una visión completa, permanente y estructurada, para satisfacer y garantizar sus derechos y garantías. Frente a este cambio radical (como política de estado), deviene necesario el compromiso y la interacción de todos los organismos gubernamentales vinculados en la materia.

El art. 32 es claro cuando establece que *“El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías... Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios: a) Políticas, planes y programas de protección de derechos; b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) Recursos económicos; d) Procedimientos; e) Medidas de protección de derechos; f) Medidas de protección excepcional de derechos.”*

Por otra parte, los arts. 33 *“Medidas de protección integral de derechos”* y 39 *“Medidas excepcionales”*, regulan concretamente la aplicación de medidas de intervención, según los supuestos de cada caso en particular, de los organismos administrativos que deberán intervenir para el supuesto en que se detecte una amenaza o violación de los derechos o garantías de los niños.

Por último, la ley hace expresa mención en el Título IV, de los organismos administrativos de protección de derechos. Este último, en lo que se refiere a la jurisdicción nacional y federal.

Para el ámbito nacional la ley creó la *“Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia”(art. 43 y ss.)*, que en lo que a este recurso interesa tiene como función: *“a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y*

establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales; b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;... h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley; i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización; j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;... q) Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias.”

Por su parte, establece, con relación al *Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia* (art. 45 y ss), que habrá de: *“a) Concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias; b) Participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la presente ley; c) Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; d) Fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocidas por su especialidad e idoneidad en la materia, favoreciendo su conformación en redes comunitarias; i) Promover en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección integral de los derechos de las niñas; niños y adolescentes.”*

Bajo estos lineamientos, queda en claro la necesidad de poner en funcionamiento los planes a los que hace mención la ley, como solución a los casos de los menores no punibles que encuadren en los supuestos por ella establecidos. En esa directriz, conviene resaltar que no comparto, por lo menos hasta tanto se sancionen y reglamenten las normas pertinentes, excluir a los jueces del fuero penal de menores.

En este sentido, parece adecuado en atención a la particular problemática en análisis, propender a efectivizar una función jurisdiccional garantizadora de la CDN pues, bajo las circunstancias antes mencionadas, *no puede desconocerse* que el ingreso de los menores al sistema se genera por infracción a la ley penal, ubicándolos por el momento, bajo la competencia del juez de menores, pero con los alcances aquí fijados.

Respecto al rol de los jueces, *Crivelli* agrega que el papel que desempeña el juez es también diferente en el viejo y nuevo sistemas. En el modelo de la situación irregular el juez asume funciones más bien de carácter político-social. Su misión se compara con la de un “buen

padre de familia”. En el modelo de la protección integral, por el contrario, la tarea del juez se centra en la actividad propiamente jurisdiccional y de controlar el respecto de las garantías constitucionales (Cfr. Crivelli, Ezequiel, *¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones... op cit.*, en similar sentido Gandur, Antonio *Actividad del Poder Judicial ... op cit*, pag. 4).

Comparto la posición de Mizrahi, cuando expresa que no al no tener el niño menos garantías que los adultos, es un deber de la magistratura —y no sólo una facultad— su debida intervención a los fines de realizar el control de legalidad, de admisibilidad y de conveniencia de los actos que lleve a cabo la administración (Mizrahi, Mauricio Luis, *Los derechos del niño y la ley 26.061*, www.laleyonline.com.ar o 2006 A, 858 y ss.).

Por todo ello considero, que abierta como ha sido la competencia de ésta Cámara, los jueces de menores deben cumplir una función de coordinación y control, con los alcances que *infra* propondré.

III. De este modo, en atención a la falta de adecuación de las normas vigentes al sistema de protección integral de los derechos del niño, la función jurisdiccional no puede estar ausente. En este sentido, los jueces de menores habrán de ejercer el rol de *garantes* de los derechos de los menores cuya situación encuadre en los supuestos de la ley 26.061.

Para ello, los órganos jurisdiccionales habrán de supervisar los planes que se implementen y cómo los lleven adelante los organismos administrativos. Pues si bien es cierto que la evaluación de políticas resulta una cuestión no judicializable, tal como sostuvo en la Corte Suprema en el recurso de hecho *Verbitsky, Horacio s/ hábeas Corpus, V. 856 XXXVIII, rta. 3 de mayo de 2005*, también corresponde al poder judicial garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. “*Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas*” (considerando 27, del voto mayoritario).

Siendo así, y teniendo en cuenta que la inconstitucionalidad aquí declarada impide la aplicación del sistema tutelar para los menores de 16 años, el rol que habrán de cum-

plir los jueces para aplicar los nuevos lineamientos estará dado no sólo respecto “al menor” en sí mismo, sino también sobre la actividad que desplegarán los organismos estatales. Es decir, su función es la de controlar aquella actividad a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos establecidos en la CDN, en la ejecución de los planes que se establezcan.

Los parámetros de actuación que a continuación se proponen, por un lado constituyen lo que a nuestro entender es una solución transitoria frente el vacío legislativo que existe en la materia que -como dijera- se caracteriza por un desfase existente entre la legislación de protección integral de los derechos del niño y la vetusta ley penal de menores, que establece principios que resultan contradictorios entre sí, y por otro, tal como lo sostuvo la Corte Suprema *in re “Rosza, Carlos Alberto y otro” R. 1309 XLII*, considerando especialmente que “...decisiones con la repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella”(Cons22).

Por lo demás, también hay que reconocer, en lo que respecta al ámbito de aplicación de las leyes, que la ley 26.061 es posterior a la ley 22.278 y especial, por lo menos en lo que se refiere a las acciones del Estado con relación a los menores no punibles.

De esta manera, considero que la justicia de menores —como garante de aquellos— habrá de limitarse a la aplicación e interpretación de la nueva normativa vigente bajo los lineamientos antes expuestos y, a diferencia de lo que sostiene el recurrente (archivar los legajos de menores y pasarlos a la órbita de la administración), la propuesta que se efectúa logra un punto de equilibrio pues por un lado garantiza la presencia de un juez y, por el otro, que a través de una Mesa de Diálogo, se puedan ejecutar políticas compatibles con la CDN.

La intervención de cada juez de menores tendrá incidencia directa con relación a lo que la administración disponga, más allá de la convocatoria al diálogo, para definir la forma más adecuada de implementación de los planes que se instituyan, evitando la desconexión institucional que informara la Secretaría Nacional de Niñez y Adolescencia y Familia a fs. 314. En consecuencia:

a) Con relación a los menores que se encuentren alojados en institutos como el *Gral. José de San Martín* y otros similares, es decir, de régimen cerrado, cabe considerar lo informado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (cfr. Fs. 315) que “...de los adolescentes que, al momento de la presentación del hábeas corpus, se encontraban privados de su libertad, uno -que estaría involucrado en la comisión de un homicidio- ha permanecido en esa situación interrumidamente hasta la fecha, dado que el resto egreso del dispositivo. Algunos de ellos tuvieron posteriores reingreso. Que el promedio de permanencia de los niños, niñas y adolescentes menor de 16 años de edad que ingresan a los referidos institutos es inferior a dos meses”. De esta manera, si bien la Secretaría explicó que el plazo promedio de detención es inferior a dos meses, del informe agregado a fs. 254 surge que no son pocos los casos que han excedido aquél tiempo.

En este sentido, tal como lo propone el recurrente, postulo se implemente *la liberación progresiva* dentro de un plazo *no mayor de 90 días*, de los menores de 16 años dispuestos a la fecha, en los términos de la ley 22.278. A su vez, se articule con los organismos administrativos mencionados los arts. 32, 43/45 y ss. de la ley 26.061 la confección de planes individuales y adopten las medidas que la normativa autoriza, en aras de cumplir con el objetivo de protección integral del niño. A tal fin, resultará vital que en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces de menores realicen un control oportuno y eficaz sobre los plazos de liberación, en atención a la ilegitimidad de las medidas vigentes. De este modo, la mirada jurisdiccional cumplirá una función garantizadora del ejercicio de las funciones que competen al Consejo Federal y a la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia en la ejecución y adecuación de planes específicos. Así también, impedirá la aplicación de medidas de encierro (cualquiera sea su fin).

En otras palabras, los jueces habrán de garantizar el respeto de las prohibiciones establecidas en los arts. 36 y 41 inc. e de la mencionada ley (*prohibición absoluta de medidas de encierro*).

b) Respecto a los *expedientes tutelares que se encuentran en trámite*, corresponderá que los jueces de menores den intervención a los organismos administrativos para su evaluación en forma conjunta y en un plazo *breve y razonable*, se defina si el caso encuadra en la situación descrita en la ley 26.061; en base a ello, supervisen la ejecución administrativa de los planes concretos, individuales y diferenciados aplicables a cada menores.

c) En lo que se refiere a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema por conflictos con la ley penal, con posterioridad a la fecha, los jueces habrán de aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*comprobada que sea la edad del menor*—, en un plazo *no mayor a 90 días* se coordine con las autoridades administrativas la elaboración de los planes mencionados en la ley 26.061.

Que durante aquel plazo, y en cumplimiento con los principios rectores en la materia, los jueces habrán de controlar que los órganos administrativos no alojen a menores en lugares similares a los que fueron materia de este *hábeas corpus* o en instituciones cuyas condiciones se asemejen a privación de la libertad. Sobre el particular, resulta interesante destacar también lo informado por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia en cuanto afirma que “...*los ingresos... a institutos de régimen cerrado se producen exclusivamente por orden de una autoridad judicial competente... que la requisitoria relacionada con el plan progresivo de liberación podría no estar dando cuenta de los modos en que realmente funciona, al menos en la Ciudad de Buenos Aires, la justicia de Menores. No nos encontramos ante un universo de población estable que permanece largamente privado de su libertad, sin ser liberado* [a lo que me permito agregar que por lo menos uno de ellos si lo está, tal como se sostiene a fs. 315]. **Sintetizando, entendemos que el problema no radica en la “progresividad” de las solturas —lo que generalmente se produce— sino en la**

continuidad de los ingresos, que son los que determinan que regularmente exista un conjunto de adolescentes menores de 16 años privados de su libertad"(Cfr. Fs. 315/316, el destacado me pertenece).

d) A su vez, cuando sea factible aplicar las *medidas excepcionales* a las que hace mención el art. 40 de la ley 26.061, el juez de menores habrá de dar intervención a la justicia de familia, conforme se desprende de dicha norma. Ello sin perder de vista en cada caso, la posibilidad de propiciar soluciones alternativas basadas en la educación, inserción familiar y responsabilidad del menor.

e) Por último, a fin de garantizar una implementación adecuada respecto a la liberación progresiva de los menores detenidos como así también de la aplicación de los planes individuales, considero necesario establecer un mecanismo de seguimiento a través de la constitución de una mesa de diálogo en la que deberán participar los actores intervinientes en la problemática de los menores, tal como se precisará en la parte dispositiva. Al mismo tiempo, requerir la remisión bimestral de informes que den cuenta de los resultados obtenidos en aquella mesa y, finalmente, celebrar una audiencia pública en el mes de marzo de 2008, a los efectos de tomar conocimiento de los avances implementados.

IV. En definitiva, en base a las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo:

a) Hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, sin costas (arts. 456 inc. 1, 474, 475 del CPPN);

b) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados.

c) Poner en conocimiento de las Cámaras en lo Criminal y Correccional Nacional y Federal, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, el alcance de lo aquí resuelto.

d) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

e) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

f) Encomendar a los jueces de menores convocar a una mesa de diálogo e invitar a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y toda otra organización de la sociedad civil que pretenda participar, para que:

1) En un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule

con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños;

2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez que sea comprobada que sea la edad del menor*— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss ley 26.061, para su oportuna incorporación.

3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que de cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen.

g) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el mes de marzo de 2008, a una primera audiencia pública ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas.

Tal es mi voto.

Los Sres. Jueces **doctores Guillermo José Tragant y Eduardo Rafael Riggi** dijeron:

Que en el particular no media polémica en cuanto a que la internación de un menor por disposición de un juez penal en una institución de régimen cerrado es asimilable a una privación de la libertad, criterio que, por otra parte hemos sostenido en el Plenario N° 12 de esta Cámara “C.F.M.R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”, del 29/6/2006, citado por la colega preopinante.-

Que el artículo 1° de la ley 22.278 determina la no punibilidad de los menores que no han cumplido 16 años de edad, facultando a los jueces competentes, entre otras medidas tutelares, a ordenar su internación en instituciones públicas o privadas cuando se hallaren “abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presenten problemas de conducta”, extremo éste que colisiona frontalmente no sólo con principios constitucionales básicos -inocencia, culpabilidad, legalidad, arts. 18 y 19 de la C.N.- sino también con las previsiones de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que desplazó la competencia tutelar de los jueces a la órbita de la autoridad administrativa nacional, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires, y municipal —arts. 32 y ss.— y en especial prohibió que las medidas de protección puedan consistir en la privación de la libertad —art. 40 inc e—, y que es ley posterior y específica —“*leges posteriores priores contrarias abrogant*”.-

Sin embargo, la sanción de ésta en el año 2005, no agotó la discusión, ardua por cierto, de tan delicado tema, pues pese al nuevo enfoque que se ha querido dar desde el es-

pacio legislativo y a la derogación de la vieja ley de patronato n° 10.903, aún se debate el paradigma tutelar, panorama que se ve ensombrecido por la carencia de programas y planes de acción concretos y eficaces, especialmente desde el área de la prevención, y que es imprescindible urgir.-

No se puede soslayar que las controversias que se han suscitado en torno a la validez constitucional del dispositivo cuestionado han motivado que los jueces se encuentren "...en la incómoda obligación de forzar interpretaciones, declarar inconstitucionalidades y saltar al vacío por ausencia de reglamentación legítima, correctamente fundamentada y coherente. De este modo terminan haciendo lo que les está vedado: legislar" (cfr. Ezequiel Crivelli, *¿Es posible desarmar el modelo tutelar?* J.A. 2007-II, n° 7, págs. 58 y 59 y ss. 16/5/2007).-

Por tales razones, si el objetivo es "...desarmar el modelo tutelar o de la situación irregular y construir un nuevo sistema jurídico donde los niños y adolescentes gocen de los mismos derechos y garantías que se les reconocen a los adultos, reforzados en razón de su condición de personas en desarrollo, debemos olvidar los parches y tomar el toro por las astas" (cfr. E. Crivelli, cit. pág. 59).-

Que no somos por cierto los jueces los encargados de actualizar o modificar las leyes en este u otro aspecto, tarea que es de incumbencia del órgano legislativo; sin embargo, no podemos permanecer indiferentes ante la gravedad de la situación planteada, de manera que a fin de evitar una mayor afectación a los derechos y garantías de los destinatarios, consideramos acertadas las propuestas que formula la Dra. Ledesma.-

Por tales motivos, y por los demás fundamentos y conclusiones efectuados por la magistrada en su voto, emitimos el nuestro en igual sentido.-

En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I) Hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, sin costas (arts. 456 inc. 1, 474, 475 del CPPN);

II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados.

III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto.

IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que:

1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños;

2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez comprobada la edad del menor*— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación;

3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que de cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen.

VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11.30 horas, a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas.

Regístrese, hágase saber y a tal fin, líbrense los oficios pertinentes comunicando lo aquí resuelto.

Firmado: Dres. Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant. Ante mí: Dra. María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.-

Causa nro. 7537 “García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristinas/ recurso de casación e inconstitucionalidad” SALA III C.N.C.P.

Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 18 de marzo de 2008.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —una vez comprobada la edad del menor— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11.30 horas, a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las

pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

Que el recurso extraordinario promueve cuestiones de índole federal en los términos del art. 14 de la ley 48, y de gravedad institucional según doctrina de esta Corte. Asimismo, prima facie considerado, también reúne los restantes recaudos de admisibilidad. En tales condiciones, y atento la gravedad indicada, corresponde habilitar esta instancia y suspender la ejecución del fallo impugnado, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara admisible el recurso de queja y se dispone la suspensión de la ejecución de la sentencia apelada. Hágase saber y se solicitan los autos principales.

RICARDO LUIS LORENZETTI - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY.

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO PUPINO

IGNACIO DE FERARI VIAL

Introducción

El 16 de junio de 2005 la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pronunció una sentencia sobre la manera de entender el derecho del niño a ser oído en el proceso penal, en consideración a su calidad de víctima especialmente vulnerable¹. Más allá de la fecunda discusión académica que suscitó la sentencia —constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea, carácter normativo del sistema de actos del mencionado Pilar o el deber de cooperación leal entre los Estados miembros—, la decisión del Tribunal supuso, a la luz de las reglas comunitarias, autorizar procedimientos probatorios respecto de causales no previstas en el Derecho de la República Italiana.

En efecto, en pos de la consecución del objetivo de la Decisión Marco 2001/220/JAI —la cual establece el estatuto de la víctima en el proceso penal, el que debe interpretarse de manera que se respeten los derechos fundamentales—, el fallo dispuso que el *Tribunale di Firenze* tenía potestad para ordenar, con carácter prejudicial, la diligencia testifical en el proceso por abuso de medidas disciplinarias seguido en contra de la Sra. Maria Pupino, bajo modalidades que la ley italiana sólo prevé respecto de imputaciones que se refieran a delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual. Es decir, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró que, en la especie, el examen de los niños que alegaban ser víctimas podía practicarse fuera de la sede del tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en los propios domicilios de los niños.

La Decisión Marco 2001/220/JAI

En el esquema de cooperación policial y judicial que rige en Europa, el 15 de marzo de 2001 se adoptó la Decisión Marco 2001/220/JAI, en virtud de la cual se estableció para los países comunitarios el estatuto de la víctima en el proceso penal. Si bien esta clase de Decisiones carecen de efectos directos para los Estados que suscribieron el Tratado de Amsterdam², aquellos sí se encuentran obligados por la Decisión Marco en lo que

¹ Vid. Sentencia C-105/03, TJCE, de 16 de junio de 2005.

² El Tratado de Amsterdam fue aprobado por el Consejo Europeo en junio de 1997, entrando en vigor el 1 de mayo de 1999. Su firma tuvo por objetivo modificar determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea, sustituyendo el Título VI por el que rige hoy en día, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal. Sin embargo, el Tratado de Lisboa, suscrito el 13 de diciembre de 2007 y cuya viabilidad es feble aún luego de no ser ratificado por el pueblo de Irlanda en junio pasado, vino a regular nuevamente la materia para darle tratamiento sistemático en otro instrumento: el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (suscrito el 25 de marzo de 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pero cuya denominación fue sustituida por obra del Tratado de Lisboa).

respecta al resultado que deba conseguirse, dejándose “a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios” (art. 34 del Tratado de la Unión Europea³, TUE). Como sabemos, las Decisiones Marco corresponden a reglas y estándares valorativos emanados del Consejo de la Unión Europea que se circunscriben, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, al objetivo de aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los ordenamientos nacionales, constituyendo lo que se ha denominado el Tercer Pilar. Las decisiones sobre la validez e interpretación de las Decisiones Marco, por su parte, corresponden al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), el cual es competente en los términos que señala el art. 35 del TUE.

El estatuto de la víctima contenido en la DM, amén de los deberes estatales respecto de las personas que sufren los efectos dañosos de la infracción penal, establece institutos de cooperación y mecanismos de mediación, así como derechos y garantías individuales que pueden invocarse en el proceso penal, reconociéndose por el Consejo una clase especial de víctimas —las especialmente vulnerables en palabras del apartado 2 del art. 2 de la DM—, respecto de las cuales se exige “un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. Este reconocimiento se complementaba con el derecho a la protección, en especial con la obligación de los Estados de garantizar, “cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho” (art. 8, apartado 4, DM 2001/220/JAI).

Los hechos

En Florencia se instruyó por el Ministerio Público un proceso penal seguido en contra de la Sra. Maria Pupino, a quien se le imputaba haber cometido, entre los meses de enero y febrero de 2001, múltiples delitos de “abuso de medidas disciplinarias”, dirigidas en contra de alumnos que, al momento de sufrir los castigos, tenían menos de 5 años. Se le acusaba de pegarles a menudo, haberlos amenazado con administrarles tranquilizantes, taparles la boca con esparadrapo, además de prohibirles concurrir al baño. Por otra parte, se le imputaba a la Sra. Pupino haber incurrido, en febrero de 2001, en el delito de «lesiones agravadas» por el hecho de haber asestado a una de sus alumnas un golpe que le causó una leve tumefacción en la región frontal (considerando 12).

En agosto de 2001 el Ministerio Fiscal solicitó al juez de instrucción del *Tribunale di Firenze* que ordenara la diligencia testifical, con carácter prejudicial, debido a que la práctica de la prueba no podía retrasarse hasta el juicio oral, dada la corta edad de los niños que alegaban

³ El Tratado de la Unión Europea (TUE), conocido también como el Tratado de Maastricht, fue suscrito el 7 de febrero de 1992.

ser víctimas de la Sra. Pupino y las inevitables modificaciones de su estado psíquico, así como un eventual proceso de represión psicológica al que se verían afectados si se dilataba la declaración judicial. Asimismo, el órgano persecutor solicitó que se practicara la prueba según las formas particulares establecidas en el artículo 398, apartado 5 *bis*, del *Codice di Procedura Penale*⁴, conforme a las cuales el examen de los testigos menores de 16 años podía desarrollarse “en un centro especializado, protegiendo la dignidad, la intimidad y la tranquilidad de los menores afectados al recurrir, en su caso, a los servicios de un experto en psicología, dado el carácter delicado y la gravedad de los hechos, así como la dificultad ligada a la corta edad de las víctimas” (considerando 16).

El juez de instrucción rechazó el incidente probatorio por no fundarse en las hipótesis que la ley procesal italiana prevé en el art. 392 del CPP —delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual—, no obstante no haya “razón alguna que se oponga a que dichas disposiciones comprendan también otros supuestos distintos (...) en los que la víctima es un menor”; más aún, se afirma que “muchos delitos excluidos (...) pueden perfectamente resultar más graves para la víctima que los recogidos en dicha disposición. Así ocurre en el asunto principal, toda vez que la Sra. Pupino, según el Ministerio Fiscal, maltrató a varios niños menores de cinco años provocándoles traumatismos psicológicos” (considerado 17). Sin embargo y acto seguido, el juez resolvió suspender el procedimiento y solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se pronuncie sobre el alcance de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI, pues «con independencia de la existencia o no de un efecto directo de la normativa comunitaria», el juez nacional debe «interpretar el Derecho nacional a la luz del tenor literal y de la finalidad de la normativa comunitaria» (considerando 18).

La deliberación del TJCE

La primera cuestión que se presentó en el razonamiento de los jueces fue determinar el significado de víctima vulnerable, concepto que la DM no suministra. La sentencia, sin embargo, tampoco sustenta una posición doctrinaria articulada en términos generales, limitándose a un juicio meramente pragmático. Señalan los jueces que “con independencia de la cuestión de si el hecho de que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión Marco, no cabe negar que (...) niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos por parte, además, de una maestra, dichos niños pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta, en particular, de su edad, así como de la naturaleza y consecuencias de las infracciones de

⁴ En lo pertinente, el artículo señala lo siguiente: “A tal fine l’udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l’abitazione dello stesso minore. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica. Dell’interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti.”

las que consideran haber sido víctimas, a fin de disfrutar de la protección específica exigida en las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión Marco” (considerando 53).

Las tres disposiciones sometidas a consideración por el juez florentino establecen formas concretas de ejecución de los objetivos que enuncian dichas normas, consistentes en garantizar a las víctimas especialmente vulnerables un «trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación», así como poder «testificar en condiciones especiales, que puedan garantizar que todas las víctimas sean tratadas con el debido respeto a su dignidad personal», la posibilidad de ser oídas y de «facilitar elementos de prueba», así como que dichas víctimas sólo sean interrogadas «en la medida necesaria para el proceso penal» (considerando 54). A juicio de los ponentes, la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de disponer de un procedimiento especial —como el incidente de práctica anticipada de la prueba establecido en el Derecho italiano junto con las formas particulares de declaración, también previstas en dicho ordenamiento jurídico—, en la medida que “dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública” (considerando 56).

El TJCE ahonda en esta cuestión, señalando que en todo caso las condiciones en que se preste la declaración deben ser compatibles con los principios fundamentales del Derecho que rijan en el Estado miembro, tal como lo prescribe el art. 8, apartado 4, de la DM. En este sentido, los jueces sostienen que en virtud del artículo 6 del TUE, apartado 2, la Unión debe respetar los derechos fundamentales de las personas, tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y se observan por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho.

En consecuencia, la sentencia sostiene que la Decisión Marco 2001/220/JAI debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, en particular el derecho a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del Convenio, y siguiendo el estándar sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵ (considerando 60). En otras palabras, “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco” (considerando 61).

⁵ El considerando 60 de la sentencia cita las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2001, P.S. c. Alemania; de 2 de julio de 2002, S.N. c. Suecia (*Reports of Judgments and Decisions* 2002-V); de 13 de febrero de 2004, Rachdad c. Francia, y resolución de 20 de enero de 2005, Accardi y otros c. Italia, demanda nº 30598/02.

Por tanto, para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la DM deben interpretarse en el sentido que el *Tribunale di Firenze* debe tener potestad para autorizar que niños de corta edad “que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco” (considerando 61).

DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERTAD EN CHILE: EN BUSCA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

MIGUEL CILLERO BRUÑOL / NICOLÁS ESPEJO YAKSIC*

Introducción

El Martes 15 de Abril de 2008 el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado de Chile por la afectación de los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad personal, al deber general de respetar los derechos del niño, a la protección judicial efectiva y al deber de adoptar medidas para el desarrollo progresivo de los derechos, a favor de 278 personas internas en centros de privación de libertad para adolescentes. Estos derechos y obligaciones se encuentran expresamente establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales sobre la materia.

En la primera parte de este artículo (I) se explica brevemente el marco normativo aplicable en Chile y los recursos judiciales presentados a nivel interno; luego (II) se extractan los argumentos jurídicos —normativos y jurisprudenciales— que sirven de sustento a la petición ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos; finalmente, se presenta una breve conclusión.

1. Antecedentes

El reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de 18 años de edad sometidos al sistema penal ha sido reforzado en los últimos 25 años por numerosos instrumentos internacionales y por la legislación interna de la mayoría de los países de América y Europa. Uno de los elementos centrales de este proceso ha sido la adopción de garantías, cada vez más específicas, para resguardar los derechos de los adolescentes privados de libertad y el desarrollo de mecanismos más vigorosos de tutela judicial efectiva nacional e internacional de estos derechos¹.

* Profesores e Investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile.

¹ Además de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, deben citarse específicamente las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990; en el ámbito europeo se destaca la relevancia de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987. Véase para América Latina GARCÍA MÉNDEZ, E., y BELOFF, M.: "Infancia, Ley y Democracia en América Latina" 3ª Edición, Ed. Temis, San José de Bogotá 2004, para Estados Unidos, ZIMRING, F.: "American Juvenile Justices", Oxford University Press, NY, 2005; y para el Reino Unido GOLDSON, B., y MUNCIE, J., "Rethinking Youth Justice: Comparative Analysis, International Human Rights and Research Evidence", en "Youth Justice" 6(2), 2006, pp. 91-106.

En el ámbito de la protección judicial efectiva de los derechos de los adolescentes privados de libertad, destacan en América Latina diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Justicia; en Europa se destaca la resolución del Tribunal Constitucional alemán de 31 de Mayo de 2006 que fija estándares constitucionales precisos para la aplicación de la privación de libertad de los jóvenes².

A pesar de estos avances en la normativa y jurisprudencia internacional y nacional, también se han producido paralelamente numerosas reformas en las legislaciones nacionales dirigidas a intensificar la reacción penal y extender la duración de las sanciones penales, proceso que se ha traducido en un aumento de la privación de libertad en el marco de la Justicia Juvenil y un deterioro de las condiciones en que esta sanción se ejecuta, en el marco de un proceso general de intensificación de la respuesta punitiva³.

La particular situación en que se encuentra la Justicia Juvenil contemporánea ha sido descrita como el resultado de dos fenómenos: por un lado, la globalización del control del crimen y, por otro, la existencia de una política criminal y de una normativa cada vez más universalizada a partir de convenciones y diversos instrumentos internacionales⁴.

En Chile, esta situación se ha vivido con particular intensidad. El 8 de Junio de 2007 entró en vigencia la Ley 20.084 (LRPA) que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley penal. Según el Mensaje de la Ley, con esta nueva normativa se pretendía reformular completamente la legislación sobre la materia y adecuarse a los principios, directrices y derechos reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos vigente en Chile y, particularmente, a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por Chile en 1990⁵.

Una de las áreas fundamentales en que esta nueva normativa debe expresarse es en la ejecución de las sanciones, particularmente, en aquella relativa a las sanciones privativas de libertad que la ley prescribe que han de regirse por los principios de humanidad, respeto a la dignidad del adolescente y dirigirse a favorecer su integración social.

Se pretendía en síntesis, que esta Ley superara el enfoque punitivo-tutelar vigente en Chile hasta ese momento, reconociendo la plena vigencia de los derechos sustantivos y procesales que limitan el poder punitivo del Estado en el marco de la justicia penal aplicable a las personas

² Véase DÜNKEL F., y VAN ZYL SMIT, D.: "The Implementation of Youth Imprisonment and Constitutional Law in Germany", en "Punishment and Society", vol. 9 (4) pp. 347-369.

³ Véase una mirada de conjunto sobre la situación actual de la Justicia Juvenil en JENSEN, E. y JEPSEN, J.: "Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice Systems", Hart Publishing, 2006.

⁴ Véase sobre esto MUNCIE, J.: "The Globalization of Crime Control: the case of Youth and Juvenile Justice. Neo-liberalism, policy convergence and international conventions" En "Theoretical Criminology", vol. 9(1), pp. 35-64, 2005.

⁵ "El Gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile", MENSAJE N 68-347, Ley 20.084, fecha de promulgación 28/11/2005, fecha de publicación en el Diario Oficial 7/12/2005. El Mensaje puede considerarse como el equivalente en el sistema chileno a la Exposición de Motivos en España, aun que se le reconoce menor peso interpretativo.

entre 14 y 18 años de edad. Sin embargo, junto a estos propósitos, la ley se presentó como una oportunidad para introducir —durante su tramitación parlamentaria— criterios para reforzar la seguridad ciudadana y para endurecer la respuesta punitiva, extendiendo las hipótesis para imponer la privación de libertad y la duración de ese tipo de sanciones.

Con ello, se produjo una importante presión sobre los Centros de Privación de Libertad cuya administración recae, en conformidad a la Ley, exclusiva y directamente sobre el Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

Pese a que la Ley aprobada en el segundo semestre de 2005 estableció un período de vacancia de 6 meses, fue necesario extenderlo por un año adicional, ya que el Ministerio de Justicia no había logrado implementar los aspectos necesarios para su correcto funcionamiento, especialmente en relación a la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

El Congreso Nacional, junto con prorrogar la Ley, ordenó que se constituyera una “Comisión de Expertos”, encargada del seguimiento del proceso de implementación de la Ley que debía informar periódicamente al Senado y la Cámara de Diputados sobre la actividad desarrollada para tal fin.

En Abril del año 2007, la mayoría de los miembros de esta Comisión de Expertos concurrieron al Congreso Nacional informando de la existencia de importantes retrasos en el proceso y recomendaron que la Ley entrara en vigencia de modo escalonado, primeramente en el tramo de adolescentes mayores de 16 años, para disminuir la población a la que se le aplicaría el nuevo sistema, e impedir que las deficiencias detectadas pudieran afectar los derechos a la vida e integridad física y psíquica de los adolescentes de menor edad (14 y 5 años). Esta recomendación se fundamentaba en la consideración que el estado de los centros de privación de libertad a esa fecha no garantizaba que en ellos pudiera asegurarse la protección de los internos y desarrollarse un proceso de reinserción social, tal como lo disponía la Ley y la normativa internacional. Pese a estas recomendaciones se aprobó, a instancias del Ministerio de Justicia y del Servicio Nacional de Menores (SENAME), que la Ley se empezara a aplicar en su integridad en Junio de 2007⁶.

La puesta en marcha del sistema inmediatamente reveló que las proyecciones y recomendaciones no eran infundadas y que la situación de los Centros de Privación de Libertad era crítica, y que se podían generar graves problemas que pudieran afectar los derechos a la vida, la integridad y la seguridad de los internos privados de libertad.

EL 21 de Octubre de 2007 se produce un hecho particularmente grave y dramático. Diez de los 24 adolescentes privados de libertad en el Centro Cerrado de Privación de Libertad

⁶ También el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas advirtió al Estado de Chile en Febrero de 2007 sobre la necesidad de adoptar medidas que asegurarán que el funcionamiento de la nueva ley respondiera a los estándares internacionales a los que Chile se había obligado, en particular, la asignación de recursos suficientes; el derecho a que la privación de libertad sea utilizado como último recurso; la separación de personas menores de edad privadas de libertad de los adultos en la misma condición; el establecimiento de un sistema de denuncias; la garantía del contacto con su familia; y capacitación del personal. Observaciones y Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño a Chile, en materia de justicia juvenil. CRC/C/CHL/CO/3, 2 Febrero 2007, párrafo 72.

de la ciudad de Puerto Montt, conocido como “Tiempo de Crecer”, mueren producto de un incendio que, por razones que se desconocen, ellos mismos habrían provocado en una de las secciones del recinto penal. Ni bomberos, ni funcionarios de SENAME o de Gendarmería logran rescatarlos oportunamente. Los adolescentes mueren por asfixia; según versiones de prensa, sólo uno de los que habitan la casa o sección afectada logra escapar, por sus propios medios, al momento de iniciarse el incendio.

Debido a la gravedad de los acontecimientos en Puerto Montt y al conocimiento de las deficientes condiciones de implementación de la Ley 20.084 en diversas ciudades, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta acciones judiciales de carácter constitucional para amparar⁷ los derechos de los adolescentes privados de libertad en Centros del SENAME ubicados en cuatro regiones del país, incluyendo las que corresponden a las ciudades de Santiago y Valparaíso donde se concentran más de la mitad de los adolescentes privados de libertad a cuatro meses de la entrada en vigencia de la ley.

En estos recursos se aducía la vulneración de los derechos a la libertad personal y la seguridad individual, la falta de segregación entre menores y adultos, la existencia de largas horas de encierro, la utilización de celdas solitarias de castigo y la inexistencia de programas de educación, entre otros.

Los amparos presentados eran muy precisos en no apuntar a la legalidad formal de las órdenes de privación de libertad, ya que éstas emanaban de la autoridad judicial competente, ni tampoco se entraba a cuestionar los fundamentos de esas decisiones judiciales. El fundamento jurídico de las acciones se encontraba en que la Constitución garantiza al privado de libertad a que se respeten un conjunto de derechos y condiciones que aseguren su vida e integridad física y psíquica y que —tanto los diversos tratados internacionales, como la ley 20.084— exigían un estándar de protección de derechos de los internos que no se estaba cumpliendo⁸.

Por ello, se aducía a este recurso constitucional de modo de obtener tutela judicial efectiva de los derechos de los privados de libertad y que se adoptaran las medidas necesarias para evitar que se continuaran presentando las vulneraciones de derechos denunciadas.

Todos los recursos fueron rechazados. En primera instancia por las Cortes de Apelaciones respectivas, en segunda, por la Corte Suprema; las primeras motivaron sus resoluciones, la Corte Suprema se limitó a confirmarlos sin expresar fundamentos.

Entre los fundamentos, se destaca el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, lugar donde había ocurrido el trágico incendio. En el fallo, si bien el Tribunal reconoce

⁷ El Recurso de amparo en Chile es una derivación del *habeas corpus* recogido en el artículo 21 de la Constitución. “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

⁸ El artículo 19 N° 7 de la Constitución establece que la Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y en su letra b) dispone “nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por a Constitución y las leyes” (el destacado es nuestro).

“ciertas deficiencias en infraestructura”, dada la reciente implementación de estos Centros y la superación (léase desborde) de los mismos de acuerdo a los medios presupuestarios y a los daños provocados por el incendio, se afirma que ha de “concluirse que escapa a las facultades conservadoras de que se encuentra revestida esta Corte, adoptar medidas conducentes a garantizar la superación de las deficiencias detectadas que dicen relación con actuaciones propias de las autoridades administrativas dentro del marco del presupuesto de la Nación”⁹. Esta conclusión deja patente el incumplimiento de la obligación de dar tutela judicial efectiva a estos derechos de los adolescentes privados de libertad y, paralelamente, la renuncia del sistema de administración de justicia a exigir el cumplimiento de las obligaciones de la administración.

De aceptarse el criterio de la Corte, no existiría ninguna facultad judicial para dar efectiva protección de los derechos de los internos y hacer cumplir las obligaciones que la Constitución y la Ley le imponen al SENAME como organismo público encargado de la administración de los Centros.

2. Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Ante esta situación, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de:

- “1. Que acoja a tramitación la presente denuncia de acuerdo a los artículos 46 a 51 de la Convención y dé traslado de la misma al Estado de Chile.
2. Que agote todos los procedimientos establecidos por la Convención y el Reglamento con el propósito de clarificar y probar los hechos y violaciones alegados en esta denuncia.
3. Que declare que el Estado de Chile ha violado los Artículos 4º, 5º, 7º, 19º, 25º y 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos en relación con la violación de las obligaciones generales establecidas en los Artículos 1.1. y 2º del mismo tratado y en perjuicio de las víctimas ya identificadas en este escrito.
4. Que disponga que el Estado de Chile debe modificar su legislación interna a objeto de prevenir la repetición de situaciones como la acaecida en el presente caso.
5. Que disponga que el Estado de Chile indemnice a las víctimas por los daños sufridos por las violaciones producidas en contra de sus derechos fundamentales antes señalados.
6. Que declare que el Estado de Chile debe rembolsar los gastos y costas incurridas en este procedimiento.”

⁹ En un sentido similar, las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, San Miguel (Región Metropolitana de Santiago) y Rancagua establecieron que este recurso no era el medio idóneo para obligar a la administración y que las falencias presentadas a la Corte no les parecían de la entidad suficiente como para generar una afectación de la seguridad personal.

Los fundamentos de la denuncia son que los hechos que la motivan constituyen una violación de los derechos de los adolescentes privados de libertad contenidos en diferentes instrumentos internacionales que se encuentran bajo la jurisdicción del sistema interamericano de protección, y que se cumplen con todos los requisitos sobre la admisibilidad, particularmente el agotamiento de la vía interna.

En concreto se afirma en la denuncia que el Estado de Chile, mediante actuaciones de sus órganos, ha infringido la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en sus artículos 4º, 5º, 7º, 19º, 25º y 26º, todos en relación los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 4º de la Convención Americana dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por su parte, el Artículo 5º de la Convención Americana establece:

- “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En otras palabras, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

Por tanto, los Estados están obligados a garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a ese derecho básico y, en particular, tienen el deber de impedir que sus agentes atenten contra él, especialmente si los afectados se encuentran privados de libertad por orden del propio Estado.

La Convención dispone que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de

los detenidos. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.

Tratándose de niños y adolescentes, los estándares de protección son aún más exigentes. Como ha señalado expresamente la Corte Interamericana, la obligación general de proteger el derecho a la vida presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, que se encuentran reconocidas expresamente en las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰.

La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. Más específicamente, la Corte ha sostenido que: “en materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad (...) tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas a satisfacer el principio de protección prioritaria del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión¹¹”.

En un sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al sostener que la obligación general de los artículos 6º y 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”, debe interpretarse de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹².

10 Corte I.D.H., Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138.

11 Corte I.D.H., Caso “Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160.

12 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párr. 12. En un sentido similar, Regla 13º de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

El artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Como se puede advertir, esta disposición impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” requeridas por su condición de niños. La Corte Interamericana ha dicho que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. En este sentido, la Corte ha concluido que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

Más específicamente, tal y como ha sostenido la Corte: “las normas transcritas (de la Convención Americana y de la Convención sobre los Derechos del Niño) permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas, merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños¹³”.

De este modo, el artículo 19º obliga a los Estados partes al desarrollo de una normativa que garantice las medidas de protección que los niños requieren en su condición de sujetos de derechos específicos. A luz de este marco normativo general aplicable a los niños, la Corte Interamericana ha llamado la atención sobre la especial gravedad de aquellos casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional y que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción¹⁴.

Por tanto, concluye la Corte: “a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, (...), los hacen víctimas de una doble agresión (...)”¹⁵.

¹³ Corte I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 168.

¹⁴ Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 188; Bulacio contra Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 133; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 162; Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, párrafo 162; Caso de las niñas Yean y Bosico. Sentencia 8 de septiembre de 2005, párr. 134; Caso de la “Masacre de Mampiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 152.

¹⁵ Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 191.

En otras palabras, los niños, al igual que los adultos, poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado¹⁶. Por esa razón, el artículo 19 de la Convención debe ser comprendido como “un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial¹⁷”.

Asimismo, la denuncia se funda en la violación del artículo 25º de la Convención Americana que dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

El Centro de Derechos Humanos argumenta que el Estado de Chile, por medio de sus Tribunales de Justicia, ha faltado a la debida protección judicial de los derechos de los peticionarios, ya que una vez puestos en conocimiento de las graves condiciones de vida, integridad física y psíquica, libertad individual y desprotección de niveles esenciales de derechos sociales como la salud y la educación de los peticionarios al interior de los Centros de Privación de Libertad referidos, las Cortes respectivas no cumplieron su deber fundamental de otorgar protección judicial efectiva a los derechos de los peticionarios. Derechos que, al tratarse de niños, requerían de un deber calificado de protección y garantía a la luz de lo dispuesto por el Artículo 19º de la Convención Americana.

Esta denegación de protección de los tribunales Chilenos resulta particularmente grave a la luz de los antecedentes de muerte de 10 adolescentes en uno de los Centros de Privación de Libertad respecto de los cuales se interpuso acción de amparo. Tal falta de protección judicial efectiva se aleja, con toda claridad, de lo dispuesto por la Corte Interamericana, quien ha sostenido que el *hábeas corpus* (acción de amparo en el caso de la República de Chile) tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida¹⁸.

Finalmente los peticionarios aducen también la violación del deber de adoptar medidas para el desarrollo progresivo de los derechos de contenido económico y social de los internos (Art. 26 Convención Americana).

¹⁶ Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 54 y Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, párr. 147.

¹⁷ Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 54 y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui, párr. 164.

¹⁸ Corte I.D.H., Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 102; Corte I.D.H., Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 164; Corte I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 184; Corte I.D.H., Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 121; Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163.

Como ha establecido la Corte Interamericana, la privación de libertad implica forzosamente además de la afectación del derecho a la libertad personal, la limitación del goce y ejercicio de otros derechos humanos consagrados en la Convención (tales como los derechos económicos, sociales y culturales)¹⁹.

Tal afectación importa una particular obligación sobre el Estado para actuar como garante de todos los derechos de aquellos privados de libertad, particularmente de los niños, toda vez que al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de Edad (Reglas de Beijing) adoptan una posición similar al establecer que el objetivo del tratamiento en establecimientos penitenciarios es:

“26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

3. Conclusión

Como queda de manifiesto en los argumentos que fundamentan la denuncia, el caso de los adolescentes privados de libertad en Chile constituye una doble violación a sus derechos humanos. Por una parte, las condiciones en que se les priva de libertad denotan un incumplimiento, por parte de la administración, de los estándares básicos establecidos por la normativa nacional e internacional, que garantizan el respeto a la vida, la dignidad y la integridad, así como la protección del desarrollo de la persona menor de edad; por la otra, al pedir y negárseles la tutela judicial efectiva, se produce una segunda vulneración a sus derechos, que es particularmente más grave tratándose de personas menores de 18 años que, según la normativa nacional e internacional, gozan de una protección prioritaria tanto en el ámbito administrativo como judicial, en virtud de los principios del interés superior del niño —establecido en el artículo 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño y en la propia Ley 20.084— y de *protección*, contenido en los artículos 3.2 del mismo instrumento y en el artículo 19 de la Convención Americana.

Situaciones como éstas son las que revelan la importancia de contar con estándares internacionales de derechos humanos que limiten el poder punitivo del Estado y regulen

¹⁹ Corte I.D.H., Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”. Sentencia de 2 de septiembre 2004, párr. 154.

las condiciones en que la administración y el sistema de administración de justicia cumplen sus obligaciones. Con no poca frecuencia, la exigibilidad de estos derechos lamentablemente sigue dependiendo más de la acción de tribunales supranacionales, que de la propia acción interna.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se cita ampliamente en la denuncia, demuestra que cuando los Estados han incumplido su obligación de proteger administrativamente y judicialmente los derechos de los adolescentes privados de libertad, estos conflictos han debido ser resueltos en sede internacional.

De este modo se pone de manifiesto, una vez más, que los derechos humanos como conquista universal son el único límite posible que se puede poner frente a legislaciones penales mal diseñadas y débilmente implementadas por la administración, dando origen a sistemas que, con frecuencia, terminan por violar los derechos que dicen proteger.

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTOS

LA CONVIVENCIA ESCOLAR, COMPONENTE INDISPENSABLE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. ESTUDIO DE REGLAMENTOS ESCOLARES

LIDIA CASAS*

CLAUDIA AHUMADA / LILIANA RAMOS / ALEJANDRO GUAJARDO**

1. Antecedentes

La convivencia escolar es un elemento constitutivo de un proceso escolar satisfactorio y productivo, premisa que constituye el fundamento del conjunto de iniciativas políticas, legislativas y programáticas desplegadas en Chile desde los 90. Iniciativas que son consistentes con la definición de derecho a la educación que los países del mundo se han dado y que se encuentra contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile a comienzos de la década pasada.

La Convención establece en sus artículos 28 y 29 el derecho a la educación y los objetivos de la misma como el de asistir a los niños en el desarrollo de sus talentos personales, y sus capacidades físicas y mentales hasta el máximo de sus posibilidades, desarrollar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, enseñar el respeto a sus padres, y a su propia identidad cultural y para con civilizaciones distintas a la suya, preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos. Sitúa este derecho en el marco de los principios generales de: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y respeto y consideración por la visión de los niños (artículos 2, 3.1, 6 y 12 respectivamente).

La política educativa ha buscado asumir este desafío desde los noventa, para lo cual se ha convocado a diversos actores sociales a construir consensos sobre este tema¹, que orienten la generación de una mejor convivencia al interior de las organizaciones educativas. Esto ha posibilitado gradualmente mejorar la participación activa de las comunidades escolares en su propio devenir, a partir de la constitución de centros de

* Abogada, investigadora principal. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales

** Equipo de investigadores colaboradores.

¹ En 2001 parlamentarios, dirigentes de las asociaciones de colegios particulares, Asociación Chilena de Municipalidades, el Colegio de Profesores, asociaciones de directores, de estudiantes, convocados por el MINEDUC y con participación activa de UNICEF, desarrollaron el documento '*Derecho de la Educación y Convivencia Escolar. Conclusiones y Compromisos*' que estableció un conjunto de criterios específicos para abordar adecuadamente las situaciones arbitrarias, abusivas o discriminatorias que pueden ocurrir al interior de los establecimientos.

padres y de alumnos como organizaciones que canalizan esta participación. En esta misma perspectiva, se han constituido los consejos escolares, como una iniciativa que propende a hacer de la educación una responsabilidad compartida por toda la comunidad. Con relación a los Reglamentos de Convivencia Escolar, se ha afirmado jurídicamente su relevancia y se ha provisto de orientaciones técnicas y metodológicas para su elaboración; junto con esto, se han desplegado programas para educar en torno a la resolución pacífica de los conflictos.

En el año 2001 el MINEDUC impulsó una Política Nacional de Convivencia Escolar, orientada a dar organicidad y articulación a los diversos esfuerzos que desde los 90 se habían venido desarrollando sobre el tema. En el marco de esta política se han desarrollado programas especiales de investigación y análisis referidos a convivencia y violencia escolar, y se han establecido mecanismos e instancias de información y denuncia.

Especialmente relevante en esta perspectiva ha sido el proceso de adecuación de los reglamentos internos a partir de lo indicado en el DFL N°2 de subvenciones que fijó la obligatoriedad de los reglamentos estableciendo parámetros mínimos² que deben cumplir para poder impetrar subvención.

Sin embargo, la existencia de algunas situaciones disruptivas al interior de los establecimientos persiste: estudios recientes constatan importantes niveles de agresividad física y psicológica en el sistema escolar³. Se observa, además, un debilitamiento en los mecanismos propios de la escuela para resolver sus conflictos internos y una percepción social de que el actuar del Ministerio de Educación es al respecto, débil y poco eficaz⁴.

En el escenario descrito interactúan múltiples dimensiones, por una parte, el locus de control principal está en manos del Ministerio: producción del marco general, difusión de orientaciones, direccionamiento y provisión de capacitación específica, procedimientos de recepción y aprobación de los reglamentos. Para otras dimensiones, en cambio, es la escuela quien tiene control e iniciativa: elaboración participativa del reglamento y difusión interna del mismo para conferirle legitimidad y, por último, aplicación de los mecanismos de resolución acordados, entre las principales.

Habida cuenta de este contexto, UNICEF, en coordinación con el Ministerio de Educación, solicitó a un equipo del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales el desarrollo de una investigación sobre reglamentos escolares, que se llevó a cabo durante el segundo semestre del 2007.

² Se debe incorporar el principio de legalidad, de debido proceso, requisito de información a los padres, improcedencia de medidas contra el alumno por deudas.

³ Convivencia en el ámbito escolar, Estudio de UNICEF, 2004. Disponible en: http://600.mineduc.cl/resguardo/resg_prot/agre/agre_estu.php. Visitado el 30 de agosto de 2008.

⁴ Véase por ejemplo, "Derecho a la Educación", en Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos 2002, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Derechos Humanos, Informe Anual de Derechos Humanos 2008. Hechos 2007, Universidad Diego Portales, Santiago, 2008, pp. 242-246.

2. Objetivos de la investigación

Analizar la calidad de los reglamentos de convivencia vigentes en los establecimientos educacionales, determinando su nivel de adecuación al orden jurídico vigente, sus principales fortalezas y limitaciones.

Complementariamente, aproximarse a los grados de participación en la elaboración y difusión interna de los reglamentos de convivencia, con el propósito de explorar su legitimidad al interior de las comunidades escolares.

3. Consideraciones metodológicas

Para la realización de esta investigación se seleccionó una muestra de reglamentos de cuatro direcciones provinciales de la Región Metropolitana. Si bien su representatividad estadística es restringida, esta muestra permite realizar adecuadamente afirmaciones extensibles, en lo general, al conjunto de los establecimientos del país. Se identificaron 250 establecimientos para analizar sus reglamentos (22,2% del universo en estudio), sin embargo, se analizaron efectivamente 189; los restantes no fueron posibles de capturar⁵.

Complementariamente, se realizaron estudios de caso en siete establecimientos de la muestra, aplicando entrevistas semi-estructuradas a directivos, docentes, apoderados y estudiantes, con la intención de indagar respecto a la generación y legitimidad de los reglamentos en las instituciones estudiadas. Se buscó indagar en establecimientos que fueran diversos en su orientación de enseñanza (científico y humanista y técnico profesional), laicos y confesionales, con dependencia administrativa distinta (municipal, particular subvencionado y de corporación privada), de educación secundaria, básica y de ambas, de un sexo o mixtos.

3.1. Dimensiones de análisis

Como se señaló, en los últimos 17 años, en Chile se han introducido importantes cambios reglamentarios, legales y se han expedido orientaciones técnicas en una serie de áreas sensibles para asegurar el derecho a la educación de todos los niños, niñas y adolescentes. La preocupación por la convivencia escolar, los fenómenos sociales que la tensionan, las demandas por mayor transparencia en los procesos de selección y marginación escolar en las comunidades educativas, constituyen aspectos que han implicado un trabajo entre las autoridades, docentes, estudiantes, directivos y sostenedores. Ello ha permitido el diálogo y la convergencia de opiniones en áreas en que los distintos estamentos de las comunidades educativas no siempre están de acuerdo.

⁵ A juicio del equipo de investigación, el número de reglamentos a los cuales se tuvo acceso constituye un hallazgo en sí mismo por cuanto entregó indicios sobre su disponibilidad y accesibilidad. A ello se suma el hecho que respecto de un establecimiento se recibieron dos reglamentos distintos sin poder distinguir cuál de los dos estaba vigente. Los reglamentos fueron solicitados y recepcionados por la Secretaría Regional Ministerial de Educación de la Región Metropolitana.

El Poder Legislativo, por su parte, en forma autónoma, también ha visto algunos de los problemas que se producen en las escuelas en que el derecho a la educación parece colisionar con el derecho a la libertad de enseñanza. Las respuestas del sistema educativo, administrativo y judicial no siempre han sido concordantes. Por ello, desde el Poder Legislativo se han propiciado propuestas normativas frente a prácticas lesivas de la dignidad de los estudiantes. Un ejemplo de ello es la discriminación por razones de sexo y género, que se manifiesta en la expulsión o marginación escolar por razones de embarazo. Pese a las reglamentaciones y orientaciones del Ministerio de Educación dictadas al inicio de la transición democrática⁶, no se ha logrado poner fin a tales prácticas; de allí el impulso desde el mundo político para prohibirlas a nivel legal⁷.

La realización de algunos estudios encomendados por el Ministerio de Educación en el año 2000 abrió nuevas líneas de trabajo para esa cartera que permitieron la instalación de mesas de trabajo para discutir las prácticas de las comunidades escolares en los procesos de selección y marginación de los establecimientos educacionales⁸. A su vez, el análisis sobre el marco normativo y la eficacia de éste dio luces sobre sus deficiencias, vacíos y principales nudos críticos, a partir de lo cual se generaron propuestas normativas que propendieron a mejorar las condiciones en las cuales se insertan los procesos de aprendizaje y a establecer algunos estándares que facilitan la convivencia escolar⁹. Así, por ejemplo, la Política de Convivencia Escolar establece que el reglamento de convivencia debe contener cinco elementos básicos: que las normas de una comunidad se apeguen al derecho vigente; que no sean contrarias ni lesivas al principio de igualdad y no discriminación; que las conductas y las sanciones estén claramente descritas y que las sanciones sean proporcionales a la falta; que las reglas sean conocidas por todos los miembros de la comunidad y que el sentido de las normas debe tener un aspecto formativo¹⁰.

A nivel legal, el DFL 2 fue modificado, a partir de la tramitación de la Ley de Jornada Escolar Diurna Completa¹¹, los cambios incluyeron, *inter alia*, la prohibición de aplicar medidas de expulsión o cancelación de la matrícula durante el año o la suspensión de clases a los

⁶ Ministerio de Educación, Circular 247 de 1991, sobre estudiantes embarazadas y madres lactantes. El caso judicial más emblemático es sin duda "Carabantes contra Araya", Corte de Apelaciones de La Serena, rol 21.633, del 25 de diciembre de 1997, que culminó con una denuncia en contra del Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente con un arreglo amistoso ante esa instancia internacional.

⁷ La Ley 19.688, de 5 de agosto de 2000, tuvo su origen en una moción de Diputados y Diputadas prohibiendo la marginación por causa del embarazo, presentada en junio de 1994 (Boletín 1251-18).

⁸ Véase Casas y Correa, Conductas Discriminatorias, Abusivas e Infundadas en contra de Estudiantes en la Selección y Marginación en los Establecimientos de Educación Básica y Media. Diagnóstico y Caracterización del Problema, Revista de Derechos del Niño N° 1, 2002, pp. 173-223, y Ministerio de Educación, Política de Convivencia Escolar hacia Una Educación de Calidad para Todos, Santiago, 2002.

⁹ El Ministerio de Educación durante el año 2000 trabajó los temas de selección, ingreso y marginación escolar, los que culminaron con propuestas de políticas públicas, normativas e institucionales para asegurar el derecho a la educación. Los resultados de ese trabajo pueden consultarse en Casas, Correa y Wilhelm, Descripción y Análisis Jurídico acerca del Derecho a la Educación y la Discriminación, Cuadernos de Análisis Jurídico 12, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, pp. 157-230, Casas y Correa, Propuestas de Políticas Públicas y Normativas sobre Conductas Discriminatorias y Abusivas en la Selección y Marginación Escolar, Cuadernos de Análisis Jurídico 12, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, pp. 231 264 y Casas y Correa, Revista de Derechos del Niño, N° 2, UNICEF y Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹⁰ Política de Convivencia Escolar, Op. Cit. pp. 65-67.

¹¹ Ley 19.979 de 2004 que modifica la Ley 19.532.

estudiantes por incumplimiento en el pago de aranceles¹² y rendimiento escolar e impuso la obligación que los establecimientos contaran con un reglamento de convivencia¹³.

En este espíritu, el reglamento de convivencia escolar debía ser algo más que un documento que estableciera reglas de disciplina, sino que pretendía crear un marco normativo acorde con el proyecto educativo de cada establecimiento, cuyo potencial es constituirse en un instrumento que regula no sólo las relaciones de los estudiantes con la escuela, sino de todos los estamentos. Las normas de convivencia deberían instalar formas de relación más democráticas desde su propia elaboración, de modo que contaran con legitimidad y respondieran a las necesidades de la comunidad, las características de cada establecimiento y de las personas que la conforman¹⁴. Ello implica la participación de todos los estamentos en su elaboración y/o revisión.

El reglamento escolar tiene una doble dimensión, pues mide la adecuación al orden jurídico vigente y puede ser un vehículo para legitimar las reglas que la propia comunidad se da conforme a sus necesidades. Este trabajo buscó constatar, a través de la revisión y análisis de reglamentos escolares de una muestra de establecimientos y del estudio de casos, todas aquellas dimensiones que deberían encontrarse presente en los reglamentos escolares.

Para el análisis de los reglamentos se establecieron cinco dimensiones: Participación, Discriminación, Acceso y Permanencia, Debido Proceso y Presentación Personal. La tabla 1 muestra las dimensiones y sub dimensiones que constituyeron la base para la construcción de la matriz de análisis de los reglamentos.

Tabla 1
Dimensiones y sub dimensiones

Dimensión	Sub Dimensión
Participación	
Discriminación	Embarazo y VIH
	Conductas sexuales
	Discapacidades
	Raza o etnia
	Religión
Acceso y permanencia	Rendimiento
	Cobros
Debido proceso	Disciplina y sentido pedagógico
	Procedimiento
	Gradualidad
Presentación personal	Uso de accesorios
	Uniforme

¹² Ley de Subvenciones D.F.L. 2, Art. 6 letra d.

¹³ Ley de Subvenciones D.F.L. 2, Art. 6 letra d y Decretos N° 511/99 y 83/2001 de Promoción Escolar.

¹⁴ Ministerio de Educación, Metodologías de Trabajo para el Mejoramiento de la Calidad de la Convivencia Escolar, 2ª ed., Santiago, 2005, p. 91.

Para establecer el parámetro de cumplimiento del reglamento se tuvo como fuente directa las normas constitucionales, legales, reglamentarias y las orientaciones emanadas por la autoridad educativa. De esta manera, respecto de cada una de las dimensiones estudiadas fue posible establecer cuáles serían las reglamentaciones óptimas y se pudo establecer cuando los establecimientos contravenían la ley¹⁵.

Ahora bien, el marco regulatorio de las escuelas en Chile varía según el tipo de establecimiento y su dependencia. Los establecimientos municipalizados, particulares subvencionados y de administración delegada cuentan con reglas específicas, no así los establecimientos particulares pagados. Así, por ejemplo, las cuestiones de cobro y selección de estudiantes se rigen por las reglas del contrato de prestaciones de servicios en los establecimientos particulares pagados. Con todo, ello no significa que la ley del contrato no tenga límites, así lo ha establecido la jurisprudencia respecto de la aplicación de sanciones, y los jueces se preguntan si ellas obedecen a criterios de proporcionalidad y siguiendo los estándares generales del debido proceso¹⁶. De la misma manera, los tribunales razonan respecto de la aplicación de sanciones sobre el atraso y no pago de los aranceles. Sobre esto último, si bien es cierto no existe un marco regulatorio, el Ministerio de Educación y los establecimientos particulares pagados suscribieron un protocolo de acuerdo en el cual éstos se comprometieron a no expulsar a sus estudiantes durante el año escolar por motivos de incumplimiento en el pago.

i) Participación

En materia de participación, las normas aplicables están contenidas en legislación específica, Decreto N° 524 de 1990, modificado por el Decreto N° 50 de 2006, y en términos generales fluye del numeral 15 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el derecho a asociación sin permiso previo. Estas normas establecen que los establecimientos reconocen el derecho de los estudiantes a organizarse en sus propias instancias sin la intervención de los directivos del establecimiento.

Por su parte, la participación de apoderado/as es un derecho, de la misma manera que para los estudiantes, y está concebida como una labor que integre a la familia en la misión educativa de la escuela. Por lo mismo, debe entenderse que los padres y madres pueden ejercer voluntariamente ese derecho, por lo cual el establecimiento no puede condicionar la matrícula a la participación en los centros de padres y, por consiguiente, exigir el pago de las cuotas, en conformidad a lo dispuesto en el Decreto 565/90 (Aprueba Reglamento General de Centro de Padres y Apoderados), el Decreto 732/97 (Aprueba acta y estatuto tipo para los Centros de Padres y Apoderados que soliciten el otorgamiento de personalidad jurídica).

¹⁵ En tabla anexa se muestra las dimensiones y sub dimensiones, las fuentes legales y las orientaciones ministeriales disponibles.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1961-04, julio de 2004.

La Ley 19.979 creó los Consejos Escolares, los que están concebidos como espacios de participación para todos los miembros de la comunidad a través de representantes elegidos por cada uno de los estamentos¹⁷, y que son consultados respecto de la vida y gestión del establecimiento. Su carácter es además propositivo e informativo, y sus decisiones sólo podrían ser resolutivas cuando así estuviere dispuesto por el sostenedor. Estos espacios de participación no son obligatorios para los establecimientos particulares pagados.

ii) Discriminación

El tratamiento sobre la discriminación en los espacios educativos se halla regulado en diversos cuerpos legales en áreas específicas. Decimos reglamentar puesto que es un principio general de nuestro ordenamiento la no discriminación y el respeto al derecho a la igualdad. La discriminación puede afectar a los estudiantes, ya sea por su orientación sexual, la apariencia física, origen étnico o racial, capacidad de aprendizaje, el credo que profesen, el estado civil de sus padres y las opiniones que éstos expresen.

Entre los ámbitos de regulación especial se encuentra la prohibición de discriminación a embarazadas o en situación de maternidad¹⁸, a quienes se les deberá dar las facilidades académicas para asistir regularmente a sus controles de pre y post parto y flexibilización en la asistencia a clases, cuando la situación médica lo amerite. La reglamentación de esta norma está prevista en el Decreto 79 de marzo de 2004.

A su vez la Ley sobre VIH prohíbe la discriminación a estudiantes por estar afectado/as por esta enfermedad¹⁹. El Ministerio de Educación también ha impartido instrucciones, Circular N° 875 de 1994, que entregan orientaciones especialmente a los profesores jefes de curso para el manejo de estas situaciones, a fin de facilitar la permanencia, asistencia y evaluación de los niños, niñas y adolescentes afectados o enfermos de VIH/SIDA.

La legislación ha hecho avances también en el sentido de propiciar medidas positivas para integrar niñas y niños con necesidades especiales, ya sea por discapacidad²⁰ o situación de vulnerabilidad social²¹.

El tratamiento de la discriminación por credo o religión merece una especial mención. La existencia de establecimientos confesionales no los exime de cumplir con la obligación genérica de no discriminación. No obstante, la escuela puede exigir el cumplimiento de ciertas conductas relativas a la orientación religiosa de la misma. A su vez, el Decreto Supremo N° 924 de Educación de 1983 señala que los establecimientos escolares podrán

¹⁷ Artículos 7, 8, y 9 de la Ley 19.979.

¹⁸ LOCE 18.962, artículo 2 inciso tercero y final modificada por la Ley 19.688 de 2000.

¹⁹ Ley 19.779.

²⁰ Ley 19.284 de 1998 y el Decreto Supremo N° 1 establece la posibilidad de impetrar una subvención equivalente a la educación especial.

²¹ La modificación a la Ley de Jornada Escolar Completa (Ley 19.979) estableció en la obligatoriedad de los establecimientos subvencionados contar con un 15% de niños en vulnerabilidad social.

impartir clases de religión de la elección del establecimiento entre distintas opciones religiosas, las que en todo caso serán voluntarias. Para ello, los padres deberán manifestar por escrito si desean o no la enseñanza de religión. El Ministerio de Educación mediante el Decreto 264 de marzo de 1997 aprobó un programa de instrucción de religión evangélica protestante en los ciclos de enseñanza básica²².

Por último, en esta sección también se han consignado como variables la regulación que hacen los reglamentos escolares sobre aspectos relativos a la manifestación de afectividad entre los estudiantes, sean hétero u homosexuales, cuestión que involucra el derecho a la intimidad y privacidad de los estudiantes.

iii) Acceso y permanencia

La situación sobre cobros, como hemos dicho, está especialmente prevista en el D.F.L. 2 sobre Subvenciones, que establece que los establecimientos no podrán suspender de clases o marginar del establecimiento durante el año lectivo, ya sea por rendimiento escolar o atraso o no pago de los aranceles. Ello es sin perjuicio que el establecimiento pudiera cancelar la matrícula al final del año escolar por estas causales.

iv) Debido proceso

Todas las normas del debido proceso deben estar aseguradas en el reglamento de convivencia. Ello se desprende de la política y también de las normas generales del derecho. De tal manera que deben estar claramente especificadas las conductas merecedoras de sanción, las sanciones y los procedimientos en virtud de los cuales éstas se aplican. Lo relevante es que las reglas de convivencia deben tener un sentido formativo y, por ello, además las normas deben guardar un sentido de proporcionalidad y gradualidad en la aplicación de las sanciones.

v) Presentación personal

Se ha incluido como dimensión de estudio la presentación y uso de uniforme. Sin embargo, los resultados de esta variable no constituyen una dimensión dura que informe si los reglamentos se encuentran apegados al derecho vigente, toda vez que en esta materia sólo hay recomendaciones, no así normas vinculantes.

Esta es una materia que constituye un ámbito de permanente conflicto entre estudiantes y directivos, en que la aplicación constante de sanciones por esta causal puede significar la marginación de un estudiante del establecimiento escolar

²² En este sentido, véase Decreto 264 de marzo de 1997 "Programa de Religión de las Iglesias y Asociaciones Evangélicas de Chile".

3.2 Clasificación del nivel de cumplimiento

Respecto del nivel de cumplimiento de lo establecido en cada una de estas dimensiones, se identificaron dos categorías posibles: “*se ajusta*”, cuando satisface -aún de modo mínimo y formal- lo establecido en el orden legal; “*no se ajusta*” cuando contiene contravenciones al orden legal.

En el análisis detallado se ha incluido en casi todas las dimensiones una alternativa “*omite*”, cuando no se aborda en el reglamento la temática. Esas omisiones no fueron consideradas contravenciones por lo que no implican que el reglamento que omite en alguna dimensión sea considerado como “*no se ajusta*”.

En el caso de la sub dimensión procedimiento de la dimensión debido proceso, la omisión es clasificada como “*no se ajusta*”, ya que la ley exige a los reglamentos ser explícitos al respecto.

4. Resultados

Como el estudio combina una aproximación cuantificable con otra eminentemente cualitativa, los resultados se presentan en dos secciones.

4.1. Mirada cuantitativa

Analizando, en términos agregados, los resultados de los 189 reglamentos estudiados se observan los siguientes hallazgos:

Tabla 2
Principales resultados, dependencia y modalidad (%)

	Se ajusta	No se ajusta
TOTAL	49,2	50,8
Nivel		
Básica	53,8	46,2
Media	42,9	57,1
Básica y Media	44,2	55,8
Dependencia		
Municipal	51,4	48,6
Particular subvencionado	44,8	55,2
Particular no subvencionado	50	50
Corporación privada	100	0

Como se aprecia, sólo prácticamente la mitad de los reglamentos se ajustan al orden legal vigente, en tanto la otra mitad no lo hace. Al analizar por nivel y dependencia se aprecia que el nivel de cumplimiento (entendido como adecuación al orden legal) es mejor en las escuelas básicas y en los establecimientos municipales y es más deficitario entre los establecimientos particulares subvencionados y los liceos de enseñanza media.

Respecto del análisis por dimensiones:

Tabla 3
Resultados, dimensión y sub dimensión (%)

Sub dimensión	Se ajusta			No se ajusta	
	Se ajusta	Omite	Total		
Participación	43,6	52,7	96,3	3,7	
Discriminación	Embarazo y VIH	13,2	79,8	93,0	7,0
	Conductas sexuales	1,6	60,9	62,5	37,5
	Discapacidades	17,9	82,1	100,0	0,0
	Raza o etnia	5,3	94,7	100,0	0,0
	Religión	6,0	87,7	93,7	6,3
Acceso y permanencia	Rendimiento	13,8	83,6	97,4	2,6
	Cobros	7,9	91	99,0	1,1
Debido proceso	Disciplina y sentido pedagógico	47,6	8,5	56,1	43,9
	Procedimiento	62,0	N/A	62,0	38,0
	Gradualidad	70,4	18,0	88,4	11,6
Presentación personal	Uniforme	84,6	14,4	99,0	1,1
	Uso de accesorios	*			

*Esta sub dimensión no se consideró en la clasificación final sobre contravención o no de las normas, sin embargo, si se consignó el carácter de las normas que se contienen.

Tabla 3.1
Clasificación de la sub dimensión uso de accesorios (%)

Contiene normas fundadas	17,1
Contiene normas no fundadas	68,4
Omite	14,4

De esta revisión, llama la atención que si bien los reglamentos en general tienden a ajustarse en varias de las dimensiones, existen tres dominios que son especialmente complejos de abordar: las conductas sexuales, la materialización del derecho a través del debido proceso (ámbitos en que existen disposiciones legales y constitucionales aplicables) y la presentación personal sobre la cual, si bien no hay normas explícitas, pueden remitirnos al derecho de expresión, identidad o vida privada de los jóvenes. Estas dimensiones refieren

a la dificultad de la escuela como institución de asumir la realidad de sujetos de derecho de sus estudiantes.

Mención aparte amerita la omisión. Como se señaló, en general, es valorada como ‘se ajusta’. Sin embargo, es importante relevar los dominios donde los reglamentos, si bien no contravienen la norma, no dicen nada. La ausencia de una explicitación de una regla especial no debiera ser una cuestión preocupante, pues en todo aquello que no se dice siempre está la norma legal en que se sustenta la norma debida. Es posible considerar la tensión si es que la omisión admite una lectura de no desear explicitar ciertos temas y que, de surgir problemas, permita a los establecimientos responder en forma contingente.

Los ámbitos de la convivencia escolar que se encuentran ausentes en los reglamentos escolares son los relativos a la discriminación por raza u origen étnico (94,7%); rendimiento escolar (89,4%), libertad de culto o religión (86,7%), discapacidad (82%) y discriminación por embarazo o VIH/SIDA (79,8%). El único ámbito en que los actores tienen conciencia de la discriminación es respecto a las estudiantes embarazadas, en que las prácticas se han modificado a partir de lo normativo, tal como apareció en este estudio.

4.2 Mirada cualitativa

Al complementar el análisis con la información relevada en los estudios de caso realizados en siete establecimientos de la muestra, nos encontramos con lo siguiente:

- **Reacción frente a la investigación:** De los establecimientos inicialmente considerados, tres se negaron directa o indirectamente a participar del proceso; entre los restantes despertó interés en conocer cuáles son los objetivos a mediano plazo de parte del Ministerio en este ámbito. En general, los directivos intencionaron la identificación de los entrevistados, cuestión que afecta los resultados. Sin embargo, la cantidad de entrevistas realizadas permite realizar afirmaciones sin grandes riesgos.
- **Las familias y la escuela:** Los docentes y directivos de los establecimientos advierten que muchas familias no están compenetradas ni tienen interés en los procesos de aprendizaje de los hijos. Frases como “los chiquillos están solos”, que no hay apoyos de la familia, que los padres no se comprometen, aparecen en los discursos de directivos y docentes. De allí que algunos de los directivos entrevistados opinen que son pilares para los adolescentes, pues no tendrían apoyos en sus casas. En un sentido similar, aparece en los discursos que algunas cuestiones que surgen como problemas en la escuela no pueden ser resueltas bien cuando los padres, por ejemplo, muestran similares situaciones de comportamiento disfuncional; en otras palabras, no se les puede exigir a los estudiantes más allá de lo que dan, pues no tendrían los referentes adecuados en el hogar.
- **Participación: i)** En todos los establecimientos había una institucionalidad para la participación, había orgánicas específicas frente a la presencia de padres y apoderados

y centro de alumnos. *ii)* La percepción general es que las organizaciones estudiantiles son representativas del alumnado, pero esta área también muestra aprehensión: para algunos es un riesgo que las campañas “por listas” politicen las elecciones; para otros lo más relevante era que los estudiantes tuvieran una campaña, mostrarán sus programas y eligieran a sus representantes en un proceso democrático. *iii)* Los docentes, por su parte, muestran realidades diversas: en algunos establecimientos sus únicas expresiones están en el consejo de profesores o servicio de bienestar, mientras que otros establecimientos muestran la existencia de sindicatos, no siempre percibidos como representativos del sentir de los docentes.

- **Convivencia: i)** Las relaciones entre los distintos estamentos, en general, son buenas aun cuando en algunos casos la tensión con el centro de padres se explicita, pero sin que se señale las razones para los desencuentros con la autoridad escolar; lo mismo ocurrió en otro caso con el centro de alumnos. En aquellos establecimientos municipales, en que la convivencia no es buena, se refiere a la existencia de pandillas o riñas, y la responsabilización por la situación no está claramente elaborada por los/as entrevistado/as. *ii)* La percepción sobre una buena o mala convivencia y la utilidad de los espacios de diálogo del Consejo Escolar parecía estar marcada por la movilización estudiantil de 2006. Esta habría tensionado las relaciones no sólo con los alumnos sino también con los docentes. Se aprecia que en algunos de ellos ni siquiera se había sesionado desde el término del movimiento estudiantil, y los directivos entrevistados estaban conscientes de este déficit.
- **Elaboración, difusión, aplicación y revisión de los reglamentos: i)** Las entrevistas dieron cuenta que en todos los casos hay reglamentos escolares, y que éstos se actualizan. Mayoritariamente se difunden a través de la agenda, se da lectura del mismo a los apoderados en la primera reunión de padres/madres, o se entrega al momento de la matrícula. La entrega del reglamento a los padres y no a los estudiantes fue razonado en términos que los padres son las personas que celebran el contrato con la escuela y por ello deben tomar conocimiento de las reglas aplicables. De allí que para los padres el reglamento es “el papelito” que se entrega al momento de la matrícula, no teniendo claridad respecto de la relevancia del documento. El Reglamento cobra relevancia sólo al momento del conflicto, incluso para los estudiantes entrevistados quienes no siempre conocían el reglamento. *ii)* Los procesos de elaboración son claramente disímiles y el conocimiento sobre el proceso de elaboración del mismo también es dispar. En la mayoría de los casos no había una narrativa de quién lo había elaborado, cuándo y cómo. Las respuestas sugeridas eran que lo había elaborado la dirección o simplemente el colegio. *iii)* En todos los casos se advierte una experiencia de constante actualización de las reglas del juego. Ello estaría relacionado con la necesidad de advertir las nuevas situaciones no previstas en el reglamento y que ameritarían ser consideradas como faltas. De esta manera, se van integrando aspectos no considerados y que debían ser consideradas

como faltas. En esta situación se integran las respuestas sobre utilización de los espacios virtuales (web) para denostar a otros miembros de la comunidad. **iv)** Existen normas que tipifican o describen las conductas merecedoras de sanciones que son clasificadas de leves, graves a gravísimas. De la misma manera se van graduando las sanciones que acompañan estas conductas. En todo caso, más allá de la gradualidad, las clasificaciones no siempre distinguen entre conductas relativas a cuestiones administrativas —como los atrasos o la falta de materiales o tareas— que, de ser recurrentes, generan sanciones más drásticas, de otras como los incumplimientos por cuestiones de presentación y disciplinarias en el sentido más estricto. Así, la tipificación de conductas y las sanciones no siempre poseen un sentido pedagógico, ni tampoco de proporcionalidad. Los estudiantes están más conscientes de ello que directivos o docentes, y por lo mismo podríamos decir con un mayor nivel de cuestionamiento de las mismas. **v)** Con todo, y pese a lo drástico de las reglas que se dan, las comunidades terminan flexibilizando las reglas pues reconocen que, de aplicarlas a cabalidad, se generarían mayores niveles de marginación escolar por incumplimiento. Es decir, también hay un sentido de realidad, pero en ese proceso, la eficacia de los reglamentos o parte de él se pierde. **vi)** En el discurso de los directivos entrevistados/as no sólo no se advierte la necesidad de contar con un mecanismo de revisión de las sanciones aplicadas, sino se vislumbra un rechazo a la posibilidad de contar con procedimientos internos de revisión, pues opinan que minaría las decisiones que adopta la dirección o los docentes. En este sentido, el procedimiento en virtud del cual se aplican las sanciones tampoco es claro y tiene amplios márgenes de discrecionalidad.

- **Presentación personal:** **i)** Una de las cuestiones más problemáticas para los directivos de los establecimientos escolares en la convivencia escolar es la presentación personal de los alumnos. **ii)** Este tema se encuentra altamente detallado en los reglamentos escolares. Se establece el uso obligatorio de uniforme en cada uno de los casos estudiados; el largo, color y la presentación de pelo en hombres y mujeres; la utilización de adornos; el uso de maquillaje; el largo de faldas; el uso y forma de uso de pantalones; y los tatuajes. **iii)** Para algunos directivos entrevistados, la naturaleza y sentido de las normas radica en el tipo de enseñanza y la formación necesaria para la vida e inserción laboral y profesional de los alumnos. Esto se advierte con claridad en los establecimientos de formación técnico profesional en que se cultiva la buena presentación como un elemento necesario para el mundo laboral. En otro, era posible advertir que los adornos o el pelo en los ojos pudiera comprometer la seguridad en el manejo de ciertos equipos en la escuela (establecimiento industrial). Complementariamente se encuentra la necesidad de uniformar a fin de que los estudiantes no se distinguieran por clase social o capacidad adquisitiva de origen. El uniforme aparece en la retórica del mundo escolar como una forma de igualación social necesaria, de otra manera, la calidad y marca de las zapatillas, por ejemplo, mostraría la “opulencia” de algunos y la escasez de otros. No se advierte, salvo los casos indicados, un discurso que presente el sentido pedagógico de estas reglas. **iv)** Todos los entrevistados

coinciden que esta es un área de constante fricción con los estudiantes; un directivo expresó que “esta es una lucha diaria” y, por lo mismo, en algunas comunidades el reglamento escolar se había modificado en esta materia con la expresa participación del cuerpo estudiantil. El razonamiento fue que los estudiantes se comprometieran con las reglas adoptadas y se lograran mayores niveles de observancia de las mismas. **v)** Pese a la detallada reglamentación, el nivel de eficacia no es el óptimo, y la postura frente al incumplimiento de la misma tiene altos grados de discrecionalidad de la autoridad escolar. Como se pudo establecer, una comunidad utilizaba “el viernes sin uniforme” como una forma de premiación al buen comportamiento durante la semana.

- **Rendimiento:** Los casos estudiados muestran que, en general, el rendimiento puede ser una causal de eliminación o marginación del establecimiento. Cuando ello ocurre, en todos los casos está previsto en el reglamento escolar. Aparece en la lógica de los directivos de los establecimientos que si fueran más estrictos o rigurosos en este ámbito, no tendrían matrícula, por lo cual la aplicación de las reglas también se flexibiliza.
- **El tema del embarazo:** *i)* Está previsto en cada uno de los reglamentos escolares. Todos los actores entrevistado/as advierten que se han efectuado cambios de reglas principalmente a partir de la modificación de la legislación. Aún cuando en una entrevista se hizo referencia a la primera circular sobre la materia de 1991, el directivo señaló que, en la práctica, los cambios se realizaron a partir de la modificación a la LOCE, y luego con la Ley de Jornada Escolar Completa. *ii)* En todos los casos se ha previsto una reglamentación que sigue la idea de un descanso de pre y post natal laboral. Es decir, y por lo general, a partir del séptimo mes del embarazo la joven no acude a clases presenciales, asiste una vez a la semana a que se le entreguen tareas o a rendir pruebas, y luego del embarazo se espera tres meses antes de que asista nuevamente al establecimiento. En un solo establecimiento habían elegido el sexto mes, y la regla tenía como fundamento una situación problemática con una alumna. El director indicó que el colegio no tenía las condiciones para tener a alumnos en períodos más prolongados del embarazo y no podía ser responsable si algo sucedía en las instalaciones de la escuela. Llamó la atención que en más de una entrevista los directivos señalaran que no era de su agrado la reglamentación legal vigente de prohibir la marginación por causa de embarazo, pero que estaban obligados a aceptarla.
- **El VIH o SIDA:** es un tema ausente de todos los reglamentos escolares. Salvo el caso de una escuela, la narración de la presencia de SIDA en una apoderada apareció sólo en la entrevista de una docente en la que se relataba la experiencia de acogida que la comunidad de su curso tuvo con ella.
- **Comportamiento sexual:** *i)* Así como la presentación personal y la disciplina, las cuestiones sobre comportamiento sexual se encuentran más reglamentadas. En este sentido, en aquellas comunidades de colegios mixtos no estaba prohibido

“pololear”, pero las expresiones o muestras de gran afectividad sí, de tal manera de no permitir que los estudiantes creen que “están en la plaza o en el living de su casa”. *ii)* Una cuestión distinta provocó las preguntas por la existencia de alumnos cuya orientación sexual no fuese heterosexual. En cada uno de los establecimientos, los estudiantes entrevistados dieron cuenta de pares homosexuales o lesbianas. No siempre los directivos reconocieron tal situación. La respuesta estándar de parte de los estudiantes era que “los gays” no eran molestados siempre y cuando no tuvieran un comportamiento abiertamente homosexual en la escuela.

- **Libertad de culto:** *i)* Se pudo establecer que en todas las comunidades educativas había heterogeneidad de credos, incluso en aquellas con una clara orientación religiosa. *ii)* Que las familias no escogían la escuela por ello, sino por otros factores como calidad de educación, proximidad y precio. *iii)* Salvo un establecimiento, en todos se impartían clases de religión católica y, pese a ser discursivamente voluntarias, en la práctica la asistencia a ellas era obligatoria. *iv)* El razonamiento sobre la obligatoriedad es que no estaban en condiciones de ofrecer otras actividades pedagógicas de reemplazo, y por ello se obligaba la asistencia. Por su parte, los padres no parecían cuestionar ese orden de cosas. *v)* En el único establecimiento en que no se impartía religión, el cambio se originó en un problema al interior de la comunidad y se razonó el cambio explicando que el mundo laboral no exige que sus trabajadores sean creyentes o no; las horas pedagógicas fueron reemplazadas por otras actividades pedagógicas.

5. Conclusiones

El reglamento como herramienta de convivencia

Este trabajo ha permitido dar luces sobre un aspecto central de la convivencia escolar en que no sólo se debe mirar las reglamentaciones internas sino cómo éstas se viven en cada comunidad educativa.

El reglamento o manual de convivencia es el documento sobre el cual debería articularse no sólo la identidad de la comunidad desde su proyecto educativo institucional, sino también establecer reglas para todos los estamentos.

La realidad, sin embargo, muestra que los reglamentos están enfocados principalmente como un conjunto de reglas que se orientan a cuestiones disciplinarias, que no miran el conjunto de la comunidad, las relaciones ni las responsabilidades de todos los estamentos en la construcción de esa realidad.

De alguna manera, en esta lógica subsiste una cultura del contrato dirigido, en que las obligaciones de una de las partes de esta relación se encuentran rigurosamente

detalladas, pero se omite una serie de otros aspectos igualmente relevantes para asegurar una sana convivencia.

La mayoría de los establecimientos han consignado y ajustado su normativa en los ámbitos de la presentación personal, y en especial el uso de uniforme, la gradualidad y proporcionalidad de las sanciones, y en tercer lugar los procedimientos, tal como lo indican las tablas anteriores.

Es significativo que una proporción importante de establecimientos reconozca la gradualidad y proporcionalidad de las medidas que aplican, lo que alcanza un 70,37%, pues insta a que las comunidades hagan un camino antes de aplicar las sanciones más drásticas a un estudiante. Sin embargo, las prácticas que se revelan a través del estudio de casos muestran algunas debilidades que la cultura escolar debe subsanar, cual es la ausencia o sentido pedagógico o formativo de las medidas que se aplican.

El discurso de quienes aplican estas medidas no logra instalar en la comunidad el sentido normativo de éstas, o las justificaciones que expliquen para qué fueron creadas. Destaca, en todo caso, la reflexión que hay entre algunos docentes/directivos que el enfoque tradicional y disciplinario es limitado, que es posible incentivar buenos comportamientos a través de la premiación, y no sólo concentrarse en el poder disciplinador del castigo.

Como ya dijimos, se aprecia una diligente reglamentación sobre uso de uniforme y otros aspectos relativos a la presentación personal de los estudiantes. El uso de uniforme como norma de presentación personal no tiene correlato en norma obligatoria. Se puede ver que se ajustan 160 de los 189 reglamentos escolares, lo que representa el 84,6% del total de la muestra, siendo éste el porcentaje más significativo en el cumplimiento o adecuación de los reglamentos escolares a la normativa y las orientaciones técnicas vigentes.

Estos resultados puede leerse de varias formas: que lo valorado no sólo son las reglas *per se*, sino la uniformidad; y lo segundo, que la presentación se convierte en uno de los elementos más relevantes para la disciplina escolar, aunque sin precisar cuál es el rol formativo que juega.

El uniforme o "*la uniformidad*" es valorado para una mejor inserción laboral en la lógica de los establecimientos técnico-profesionales, pero el uso de uniforme y la presentación está presente en todos los establecimientos educacionales. Podríamos considerar que los aspectos formativos de la presentación personal disimulan que la reglamentación en esta materia da claras señales sobre un "deber ser" social que no acepta o aprecia la diversidad, o que cierto tipo de manifestaciones están prejuiciadas por los estereotipos.

Pese al razonamiento acerca del discurso sobre la igualdad social, ocurre que, en la práctica, la calidad del tipo de uniformes, zapatos y otros muestra que esa desigualdad existe, y que la manera de enfrentarla debiera ser distinta.

Omisiones significativas del reglamento

Los reglamentos no sólo deben medirse por lo que dicen sino también por sus omisiones. Estas cobran vida, o se hacen evidentes, cuando “el derecho escolar” debe operar y en ese contexto la reglamentación se pone a prueba. Cuando no hay normas, se podría argumentar que los establecimientos escolares pueden tomar el camino de las prácticas ya establecidas, las que pueden o no coincidir con los marcos legales existentes.

Como se señaló, los temas relativos a la discriminación por: raza u origen étnico, rendimiento escolar, libertad de culto o religión, discapacidad y discriminación por embarazo o VIH/SIDA, se encuentran ausentes en los reglamentos escolares.

De esta manera, no se trata de evaluar lo que los reglamentos dicen, sino qué quieren decirnos las omisiones y porqué estas materias estarían ausentes. La diversidad de la sociedad chilena es evidente; ello se presenta no sólo ante una composición nacional distinta que se aprecia en Santiago y en otras ciudades del país, sino también en la visibilización sobre formas de vida y condiciones de los sujetos que antes se ocultaban, tales como la homosexualidad y la discapacidad (tanto física como mental).

Nuestro país ha hecho cambios en el reconocimiento de esta diversidad, sin embargo, ello aún no aparece en los discursos normativos de las escuelas, pese a que esta realidad está presente en todos los establecimientos. Pudimos constatar que, en el discurso especialmente de los y las estudiantes, se hace visible la existencia de ciertos colectivos, tales como lesbianas y gays, de niños y niñas con problemas de aprendizaje, de inmigrantes.

También pudimos constatar que en una comunidad ello dio paso a situaciones de sanción o marginación por la orientación sexual de las estudiantes. En todo caso, son los jóvenes los que hablan con menos prejuicios que los adultos sobre estos temas, lo que muestra además los cambios generacionales que vive el país.

El respeto por la libertad de credo y conciencia de los miembros de las comunidades no aparece resguardado ni en los reglamentos ni en las prácticas de las escuelas. Es relevante consignar que incluso los establecimientos laicos o no confesionales estudiados, en la práctica, obligan a sus estudiantes a asistir a clases de religión. En todos los casos, las clases corresponden a la visión católica; lo relevante es que ello se produce incluso cuando los directivos y docentes reconocen que una proporción significativa del cuerpo estudiantil no comparte ese credo. Ello es una vulneración de la libertad de conciencia del cuerpo estudiantil.

La elección de las comunidades esconde también que las madres y padres, cuando optan por un establecimiento, no necesariamente buscan un establecimiento confesional, sino que los factores determinantes han sido la calidad y el precio de la educación. Por ello, es relevante tener claridad en que la orientación religiosa de un establecimiento no sea una exigencia para el cumplimiento de la obligación general de no discriminar por credo.

Es posible colegir que el mensaje que trasciende es que las minorías, en una sociedad democrática, deben aceptar sin más los enunciados o prácticas de las mayorías, prescindiendo del carácter laico del Estado o el respeto de éstas. En el caso de los adolescentes con una orientación sexual distinta a la considerada como normal, se les imputa a ellos la tolerancia, que se entiende como aceptación mientras no se visibilicen.

Por último, la ausencia de normas específicas respecto del rendimiento escolar de los estudiantes y su relación con la permanencia en la escuela es una cuestión preocupante. El marco normativo actual permite la no renovación o cancelación de la matrícula al final del año lectivo por esta causa, pero aparece con claridad que las comunidades no cuentan ni tienen claras políticas de apoyo a los aprendizajes. Desde ese punto de vista, este es un tema que constituye un desafío para el mundo escolar.

El reglamento y la participación

Los resultados de este trabajo demuestran que la participación de los distintos estamentos no está validada en el espacio normativo. El reglamento debe ser una herramienta articuladora que permita a todos los miembros de la comunidad educativa tener una voz. Sin embargo, sólo un 43% de los reglamentos “*se ajusta*”, es decir, contempla una norma específica en que se reconoce a estos cuerpos intermedios.

En las comunidades, aún cuando reconozcan discursivamente que la elaboración de sus normas debe realizarse bajo un proceso participativo, y hay muestras de avance en ese sentido, persisten problemas. Los padres y las organizaciones de padres no parecen apropiarse del reglamento de convivencia como una instancia de participación, incluso a nivel de consejos escolares.

La práctica indica que las reglas de convivencia son dinámicas y que, por lo mismo, tienen la potencialidad de ir creando una cultura escolar más integrada y aprendida por todos. En la totalidad de los casos analizados hay una experiencia de constante actualización de las reglas del juego. Ello implicaría la necesidad de advertir las nuevas situaciones no previstas en el reglamento y que ameritarían ser consideradas como faltas o la ocurrencia de algunas situaciones que no se habían considerado antes y que aparecían como relevantes a la luz de lo que acontecía en la realidad de esa comunidad educativa.

En otras palabras, el dinamismo para la revisión y elaboración de nuevas reglas no es tomado como una oportunidad para el conjunto de la comunidad educativa, especialmente para quienes son beneficiados, alumno/as y padres y madres.

El reglamento, desde ese punto de vista, aparece como una especie de entelequia en que las personas (padres/madres e incluso estudiantes) acceden o aprenden de él sólo al momento del conflicto. Antes de ello, su conocimiento es limitado, pues no hay pautas de trabajo sobre convivencia escolar que tengan como herramienta el reglamento.

Se advierte la repetición de patrones burocráticos —lectura del reglamento en la primera reunión de apoderados— como si ello fuera suficiente para que todos conocieran las normas y, peor aún, su sentido formativo. Es un discurso común entre los entrevistados de este estudio que el reglamento es conocido por todos, simplemente porque se encuentra en la agenda escolar o se ha entregado al momento de la matrícula.

El reglamento vivo: manifestación de la realidad

Una convivencia sana tiene como premisa, entre otras, contar con marcos normativos acotados, que utilicen un lenguaje preciso y que puedan responder a las necesidades de la comunidad. La claridad del lenguaje debe tener consistencia interna, es decir, con el proyecto educativo institucional. Vale recordar que, cualquiera que sea el proyecto educativo, éste debe tener como marco básico el respeto de todas las personas, su dignidad y derechos. La mera declaración de una orientación no es una justificación que exima del cumplimiento de la ley o el respeto de los derechos.

La incertidumbre o la interpretación de normas poco precisas promueven la pérdida de utilidad de los reglamentos o eficacia de las normas, pues no están en condiciones de entregar pautas de conducta o limitar la discrecionalidad en su aplicación. Esta es una de las debilidades de los reglamentos. Un ejemplo sucede cuando se regula las relaciones afectivas de los estudiantes en la escuela, se usan términos como “conductas contrarias a la moral y las buenas costumbres”. Para algunos esta expresión puede incluir los besos y caricias hasta la práctica de sexo al interior del establecimiento. Así, la ambigüedad en el lenguaje permite y abre el camino a la discrecionalidad, y con ello a la arbitrariedad.

El lenguaje es un vehículo, y si éste no es claro tampoco será el mensaje que desea comunicar. Los reglamentos pierden su peso y legitimidad si sólo están concebidos como un mero trámite, con un lenguaje lleno de buenas declaraciones, que en la práctica no se logran realizar.

Las debilidades presentes en los reglamentos escolares en materia de sexualidad son evidentes. Ello constituye el tercer lugar de las dimensiones que “no se ajustan”, representando un 37,5% de los reglamentos estudiados, equivalente a 71 establecimientos. Ello resulta paradójico, toda vez que se disciplinan áreas del comportamiento humano que las propias escuelas, y el sistema educativo en general, se han resistido a incorporar temáticamente en las mallas curriculares. Entonces, si se asocia la mirada más sancionadora con uso impreciso o ambiguo del lenguaje, el mensaje que se entrega a los jóvenes es que es complejo hablar de estos temas en forma clara, y que nuestras prácticas discursivas muestran cómo el mundo adulto en la escuela elude estos temas, pese a que están presentes en cada minuto de la vida en comunidad.

Otra área problemática es la inexistencia de reglas sobre procedimientos para aplicar sanciones, lo que representa un 38%, equivalente a 72 establecimientos. Como señalamos, cuando no existe una regla opera la discrecionalidad. Esto es altamente preocupante pues la

Política de Convivencia Escolar recomienda y establece como elemento central la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso a los y las estudiantes. El derecho a ser oído no es entendido ni siquiera como un espacio formativo, pues se entiende que ello sólo se produce en el diálogo en el transcurso de los problemas y no necesariamente en la respuesta a ellos. La posibilidad de que las comunidades educativas cuenten con mecanismos de reconsideración o apelación es percibida como una amenaza o desautorización. Por ello, esta es una cuestión que debe ser abordada para que se entienda el sentido de un procedimiento y su relación con el debido proceso, de tal manera que la aplicación de sanciones tampoco sea percibida como una arbitrariedad sino que responda a los elementos de formación ciudadana.

En materia disciplinaria, el problema más común es que las sanciones sean contrarias a las impartidas por la autoridad, o que la tipificación o descripción de la falta sea tan amplia que no permita tener claridad respecto de la conducta que se sanciona.

Uno de los desafíos más importantes es que los reglamentos escolares no pierdan eficacia. En este sentido, lo que se observa en las prácticas es una brecha entre lo establecido entre las normas internas y lo que finalmente se utiliza. Las comunidades flexibilizan la aplicación de medidas disciplinarias, especialmente cuando el costo asociado de imponerlas es excesivamente gravoso para los estudiantes o, incluso, para la comunidad.

Identificamos numerosos ejemplos que se dan cotidianamente en las comunidades, tales como el uso de *piercing*, el largo del pelo, el uso de celulares, en que pese a estar prohibidos, los directivos perciben que han perdido la batalla. Por lo mismo, las normas pierden sentido y eficacia. El celular o el MP3 llegaron para quedarse en la escuela, por lo cual la prohibición de ingreso de estos artefactos no aparece efectiva ni viable, ni tampoco la aplicación de sanciones en este sentido.

Por todo lo anterior, no resulta recomendable que los reglamentos de convivencia escolar se conviertan en un ente regulador, con duras sanciones, que finalmente no se aplicarán.

Dimensión	Sub dimensión	Comentario	Fundamento legal	Orientación política de MINEDUC
Participación: Consejo de Padres, Alumnos, Consejos Escolares.		Esta dimensión evalúa si existen instancias oficiales de participación de padres y estudiantes en el establecimiento.	<p>Art. 19 N° 15 CPR.</p> <p>Ley 19.979 de JEC. Decreto N° 565 de 1990. Decreto 828/95.</p> <p>Art. 22 Ley de Subvenciones. Decreto 1347/96, 732/97 Estatuto tipo para crear Centro de Padres.</p> <p>Decreto N° 524. Centro de Alumnos.</p> <p>Decreto 024/2005 reglamenta consejos escolares.</p>	Políticas MINEDUC: se remite a la normativa vigente.
Discriminación	Discriminación por embarazo o VIH	Esta dimensión evalúa si las normas del establecimiento sobre el trato a alumnas embarazadas o estudiantes viviendo con VIH se ajustan al derecho vigente.	<p>Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la educación.</p> <p>Ley N° 18.962 LOCE, Art. 2° inc. 3° y final. Ley 19.779.</p> <p>Ley N° 19.638.</p> <p>D.S. N° 924 de Educación.</p> <p>D.S. N° 1. Constitución Política Arts. 1°, 19, N° 2 y N° 10.</p> <p>Circular N° 247 de 1991.</p> <p>Ley N° 19.688/00 que modifica Ley N° 18.962 (LOCE) Embarazo y Maternidad)</p> <p>DS N° 511/97</p> <p>DS 112/99</p> <p>DS 83/2001.</p> <p>Circular N° 875 de 1994.</p> <p>Ley N° 19.779 de 2001.</p> <p>Reglamento N° 79/2005.</p> <p>Inc. 3° del Art. 2 de la Ley N° 18.962 que regula el estatuto de las alumnas en situación de embarazo y maternidad.</p> <p>CDN, Art. 2.</p>	Políticas MINEDUC: Ningún establecimiento puede negarle la matrícula a una alumna por estar embarazada o ser madre, ni impedir que siga asistiendo a clases o participe en la ceremonia de graduación. No puede definir un periodo de pre y post natal para las alumnas embarazadas y madres. Tampoco puede negarles la matrícula a estudiantes con VIH o SIDA. Si éstos se ausentan mucho a clases por su enfermedad, el Director tiene la facultad para autorizar, con acuerdo del Consejo General de Profesores, su promoción con un porcentaje menor de asistencia ("Normas y Derechos para Escolares").
Discriminación por conductas sexuales		Esta dimensión evalúa si las normas de los establecimientos respetan la autonomía sexual de los estudiantes, conforme al principio de no discriminación.	Constitución Política, Arts. 1, 19 No. 2 y 10. CDN, Art. 2.	Políticas MINEDUC: La orientación sexual no impide el acceso y/o permanencia en el establecimiento educacional ("Normas y Derechos para Escolares").

<p>Discriminación por discapacidad física, psíquica o necesidades educativas especiales</p>	<p>Esta dimensión evalúa si las normas de los establecimientos respeta los derechos de aquellos estudiantes con discapacidad, conforme a la normativa vigente</p>	<p>Ley Integración Social N° 19.284 de 1998 Decreto Supremo N° 1 que aprueba reglamento del capítulo II del Título IV de la citada Ley. CDN Arts. 2 y 23.</p>	<p>Políticas MINEDUC: se remite a la normativa vigente.</p>
<p>Discriminación por raza o etnia.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si las normas de los establecimientos resguardan el derecho de las personas de diferentes razas o etnias, y en particular de inmigrantes, a ingresar y permanecer en el establecimiento sin discriminación.</p>	<p>Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias. D.S. de Educación No. 651 de 1995. Constitución Política, Art. 19 No. 2. Circular N° 1179, 2003. Dpto. de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Circular N° 071008 de 2005, Ministerio de Educación.</p>	<p>Políticas MINEDUC: Los estudiantes inmigrantes tienen los mismos derechos que los nacionales, tales como seguro escolar, pase escolar, becas y alimentación ("Normas y Derechos para Escolares").</p>
<p>Libertad de culto o religión.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si los establecimientos resguardan la libertad de culto o religión, conforme al derecho vigente</p>	<p>Ley 19.638 Arts. 1, 2 y 6d. DS N° 924 de Educación del año 1983. Instrucciones sobre libertad religiosa, de culto y el subsector de religión, en el ámbito escolar para el año 2006. CPR, Arts. 19 No. 1, 6 y 10. CDN, Arts. 2 y 14.</p>	<p>Políticas MINEDUC: Los establecimientos educacionales deben promover el respeto de los diferentes credos religiosos ("Normas y Derechos para Escolares").</p>
<p>Acceso y Permanencia</p>	<p>Cobros: Expulsión, cancelación matrícula en el año. Retención documentos.</p>	<p>Ley de Subvenciones D.F.L. N° 2 Art. 6 letra d. Ley 19.979 de JEC. Art. 222 y 224 del Código Civil. Decretos N° 511/97(Educación Básica) Decreto N° 112/99 (1° y 2° medio) Decreto 83/2001 (3° y 4° medio), sobre evaluación y promoción escolar en Básica y Media. Contrato de Prestación de Servicios Educativos (en caso de colegios particulares pagados)</p>	<p>Políticas MINEDUC: se remite a la normativa vigente.</p>
<p>Rendimiento: Expulsión durante el año por bajo rendimiento. No renovación por repitencia</p>	<p>Esta dimensión evalúa si se cumple la normativa vigente en lo que se refiere a cobros dentro del establecimiento.</p>	<p>Ley de Subvenciones D.F.L. N° 2 Art. 6 letra d. Decreto N° 511/97, Art. 11 (1° - 8° Básica Decreto N° 112/99 de evaluación y promoción escolar (1° y 2° medio) Decreto N° 83/2001 (3° y 4° medio) Decreto exento N° 107/03 que modifica el Art. 10 del Decreto N° 511/97, Flexibiliza Promoción Automática (1° y 3° básico) Decreto N° 112/99 Decreto N° 83/2001 Decreto N° 158/99</p>	<p>Políticas MINEDUC: se remite a la normativa vigente.</p>

<p>Debido Proceso</p> <p>Disciplina: conductas sancionadas, atrasos, sentido pedagógico.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si las formas de impartir disciplina y sancionar conductas de los estudiantes, tiene sentido pedagógico, es claro y se conforma al derecho vigente.</p>	<p>Ley de Subvenciones (D.F.L. N° 2) Art. 6 letra d), Instructivo N° 05/13 de 1999 Estatuto docente Ley N° 19.410, párrafo VII, Art. 72, letras a y b Código Penal Art.399, Instrucciones sobre devolución de alumnos a sus casas por parte de los establecimientos educacionales, 2003, CDN Art. 28</p>	<p>Políticas MINEDUC: se remite a la normativa vigente.</p>
<p>Procedimiento: notificación cargos, derecho a ser oído, instancias de revisión.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si, al impartir medidas disciplinarias, existe un procedimiento claro y justo para su aplicación.</p>	<p>CDN, Art. 28.2</p>	<p>Políticas MINEDUC: en desarrollo.</p>
<p>Procedimiento: gradualidad y proporcionalidad.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si la aplicación de medidas disciplinarias se hace de manera gradual y proporcional a la falta cometida.</p>	<p>CDN, Art. 28.2 DFL N°2, Art. 6° letra d); CPR, Art. 19 N°3</p>	<p>Políticas MINEDUC: La labor de los establecimientos educacionales es formativa, no punitiva, por lo que la expulsión y cancelación de la matrícula por motivos conductuales debe ser una medida excepcional y de última instancia, legítima solo cuando la permanencia del estudiante implique un riesgo real y actual para la comunidad.</p>
<p>Presentación Personal uso de accesorios.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si las normas y restricciones sobre presentación personal y uso de accesorios son fundadas y razonables.</p>	<p>Decreto 577/2002, CPR, Art. 19 No. 2, CDN, Art. 2.</p>	<p>Políticas MINEDUC: No se puede prohibir el ingreso de un estudiante al establecimiento por no usar el uniforme. Sin embargo, puede no renovarse la matrícula si persistentemente se niega a usar el uniforme. El reglamento interno puede establecer reglas sobre la apariencia personal, tales como no permitir el uso de piercings o pelo de colores. ("Normas y Derechos para Escolares")</p>
<p>Uniforme.</p>	<p>Esta dimensión evalúa si las normas de los establecimientos, en lo que se refiere a uniforme, se ajustan a derecho.</p>	<p>Decreto 577/2002, CPR, Art. 19 No. 2, CDN, Art. 2.</p>	<p>Políticas MINEDUC: No se puede prohibir el ingreso de un estudiante al establecimiento por no usar el uniforme. Sin embargo, puede no renovarse la matrícula si persistentemente se niega a usar el uniforme. El reglamento interno puede establecer reglas sobre la apariencia personal, tales como no permitir el uso de piercings o pelo de colores. ("Normas y Derechos para Escolares")</p>

ADOLESCENTES INFRACTORES: DE DELINCUENTES JUVENILES A VÍCTIMAS DEL SISTEMA. LA INFLUENCIA DE LOS HECHOS EN LA PRENSA CHILENA

**CLAUDIA LAGOS / LAUREANO CHECA
CRISTIAN CABALIN***

Resumen

El siguiente artículo analiza la cobertura de los diarios chilenos de alcance nacional, durante un período de seis meses, sobre la puesta en marcha del nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084, LRPA), uno de los cambios más relevantes de la legislación para juzgar a niños, niñas y adolescentes infractores de ley. El proceso está marcado por al menos dos hitos relevantes: la entrada en vigencia de la Ley 20.084 el 8 de junio de 2007; y el incendio de un Centro de Puerto Montt, dependiente del Servicio Nacional de Menores (SENAME), donde fallecieron diez adolescentes internos y tras el cual quedaron de manifiesto las precarias condiciones de infraestructura y seguridad del recinto. De acuerdo a los antecedentes expuestos en el presente artículo, esta tragedia marca una inflexión en la manera en que la prensa aborda el tema de la administración de Justicia para niños y adolescentes: de una mirada punitiva y centrada en los adolescentes infractores de ley en tanto delinquentes, los diarios se vuelcan a una mirada más comprensiva del fenómeno y, sobre todo, más compasiva. De caracterizar a los niños y adolescentes infractores de ley como delinquentes, se pasa a mostrarlos como víctimas del sistema.

Introducción

Desde principios de los '90 a la fecha, los hechos asociados al crimen y la delincuencia común (lo que genéricamente se denomina Seguridad Ciudadana) se cuentan entre los principales temas que preocupan a la sociedad chilena¹, convirtiéndose en uno de los fenómenos más sensibles políticamente y en foco de atención permanente para los medios de comunicación (Dastres 2002; Guzmán y Ramos 2000). El carácter prioritario de este tópico se refleja en las políticas públicas y asignaciones presupuestarias asociadas: aumento en inversión y dotación de personal en las policías; implementación de programas con participación público-privada; intervención en comunas con altos índices de criminalidad en varias zonas del país; financiamiento internacional (del Banco Mundial, por ejemplo) en programas de seguridad ciudadana, entre otros.

* Periodistas y académicos del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile.

¹ La delincuencia se ubica sistemáticamente como uno de los tres principales problemas para los chilenos según las encuestas de opinión pública del Centro de Estudios Públicos (CEP). Ver www.cepchile.cl.

Tras cinco años de debate parlamentario, el 8 de junio de 2007 entró en vigor la Ley número 20.084 que creó un Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA)². La nueva normativa reconoce que hay responsabilidad penal entre los 14 y los 18 años, pero el espíritu de la ley lo asume como un período en que el sujeto está en formación y, por lo tanto, los delitos en que pudiera incurrir deben ser sancionados con tipos y medidas *ad hoc* a dicha etapa vital, resguardando los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La puesta en marcha del nuevo marco legal no ha estado exenta de polémica. Ante un tema altamente sensible, los medios de comunicación han abordado las más diversas aristas de la implementación y fue uno de los asuntos de mayor exposición pública y mediática durante el año 2007.

Estudio

El presente artículo sintetiza algunos de los principales resultados del estudio “**La implementación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente según la prensa chilena**”, que el Instituto de la Comunicación e Imagen realizó por encargo de UNICEF en 2007. El estudio está cruzado por dos hitos noticiosos: el primero, la entrada en vigencia de la LRPA el 8 de junio de 2007 (que estuvo enmarcado por un conflicto sindical de los funcionarios del SENAME ad portas de la fecha en que la ley debía comenzar a operar), y el incendio de un centro del SENAME en Puerto Montt ocurrido la noche del 20 al 21 de octubre de 2007, donde fallecieron diez adolescentes internos. Esto marca un punto de inflexión en la cobertura de la prensa al tema y, por lo tanto, es el centro del presente análisis.

El texto se divide en tres partes. La primera, caracteriza el estudio sobre la cobertura de la prensa a la LRPA, analizando los temas y las fuentes noticiosas más recurrentes utilizadas por la prensa en la elaboración de los contenidos; la segunda, da cuenta del incendio del centro de Puerto Montt y del cambio del enfoque noticioso sobre los acontecimientos relacionados con la LRPA. Todos estos resultados se resumen y proyectan en la tercera parte, las consideraciones finales.

1. La LRPA según la prensa

El objetivo del citado estudio encargado por UNICEF fue describir la cobertura de la LRPA en cuatro periódicos chilenos. Para ello, se analizaron 249 artículos relacionados con la LRPA, publicados por El Mercurio, La Nación, La Tercera y La Segunda entre el 8 de mayo (un mes antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma) y el 8 de noviembre del 2007. La gran mayoría de ellos corresponde al diario El Mercurio (47,8%), seguidos por La Tercera (22,5%), La Segunda (16%) y La Nación (13,7%)³.

² Disponible en <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/original/261383.pdf>

³ Si bien la prensa escrita no alcanza a grandes audiencias como pueden hacerlo la televisión o la radio, su relevancia está dada por la capacidad de incidir en la agenda de otros medios y en la agenda institucional. Estudios citados por Rodríguez (2004) explican que la prensa escrita determina la agenda de la radio y TV en una proporción superior a lo que sucede en el sentido contrario.

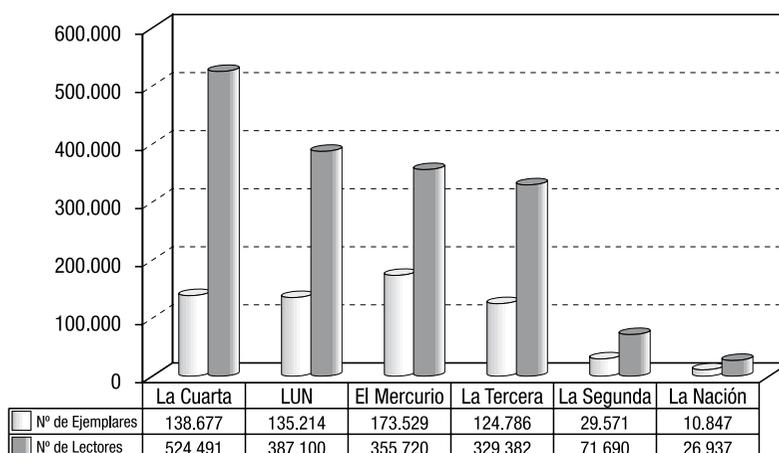
Caracterización de los medios analizados

El Mercurio es el principal medio de comunicación escrito de Chile: con más de cien años de vida, es el diario que marca la agenda política y noticiosa, y tradicionalmente ha estado asociado a posturas más conservadoras. Es de propiedad de la familia Edwards, cuyo *holding* comunicacional incluye el vespertino La Segunda y Las Últimas Noticias, de corte más popular; y cuenta con la red de diarios regionales más extensa del país con 21 medios desde Arica, por el norte, a Chiloé, en el sur⁴. A ello se suma Digital FM, una red de radioemisoras presentes en once regiones del país⁵.

El directo competidor de El Mercurio, en tanto, es La Tercera, principal diario del Consorcio Periodístico S.A. (COPESA), propietario también del matutino popular La Cuarta, del semanario político Qué Pasa, la revista Paula y el vespertino gratuito La Hora. Además, tiene presencia en la radiofonía a través de las radios Duna, Carolina y Zero⁶. El Centro de Investigaciones Periodísticas (CIPER), un organismo periodístico sin fines de lucro y con múltiples donantes, recibe parte de su financiamiento de COPESA⁷.

El diario La Nación pertenece a una sociedad donde el accionista mayoritario es el fisco y que edita, además, La Nación Domingo, las revistas deportivas Triunfo y Fuste y www.lanacion.cl. La Nación es uno de los pocos medios que cuenta con imprenta propia donde se imprimen la mayoría de los medios más pequeños o independientes. Actualmente posee también www.radiolanacion.cl⁸.

Gráfico 1
Circulación de la prensa en Chile



Fuente: SVCL

⁴ www.mediosregionales.cl

⁵ www.digitalfm.cl/

⁶ www.copesa.cl

⁷ www.ciperchile.cl/ciper/

⁸ http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/stat/quienes.html

Según datos del Sistema de Verificación de Circulación y Lectoría (SVCL), en el segundo semestre de 2007 los diarios de alcance nacional (El Mercurio y Las Últimas Noticias, de la cadena El Mercurio; La Tercera y La Cuarta, de Copesa; y La Nación, empresa con participación del Estado) imprimieron y distribuyeron un promedio semanal de 580 mil ejemplares, a los cuales se suman 29 mil más del vespertino La Segunda (de propiedad de El Mercurio). Se calcula que estos diarios fueron leídos, en promedio, por un millón 623 mil personas, a las cuales se agregan 71 mil lectores de La Segunda (Gráfico 1).

Un análisis desde la teoría de la *agenda-setting*

El material seleccionado se abordó desde la teoría de la Agenda-Setting (o establecimiento de la agenda). Los fundadores de este enfoque fueron Maxwell McCombs y Donald Shaw, quienes explican que “la Agenda-Setting es bastante más que la afirmación clásica que las noticias nos dicen qué pensar. Las noticias también nos dicen cómo pensar en ello. Tanto la selección de objetos sobre los cuales colocar nuestra atención como la selección de los encuadres para pensar en estos objetos son roles poderosos para la fijación de la Agenda” (McCombs y Shaw, 1993: 62). En otras palabras, los medios no le dicen a la audiencia qué pensar, pero sí sobre los temas sobre los cuales hay que pensar, delimitando así las fronteras de sus conocimientos y juicios (Sampedro 2000: 97).

Existen tres tipos de agendas. En primer lugar está la **agenda de los medios**, que concentra los temas que son considerados por los medios de comunicación como dignos de informarse. Luego está la **agenda pública**, que es la jerarquía que asigna “el público” a los temas presentes en los medios. Finalmente, aparece la **agenda política** (o institucional) que “mide el tipo de acciones que adoptan los gobiernos, parlamentos y las diferentes instituciones sociales que más tarde formarán parte desencadenante de debates, además de incluirse como temas destacados en la agenda de los medios y en la agenda pública” (Rodríguez 2004: 21-22).

El proceso de construcción de las agendas es posible a través de lo que se conoce como temas (*issues*), que McCombs y Shaw (1977) definen como el conjunto de temas o acontecimientos que aparecen de forma continua en los medios de comunicación y son fácilmente agrupables dentro de grandes temas o categorías.

Temas de interés

Así, el primer nivel de análisis estará, por lo mismo, definido por el grado de presencia que estos temas observen dentro de la agenda de los medios, mientras que en un segundo nivel se realizará la importancia que los medios le asignan a esos temas⁹.

⁹ McCombs diferencia los temas (*issues*), que son elementos de carácter permanente, respecto de los eventos (*events*), de aparición circunstancial y existencia espuria. Sin embargo, son los eventos los que mantienen la permanencia de los temas.

Para esta investigación se consideró una clasificación de temas referidos a la infancia y adolescencia inspirada en las categorías creadas por la *Agência de Notícias dos Direitos da Infância* (ANDI), entidad sin fines de lucro brasileña que realiza análisis basados en la teoría de Agenda Setting en la prensa de Sudamérica (excepto Chile), las cuales han sido elaboradas sobre la base de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la Organización de Naciones Unidas¹⁰. Conviene destacar que los temas no son excluyentes, es decir, en un artículo es posible encontrar más de uno de ellos.

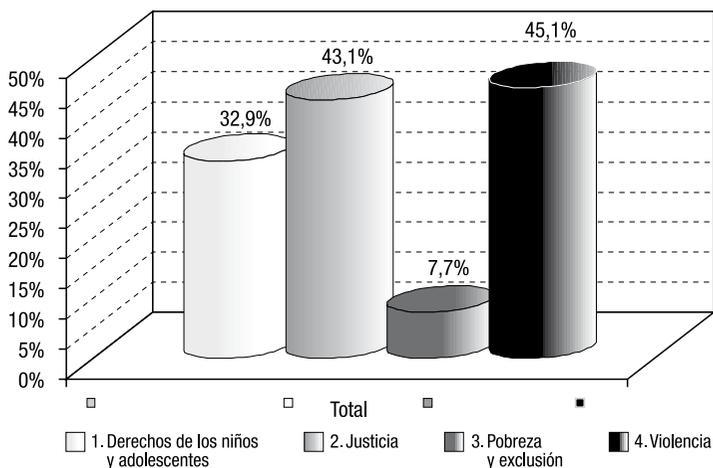
1. **Derechos de los niños y adolescentes**, por ejemplo: “TC frena polémica indicación de la Ley Penal Adolescente” (...). “El artículo fue cuestionado por especialistas, que estimaron que vulneraría tratados internacionales” (La Tercera, 25 de mayo de 2007).
2. **Justicia**, por ejemplo: “Suprema delimita responsabilidad del Poder Judicial ante marcha de nueva ley” (El Mercurio, 19 de mayo de 2007).
3. **Pobreza y exclusión**, un ejemplo es la bajada del artículo titulado “Jóvenes infractores juzgan la nueva ley penal” (El Mercurio, 3 de junio de 2007):

Desde niños se han sentido desamparados. La soledad los ha acercado a las drogas. Algunos han delinquido para financiar su adicción. Los centros de detención del SENAME fueron su mejor escuela. Frustrados, dicen que allí aprendieron a ser mejores delincuentes. Ahora están internados en un centro del Hogar de Cristo. Todos apuestan a que esta vez sí se rehabilitarán.

4. **Violencia** y sus subdivisiones:
 - a. **Violencia-víctima**: “Menor de 14 años fue baleado en otra refriega entre ‘Guarenes’ y ‘Phillips’” (El Mercurio, 10 de julio de 2007).
 - b. **Violencia-agente**: “Quinceañeros asaltan a dos mujeres con escopeta, las golpean y les roban auto” (La Segunda, 14 de junio de 2007).
 - c. **Violencia institucional**: En el artículo “Juez había denunciado celdas de castigo en centro de SENAME de Puerto Montt”, se cita un informe que afirma: “Se pudo constatar la existencia de celdas de castigo o aislamiento. Y en una de ellas se encontraba el menor de edad J.A.J., de 14 años” (La Tercera, 27 de octubre de 2007).
 - d. **Violencia-otros**: En esta categoría quedan los otros temas vinculados a la violencia donde estén involucrados menores. Estos pueden estar relacionados a maltrato infantil, violaciones, violencia en las escuelas, etc. Su presencia fue muy marginal respecto del total de la muestra analizada.
5. **Otros**. Categoría que engloba los elementos no clasificables en las anteriores. En general, irrelevante en términos porcentuales.

¹⁰ En su estudio de 2006, que recogió y procesó cerca de 230 mil textos periodísticos de 121 publicaciones latinoamericanas, ANDI identifica una veintena de temas, que a su vez se desagregan en subtemas para clasificar la información.

Gráfico 2
Informaciones según Temas (Violencia agregada)



Fuente: Elaboración propia

Según la clasificación anterior, los artículos publicados sobre la LRPA por los diarios analizados se concentran en los temas de violencia en general, seguidos por los de justicia.

Fuentes recurrentes

Salvo que el periodista haya estado en el lugar de los hechos o haya sido testigo directo de una historia o un suceso que quiere relatar, requerirá indefectiblemente de otras voces para reconstruirlo. “La información referida al trabajo periodístico involucra a menudo a personalidades públicas y privadas, razón por la cual el fenómeno de intermediación adquiere una dimensión de amplitud superior” (Clauso, 2007: 49). Por lo tanto, un hecho que se transforma en noticia será finalmente una suerte de puzzle armado por el periodista gracias a las distintas piezas aportadas por la mayor diversidad de fuentes informativas posibles. En palabras de Martini (2000: 62), “no hay noticias sin fuentes”.

“La calidad de la cobertura periodística está intrínsecamente relacionada a la variedad de fuentes consultadas” (ANDI 2007). Sin embargo, en la práctica, se recurre a pocas fuentes informativas (Fucatel, 2003 y 2004), se constata sobrecarga de trabajo y poca capacitación, reproduciendo prácticas que muchos han llamado “periodismo de rebaño”, “de paquete o de borregos” (Goodwin, 1999) o “periodismo en piño” (Sunkel y Otano, 2005), que es cubrir un mismo hecho en masa, con los consiguientes riesgos de homogeneización. Esto incluye intercambio de información entre los periodistas¹¹ o lo que Pierre Bourdieu ha llamado “información circular” (citado por Clauso, 2007: 52).

¹¹ Incluso cintas de audio y video; apuntes.

Si bien, hipotéticamente, cualquier persona u actor social podría ser una fuente, “el acceso tiene que ver con las jerarquías establecidas en la nación y la sociedad” (Gans, en Martini, 2000: 58). Así, quiénes hablan o quiénes son citados en los medios de comunicación es un correlato de las estructuras de poder de una sociedad.

Una fuente informativa es el “origen al que explícitamente se atribuye una noticia, pudiendo ser personas o instituciones” (AIPEF-ICEI, 2005: 4), donde una información de calidad estaría dada por fuentes explícitas, contrastadas, complementadas con información técnica o especializada y con antecedentes de contexto que permitan entender lo narrado.

“Se pueden identificar cuatro condiciones que hacen a las fuentes confiables y garantizan su acceso al periodismo: el poder de que dispone; la proximidad geográfica y social a los periodistas y la capacidad de brindar información adecuada” (Gans, en Martini, 2000: 64).

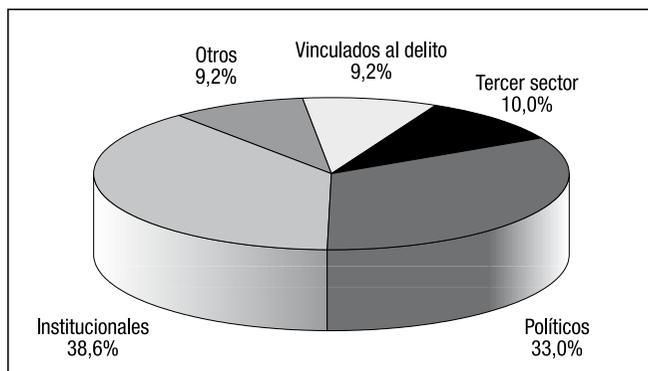
A su vez, estas fuentes se organizan según sus roles dentro del sistema, quedando definidos 5 tipos de fuentes:

1. **Actores institucionales del sistema penal juvenil:** todas aquellas personas relacionadas con la administración de Justicia o con el cumplimiento de los dictámenes judiciales. Las fuentes más citadas en las noticias fueron los funcionarios/os del SENAME [26,0%], seguidos por la figura del/la Fiscal [9,5%], los funcionarios policiales [Investigaciones o Carabineros, 8,5%], personal de Gendarmería [6,5%], Juez/a [en todos los niveles, 6,0%], y los abogados defensores/as [5,5%] o patrocinantes [4,5%]. Conviene recordar que los funcionarios estuvieron involucrados en una paralización durante las semanas previas al 8 de junio y luego tomaron gran relevancia tras el incendio en Puerto Montt.
2. **Actores vinculados a delitos:** todos los involucrados en los hechos delictuales, ya sea como causantes, víctimas o por su vinculación con alguno de los anteriores. Entre ellos se cuentan los familiares de las víctimas [7,5%], los niños/as/adolescentes imputados/as [3,5%], los testigos [2,0%] y los familiares de los imputados [2,0%]. Cabe resaltar que se trata de cifras marginales dentro del universo de las fuentes informativas recogidas por los medios analizados.
3. **Actores políticos:** que actúan en la política formal. Se incluyen el Ministro [18,0%] y la Subsecretaria de Justicia [11,5%], los parlamentarios de la Alianza (oposición) y la Concertación (oficialismo) [11,5% y 10,5%] y la Presidenta de la República [2,5%]. El espacio que se les otorga a los parlamentarios para expresar su opinión en los relatos periodísticos sobre LRPA analizados es muy alto. Si se agregan los porcentajes de aparición de éstos, suman 22%, apenas un punto porcentual por debajo del total de la presencia de la Presidenta Michelle Bachelet; el Ministro de Justicia, Carlos Maldonado; y la entonces Subsecretaria de Justicia, Verónica Baraona, quienes totalizan 23%.
4. **Otros actores (tercer sector):** Fuentes especializadas y programáticamente vinculadas al tema. Entre éstas se consideran: Organismos de derechos de niños/as y adolescentes [11,0%], Universidades [3,0%], Centros de estudios [2,5%] y Organismos de Derechos

Humanos y Organizaciones Sociales [ambos con 1,0%]. Estos actores no alcanzan gran figuración, a excepción de organizaciones vinculadas a los Derechos de Niños/as y Adolescentes, quienes son muchas veces citadas en su calidad de expertas.

- 5. **Otros:** Actores no clasificables dentro de las categorías precedentes. Por ejemplo, “Fuentes del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE)” o el director del Instituto Nacional de la Juventud (INJUV).

Gráfico 3
Fuentes más citadas



Fuente: Elaboración propia

En otras palabras, es posible afirmar que las voces autorizadas mediáticamente para referirse a la LRPA son predominantemente oficiales, con una preeminencia de las voces políticas y las institucionales del SENAME y organismos relacionados (estrechamente vinculadas a la implementación); éstas últimas probablemente están sobre representadas debido al conflicto gremial que coincidió con la puesta en marcha de la nueva normativa.

Es importante señalar que estos resultados corresponden al análisis de los seis meses revisados, sin desagregar según hitos noticiosos tal como se describe al principio. O, dicho de otra forma, los diarios consideraron a las voces políticas e institucionales del sistema vinculado a la implementación de la LRPA como las más relevantes en sus relatos sobre el tema. Sin embargo, su mayor o menor relevancia se ve influida por el incendio del centro de internación de Puerto Montt, como se detalla más adelante.

Importancia o valoración asignada

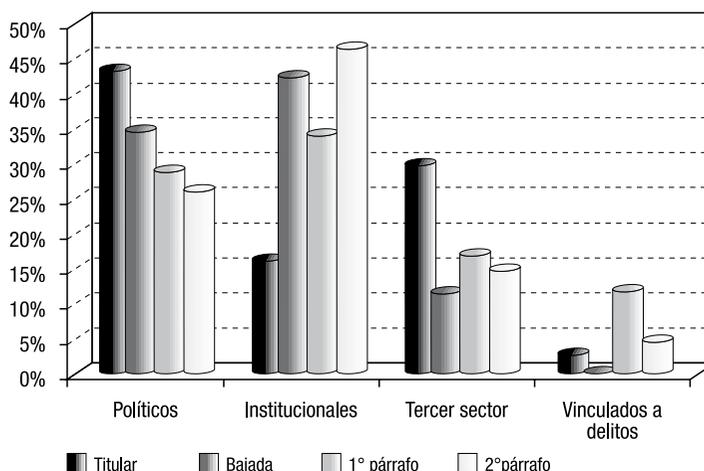
El objetivo de esta sección es esbozar lo que se denominará una cartografía de fuentes informativas, asumiendo que el lugar en que el discurso periodístico las ubica tiene relación con la importancia que les asigna. En ese sentido, pueden identificarse cinco

territorios donde eventualmente una fuente puede estar ubicada (no son excluyentes), de mayor a menor importancia:

- Titular
- Bajada
- Primer párrafo
- Segundo párrafo
- Resto del cuerpo de la noticia

Esto, en el entendido de que entre el titular y el segundo párrafo está concentrada la información, las principales fuentes, la perspectiva, etc.

Gráfico 4
Fuentes: Dónde hablan

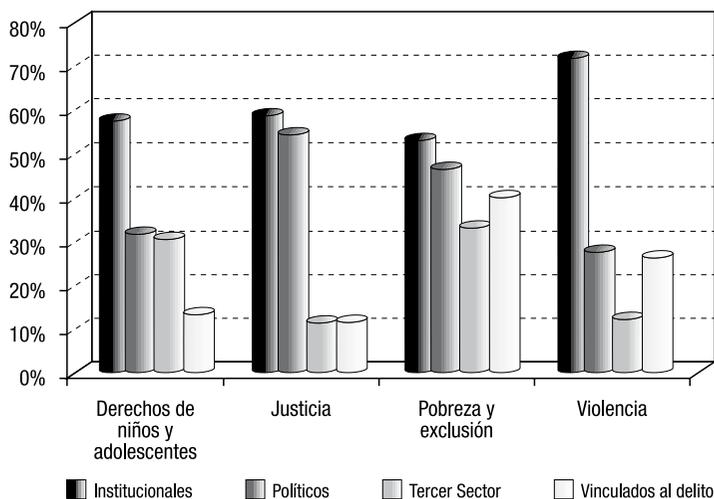


Fuente: Elaboración propia

El Gráfico 4 ilustra el espacio destacado que los textos informativos sobre la LRPA le asignan a las voces oficiales, sean éstas: actores políticos o actores institucionales. Llama la atención la presencia de actores del tercer sector (sociedad civil) en titulares, superando incluso a los actores del sistema. Sin embargo, esta presencia en los títulos no se refleja ni en la bajada ni en los párrafos considerados importantes en los textos periodísticos. Por otro lado, los actores políticos encabezan la noticia, pero luego ésta se va nutriendo de otras fuentes. Los actores vinculados a los delitos casi no están presentes en estas ubicaciones.

Es posible afirmar, entonces, la gran relevancia que tienen para la construcción de los relatos periodísticos sobre la LRPA las fuentes oficiales, en oposición a la baja importancia asignada a quienes están vinculados a los hechos delictuales, lo que se refleja en la escasa presencia que estos últimos tienen en los territorios informativos más significativos.

Gráfico 5
Temas según tipos de fuentes



Fuente: Elaboración propia

2. Incendio marca punto de inflexión

La noche del 20 al 21 de octubre de 2007, el Centro de Rehabilitación Conductual (CERECO) “Tiempo de Crecer” del SENAME, ubicado en Puerto Montt (Región de Los Lagos, al sur de Santiago), sufrió un incendio, aparentemente provocado por los internos en un intento de motín. El hecho dejó un saldo de diez adolescentes muertos, cuyas edades fluctuaban entre los 14 y los 17 años.

Este incendio y sus consecuencias dejaron al descubierto las precarias condiciones en que se encuentran miles de adolescentes internados en centros similares en todo el país¹². Éstas serán destacadas por la prensa en su cobertura: “Menores instalados la mayor parte del tiempo frente a un televisor, niñas en la sección de varones, malas instalaciones sanitarias, mínimas condiciones de aseo y talleres sin implementos adecuados” (Magistrado Teresa Mora, citada por El Mercurio, 21 de noviembre 2007).

La influencia de los hechos

La muerte de adolescentes, encerrados, marcó un antes y un después en la cobertura de la LRPC por parte de la prensa nacional. Un claro ejemplo de cómo cambiará (sólo de manera temporal) el discurso queda ilustrado en las afirmaciones del defensor regional público de

¹² Motivado por este hecho, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (UDP) presentó recursos de protección a favor de los internos de éste y otros centros del SENAME; se formó una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados y los familiares de las víctimas iniciaron una demanda millonaria contra el Estado: sus hijos, hermanos, nietos, sobrinos fallecieron mientras se encontraban bajo custodia estatal. Varios funcionarios fueron formalizados por su posible responsabilidad en los hechos. Además, tanto la Asociación Chilena Pro Naciones Unidas (ACHNU) como el Centro de DDHH de la UDP solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) medidas cautelares a favor de los adolescentes usuarios de la red SENAME. Este organismo, además, instruyó un sumario interno para determinar responsabilidades. Sin embargo, a casi un año de los hechos, en agosto de 2008, aun no concluía ni ofrecía resultados.

la región de Los Lagos (la división territorial donde estaba “Tiempo de Crecer”), Francisco Geisse: “Hasta ayer, para la opinión pública, todos eran delinquentes, hoy día —con la muerte— son niños. Esta tragedia debe hacer que la sociedad deje atrás esa mentalidad en que sólo el encierro y el aislamiento es la única medida para garantizarnos seguridad” (La Nación, 23 de octubre de 2007).

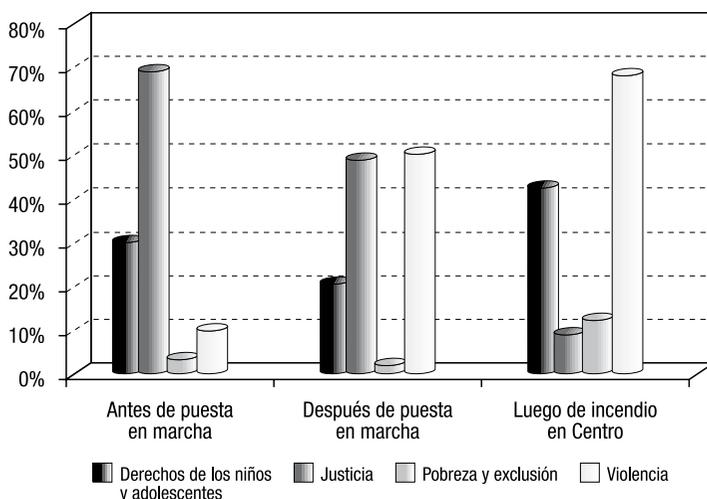
El incendio del centro de Puerto Montt y los diez adolescentes fallecidos en el siniestro, de alguna manera, encarnaron la vulneración de derechos de todos los adolescentes internados en el sistema. Se transformaron así en un símbolo de las malas condiciones sistemáticamente denunciadas por organismos de derechos humanos y la misma defensoría penal pública: finalmente, condiciones estructurales y de larga data adquieren relevancia noticiosa a partir de una tragedia como la descrita.

Temas relevantes antes y después del incendio

Como se aprecia en el Gráfico 6, la discusión sobre los Derechos de los niños, niñas y adolescentes disminuía su importancia durante la implementación de la reforma, cayendo casi una tercera parte respecto al período anterior. El incendio hace que la cobertura sobre este tema se duplique. Un ejemplo de este incremento es el artículo editorial “Delincuencia juvenil: un diagnóstico conocido” (La Tercera, 31 de octubre de 2007), publicado poco después del siniestro que afectó al centro de reclusión, y que afirma:

“Un dramático panorama que ofrece elementos decisivos para entender los problemas de fondo de muchas conductas delictuales juveniles, y la necesidad de contar con

Gráfico 6
Temas e hitos temporales (Violencia agregada)



Fuente: Elaboración propia

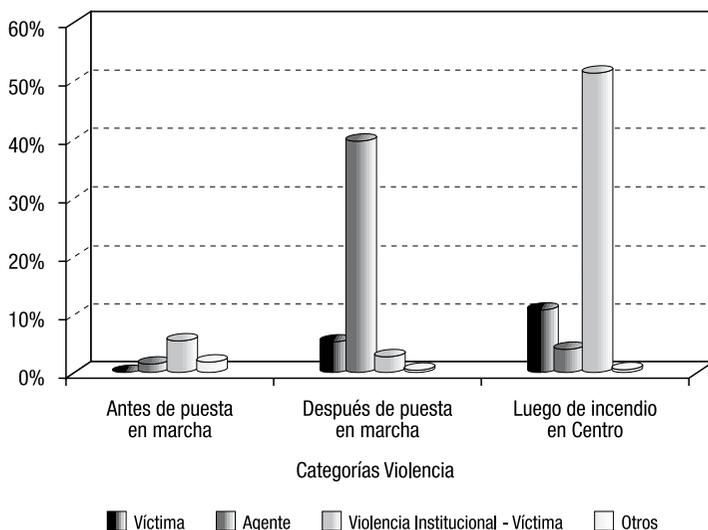
políticas públicas que apunten eficazmente hacia la prevención y no sólo al control de los delitos”.

Por el contrario, la cobertura sobre el tema de Justicia (que incluye todos los aspectos institucionales de la implementación de la LRPA), sufre cambios en el sentido exactamente contrario al que experimenta el tema de derechos: se verifica una gran exposición en las semanas previas a la entrada en vigencia de la ley (más del 70%), principalmente debido a las movilizaciones de los funcionarios del SENAME y, posteriormente, a la aplicación de la nueva ley (más del 50%). Tras el incendio en Puerto Montt, la frecuencia del tema caerá significativamente, registrando apenas un 10,5% de presencia en los artículos analizados.

El tema de Pobreza y exclusión es, en general, el de menor presencia a lo largo del período estudiado. Sin embargo, su *peak* de 14% se registra, nuevamente, tras el incendio en el centro de Puerto Montt, donde la recuperación y visibilización de las historias de vida de los adolescentes fallecidos en el incendio contribuyen a este movimiento. Un ejemplo de ello es “Violencia y desamparo marcaron a jóvenes muertos en Puerto Montt” (La Tercera, 30 de octubre de 2007).

Finalmente, los artículos referidos a Violencia, tanto agregada como desagregada, muestran movimientos significativos en su presencia y cobertura antes y después del incendio en Puerto Montt: mientras antes de la puesta en marcha representaba un 11,4% de la información, luego del incendio asciende casi al 70%.

Gráfico 7
Subtemas de Violencia e hitos temporales



Fuente: Elaboración propia

Al observar en el Gráfico 7, los subtemas de violencia, es posible constatar que después de la puesta en marcha de la LRPA, el 40% de los artículos incluían a niños como agentes de violencia (“Cae menor de 16 años como presunto autor de apedreo a consultora”, La Tercera, 21 de junio de 2007; “Una fiesta hip hop termina en tragedia”, El Mercurio, 2 de julio de 2007). Sin embargo, tras el incendio, la prensa prestará mayor atención a la Violencia institucional (sobre 52% de los artículos). En “Fiscalía indagará uso de celdas de castigo en hogar incendiado” (La Tercera, 28 de octubre de 2007), se recogen testimonios de familiares de internos a los cuales se les habría obligado a permanecer en dichos espacios y que se encuentran prohibidos por la LRPA.

Es evidente, entonces, que la muerte de diez adolescentes internados en el centro de Puerto Montt influyó en el tipo de cobertura de la prensa a la LRPA. Ello se vio claramente reflejado en los temas a los cuales los diarios analizados dieron mayor énfasis antes y después del hito. La mirada se vuelca a la violencia institucional, a los derechos de niños, niñas y adolescentes y a las condiciones de pobreza y exclusión a las cuales, hasta entonces, los adolescentes habían (sobre)vivido.

O bien, el estereotipo del delincuente juvenil abre espacio al estereotipo de la víctima. Esto se ilustra vehementemente en la descripción del cabecilla de la revuelta que culminó en tragedia, J.R.V.R. (17 años). El título del artículo era elocuente: “El líder que estaba atrapado por la pasta base” ¿Era este joven al momento de su encarcelación un sujeto pasivo en la relación con los estupefacientes? En otras palabras, tras su muerte, un individuo que regularmente habría sido descrito como consumidor habitual de droga, cuyo vicio lo lleva a cometer delitos, pasa a ser un prisionero de ese hábito (La Tercera, 30 de octubre de 2007).

La descripción de la vida de los demás internos también adquiere estos matices más humanos. “J.M. (17 años) fue abandonado por sus padres cuando tenía dos años. Dejó el colegio en quinto básico y su debut criminal fue a los 15 años: robo con intimidación. En los últimos años el menor también era consumidor de drogas, pero una tía cuenta que tras enterarse, el 22 de septiembre, que su ex novia —con quien tenía una hija de un año y medio— se ahorcó, Mancilla dijo que quería rehabilitarse para cuidar a la niña” (La Tercera, 30 de octubre de 2007).

La trágica muerte de estos adolescentes los saca de la lista de “peligros para la sociedad” y los coloca entre las víctimas del sistema, humanizándolos. Una situación extrema como ésta, con un alto costo de vidas de por medio, permite también poner al descubierto las condiciones que se viven al interior de los centros de reclusión, revelando sus fallas y planteando desafíos para su mejoramiento.

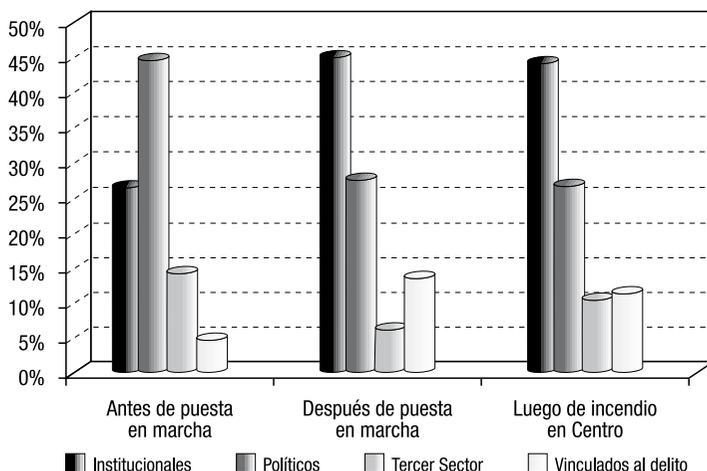
Fuentes

Tal como se señala previamente, las fuentes informativas consultadas por los medios analizados experimentan significativas variaciones durante el período revisado si se comparan

las frecuencias de aparición entre antes del incendio en el centro del SENAME en Puerto Montt y luego de éste: es posible afirmar que las principales fuentes informativas para LRPA son autoridades políticas e institucionales. Considerando el cambio en el eje temático advertido más arriba, es posible intuir que dicho cambio es verbalizado por las mismas fuentes informativas. O, en otras palabras, que los mismos actores políticos e institucionales son quienes relevan temáticas más vinculadas a los derechos de niños, niñas y adolescentes y a la violencia institucionalizada luego de ocurrido el incendio en Puerto Montt, sobre todo las institucionales que mantienen y aumentan su presencia luego del siniestro.

“Las condiciones en que están los centros son las mismas que teníamos antes de la ley (penal juvenil). Los centros se han readecuado quizás rompiendo una pared o haciendo una muralla, pero en general no son lo ideal porque hay que sincerar el tema: éstas son cárceles de jóvenes, no son hogares” (Alicia del Basto, presidenta de la asociación de funcionarios del SENAME, La Segunda, 22 de octubre de 2007).

Gráfico 8
Presencia mediática según tipos de fuentes e hitos



Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, es importante mencionar que los actores más consultados como fuentes informativas son los institucionales, seguidos de los políticos, sin diferencias relevantes entre antes del incendio y luego de éste. Los únicos actores que duplican su presencia como fuentes informativas antes y después del hito mencionado son los representantes del tercer sector.

3. Consideraciones finales

Del análisis expuesto, es posible afirmar que existe efectivamente un cambio en el tratamiento de los temas periodísticos relacionados con hechos donde los niños, niñas y adolescentes

son los protagonistas. Si antes del incendio del centro de Puerto Montt los actos delictivos de niños, niñas y adolescentes eran cubiertos por la prensa destacando el rol del “delincuente juvenil” como agente de violencia (40% de las noticias analizadas), luego de la tragedia se pone énfasis en las precarias condiciones de los reclusos y su representación pasa a ser la de “víctima” (52% de los artículos analizados).

Estas cifras podrían presuponer una nueva construcción periodística en torno a la delincuencia protagonizada por niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, es preciso destacar que el incendio del recinto del SENAME constituye un “evento” noticioso con características propias de una tragedia, donde la prensa siempre intenta buscar las responsabilidades institucionales y políticas, cumpliendo con esto su rol fiscalizador del poder. Es decir, el cambio en el tratamiento periodístico destacado en este artículo no corresponde a una nueva conceptualización del llamado “delincuente juvenil”, sino que representa solamente una construcción narrativa desde lo periodístico.

Con esto, la prensa en un acto autorreferencial característico reafirma su papel fiscalizador del poder (el responsable del incendio, en este caso) y realiza la cobertura de los hechos considerando por sobre todo la espectacularidad, el morbo y la magnitud de la tragedia. Se enfatizan las precarias condiciones de los niños, niñas y adolescentes reclusos, pero siempre en relación con la negligencia de las instituciones del Estado, vinculadas al tema.

Por lo tanto, el cambio en la cobertura de la “delincuencia juvenil” constituye un caso esporádico y circunstancial en el tratamiento habitual de este tema, sobre todo en un contexto sociopolítico donde la seguridad ciudadana constituye un elemento central en la discusión pública. El cambio es evidente y significativo y demuestra que es posible construir el relato periodístico enfatizando los aspectos profundos vinculados a los hechos delictivos protagonizados por niños, niñas y adolescentes.

Entonces, lo relevante es destacar que también existe responsabilidad de los diversos actores que contribuyen a la construcción del relato periodístico. En ese sentido, las fuentes informativas cumplen un papel destacado ya que, como demuestran las páginas precedentes, son los actores políticos e institucionales los más citados por los medios de comunicación analizados. Esto se vincula a lo que Gans (2000) llama la eficacia de una fuente, es decir, su acceso rápido y su confiabilidad probada. Ello genera las “cadenas de fuentes, en las que suele haber una fuente primaria estable, fuentes secundarias o accesorias, fuentes para la verificación y fuentes alternativas” (Martini, 2000: 64) y, por lo tanto, se construyen relaciones habituales y ocasionales; lo que redundo en que el “periodismo suele tener fuentes habituales para agendas habituales” (Martini, 2000: 56).

Así, las fuentes habituales para un tema habitual, en el presente estudio, son actores políticos y actores vinculados al sistema. Es decir, son parte de la construcción periodística, constituyéndose también en agentes de representación de la “delincuencia juvenil”. Sobre todo, son los actores políticos quienes resultan más relevantes para los relatos periodísticos,

ya que aparecen en lugares privilegiados de los artículos y de manera más homogénea en éstos. Además, su relevancia se mantiene aun después del incendio en Puerto Montt, mientras que la de actores del sistema disminuye aun cuando no desaparece del todo, pero se vincula más a su rol circunstancial

La relevancia de las fuentes noticiosas políticas resulta concluyente en este estudio, pues “el periodismo acepta las fuentes políticas como confiables porque necesita “recontextualizar rápidamente el acontecimiento excepcional (y) tiende a privilegiar las interpretaciones establecidas por el sistema político” (Alsina, en Martini, 2000: 59).

Otra de las características presentes en este análisis en torno a la construcción periodística se relaciona con la asimetría del “poder” de las fuentes informativas. Pues por una parte, el sistema político y sus actores son protagonistas y por otra, los niños, niñas y adolescentes o sus familiares no aparecen nunca en titulares. Esta situación sólo se revierte cuando “los ciudadanos comunes se constituyen en fuente informativa cuando son protagonistas de hechos que causan conmoción y que pueden derivar en sucesos” (Martini, 2000: 61). El incendio del centro de Puerto Montt, por lo tanto, cabe dentro de la categoría de suceso que genera conmoción y, en tanto tal, ameritó la incorporación de otras voces, habitualmente omitidas, en los relatos periodísticos. Además, estas “voces” eran las víctimas de la tragedia, que tenían una historia detrás caracterizada por la exclusión, el abandono y la pobreza. Es decir, se transforman en una pieza de la construcción periodística por sus características de víctimas más que por ser sujetos de derecho.

Las fuentes recurrentes entonces son aquellas que sostienen el discurso de la administración del poder en la sociedad y las fuentes circunstanciales son los protagonistas de los hechos de espectacularidad. Esta asimetría es evidente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

Esto queda de manifiesto en la coyuntura del incendio, que hizo crecer el porcentaje referido al tema violencia (particularmente violencia institucional, denunciando las condiciones de vida de los adolescentes internos), pero es esperable que las características de la cobertura vuelvan a ser similares en su distribución previa al evento. Esto implica un llamado de alerta pues el tema violencia (especialmente la del joven como agente) ocupaba un lugar muy destacado, bajo la lógica noticiosa de presentar a los adolescentes que infringen la ley como delincuentes juveniles y cómo la Justicia se comporta frente a sus delitos. Y en tanto tal, se hace indispensable analizar sistemáticamente cómo se está representando a niños, niñas y adolescentes infractores de ley en la prensa, que es el soporte que marca agenda por excelencia, pues ahí operan las construcciones simbólicas que refuerzan estereotipos y estigmas, que impiden posteriormente la completa aceptación social de los niños, niñas y adolescentes que han cometido delitos.

Bibliografía

Agência de Notícias dos Direitos da Infancia (ANDI), 2007, *Derechos, Infancia y Agenda Pública*, Brasilia.

AIPEF-ICEI, 2005, *Contenido y Estilo de la Información Económica en la Prensa Regional*, AIPEF, Santiago.

Clauso, Raúl, 2007, *Cómo se construyen las noticias*, La Crujía, Buenos Aires.

Dastres, Cecilia, 2002, “¿Visiones personales, Ideología o Mercado al momento de informar?”, en *Serie Estudios*, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Instituto de Asuntos Públicos (INAP) de la Universidad de Chile, Santiago.

FUCATEL, Observatorio de Medios, Informes anuales 2003 y 2004.

Fundación Ideas e ICEI, 2006, *Anuario Tolerancia y no discriminación +Democracia = + Diversidad*. ICEI, Santiago.

Goodwin, H. Eugene, 1999, *Por un periodismo independiente*, TM Editores, Colombia.

Guzmán, Juan Antonio y Marcela Ramos, 2000, *La Guerra y la Paz Ciudadana*, LOM Ediciones, Santiago.

Goffman, Erwing, 1993. *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu editores. Buenos Aires.

Martini, Stella, 2000, *Periodismo, noticia y noticiabilidad*, Norma, Buenos Aires.

Martinic, Sergio, 2006, “El estudio de las representaciones y análisis estructural del discurso”, en *Metodologías de investigación social. Introducción a los oficios*, LOM Ediciones, Santiago.

McCombs, Maxwell y Donald Shaw, 1972. “The agenda-setting function of mass media”. En *Public Opinion Quarterly*, Volumen 36(2), págs. 176-187.

McCombs, Maxwell y Donald Shaw, 1993, “The Evolution of Agenda-Setting Research: Twenty-Five Years in the Marketplace of Ideas”, en *Journal of Communication*, Volumen 43(2), Págs. 58 – 67, John Wiley and sons.

McQuail, Denis, 1998, *La acción de los medios: los medios de comunicación y el interés público*, Amorrortu, Buenos Aires.

Otano, Rafael y Guillermo Sunkel, 2005, “Libertad de los periodistas en los medios”, en *Mordazas de la Transición*, págs. 29-51, ICEI, Santiago.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Informes Anuales 2003 y 2004.

Moscovici, Serge, 1985, *Psicología Social*, Paidós, Barcelona.

Rodríguez Díaz, Raquel, 2004, *Teoría de la Agenda Setting, aplicación a la enseñanza universitaria*, Barcelona, Observatorio Europeo de Tendencias Sociales.

Sampedro, Víctor, 2000, *Opinión Pública y democracia deliberativa. Medios Sondeos y Urnas*, Istmo, Madrid.

Sohr, Raúl, 1998, *Historia y poder de la prensa*, Andrés Bello, Buenos Aires.

Torrice Villanueva, Erick, 2004, *Abordajes y periodos de la teoría de la comunicación*, Norma, Buenos Aires.

Universidad Diego Portales, 2008, *Informe de Derechos Humanos*, UDP, Santiago.

UNICEF, 2008, "Principales nudos problemáticos de los Centros Privativos de Libertad para Adolescentes y Secciones Penales Juveniles", Informe Ejecutivo. Santiago.

ENFOQUE CONJUNTO DE LAS AGENCIAS DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA JUSTICIA EN FAVOR DE LA INFANCIA*

Marzo de 2008

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTO Y DEFINICIÓN DE LA JUSTICIA EN FAVOR DE LA INFANCIA

La necesidad de un planteamiento estratégico común de las Naciones Unidas en materia de justicia en favor de la infancia

La justicia ha ocupado siempre un lugar importante en la agenda internacional para el desarrollo. La ONU y otros asociados bilaterales y multilaterales para el desarrollo reconocen la importancia del Estado de Derecho¹ y el buen funcionamiento del sistema de justicia en la reducción de la pobreza, así como la promoción de la paz, la seguridad y los derechos humanos. Los planteamientos sobre el imperio de la ley son, pues, una piedra angular del compromiso de la ONU ante la Declaración del Milenio y el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, así como frente a la defensa de los derechos humanos para todos.

La forma en que los niños son tratados por los sistemas nacionales de justicia es esencial para el logro del estado de derecho y sus objetivos. Este reconocimiento se tradujo en las décadas de 1980 y 1990 en una mayor atención al tratamiento de los niños como presuntos culpables, así como en el desarrollo de normas y principios internacionales para la justicia juvenil². Más recientemente la situación de los niños víctimas y testigos también se ha tratado en la ONU³. Asimismo, los mecanismos de justicia de transición han incluido algunas medidas para tener en cuenta la situación especial de los niños. Además, las recomendaciones de la Asamblea General de la ONU en respuesta al informe de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños⁴ hacen hincapié en la necesidad de garantizar la responsabilidad y

* Traducción no oficial del documento inédito de NU, "Un Common Approach to Justice for Children".

¹ El imperio de la ley o estado de derecho "se refiere a un principio de gobernabilidad en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, son responsables ante las leyes públicamente promulgadas, así como aplicadas e independientemente establecidas, y que sean coherentes con normas y principios internacionales de derechos humanos. Requiere, además, las medidas para garantizar la adhesión a los principios de supremacía de la ley, la igualdad ante la ley, la responsabilidad ante la ley, la imparcialidad en la aplicación de la ley, la separación de poderes, la participación en la toma de decisiones, la certeza jurídica, evitar la arbitrariedad y la transparencia legal y procedimental". Consejo de Seguridad, el Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades en conflicto y con posterioridad a conflictos, Informe del Secretario General, S/2004/616, agosto de 2004.

² En el Anexo II se enumeran los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes.

³ Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos. Resolución 2005/20 ECOSOC. Véase también el Protocolo Opcional sobre la venta de niños, prostitución de niños y pornografía infantil, artículo 8, y los documentos correspondientes en el Anexo II.

⁴ Véanse como ejemplo los artículos 36, 42, 54 y 68 del Estatuto de Roma.

poner fin a la impunidad para delitos contra niños⁵. También recomiendan el establecimiento de sistemas de justicia restaurativa exhaustivos, centrados en el niño, y que reflejen los estándares internacionales.

A pesar de este importante avance, los niños aún no son considerados como los beneficiarios clave de las iniciativas jurídicas. Por ejemplo, el trabajo orientado a implementar estándares de justicia para la infancia es a menudo manejado por separado de reformas más amplias de la justicia. Habitualmente, también es llevado a cabo mediante planteamientos verticales, destinados a mejorar el sistema de justicia para menores o las respuestas a los niños víctimas y testigos, sin considerar la frecuente superposición entre estas categorías y los profesionales e instituciones que tienen responsabilidades sobre ellas. El acceso a la justicia, aunque cada vez es más reconocido como una estrategia importante para proteger los derechos de grupos vulnerables, y, por tanto, para luchar contra la pobreza, rara vez toma en cuenta a los niños.

Garantizar que los niños se integren a una reforma de justicia más amplia y tengan acceso a sistemas de justicia imparciales, transparentes y sensibles a la infancia, mediante los cuales puedan hacer cumplir y proteger sus derechos, daría lugar a sistemas de justicia con mayores fortalezas y mejores en general, así como también permitiría un mayor cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de los compromisos de las Naciones Unidas. El informe del Secretario General de la ONU⁶, presentado en la 61ª sesión de la Asamblea General en 2006, establece un marco claro para la normativa jurídica de las actividades relativas a Fondos y Programas de Departamentos y Organismos de las Naciones Unidas. Define tres categorías generales sobre el estado de derecho, y señala que el fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia y las instituciones son importantes para el imperio de la ley en conflictos y, una vez superados, y para el desarrollo a largo plazo. La Decisión N° 2006/47 del Comité de Políticas del Secretario General permitirá identificar las principales entidades para los distintos componentes del trabajo sobre el estado de derecho y delinear sus responsabilidades. Mientras se considera a UNICEF como el principal organismo encargado de la justicia juvenil, todas las entidades tienen diferentes papeles que desempeñar en el fortalecimiento general de los sistemas nacionales y las instituciones, tanto en las crisis y luego de ellas, como en contextos de desarrollo.

Esta nota conceptual esboza estrategias para un enfoque conjunto de las Naciones Unidas respecto a la justicia para la infancia en el marco de las reglas existentes en el estado de derecho. El enfoque tiene por objeto garantizar que las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas y de otros instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la justicia en favor de la infancia se reflejen en una reforma política más amplia y en los esfuerzos para su aplicación. Un

⁵ UNICEF, OHCHR y OMS apoyaron conjuntamente el estudio, realizado por un especialista independiente designado por el UNSG. Véase el Informe del especialista independiente para el Estudio de Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños (agosto de 2006), A/61/299.

⁶ Asamblea General, Unir nuestras fuerzas: Mejorar el apoyo de Naciones Unidas al estado de derecho, Informe del Secretario General, A/61/636-S/2006/980, 14 de diciembre de 2006.

enfoque conjunto ayudará a las entidades de las Naciones Unidas a activar el apoyo de los socios que trabajan en programas más amplios en torno a estado de derecho, gobernabilidad, seguridad y reforma del sector judicial en el que la justicia en favor de la infancia pueda integrarse fácilmente. También se espera que reduzca costos y maximice los resultados de las respectivas actividades.

El documento conceptual se presenta en tres partes. La primera parte contiene el fundamento y define la expresión “justicia en favor de la infancia” y los elementos básicos del enfoque. La segunda parte recuerda aquello que une a las entidades de las Naciones Unidas en torno a este concepto, es decir, un mandato sobre derechos humanos y la coherencia de la agenda de las Naciones Unidas. La tercera parte describe el enfoque en forma más detallada, destacando cómo los niños pueden ser mayormente tomados en cuenta dentro del estado de derecho actual y las estrategias afines de desarrollo, además de la manera de reforzar intervenciones adicionales y complementarias con el fin de mejorar el respeto de los derechos del niño.

Definición de justicia en favor de la infancia

El objetivo de la justicia en favor de la infancia es asegurar que los niños⁷ sean mejor atendidos y protegidos por los sistemas de justicia⁸. En concreto, la justicia en favor de la infancia tiene por finalidad garantizar la plena aplicación de las normas y reglas internacionales para todos los niños que entran en contacto con los sistemas de justicia como víctimas, testigos y presuntos delincuentes, o por otras razones en que la intervención judicial sea necesaria, por ejemplo, en cuanto a su cuidado, custodia o protección⁹. Cualquiera sean las razones por las que los niños estén en contacto con los sistemas de justicia, suelen estar relacionados con las mismas instituciones y profesionales.

Este objetivo también incluye asegurar **el acceso de los niños a la justicia** para solicitar y obtener reparación en materia civil y penal. El acceso a la justicia puede definirse como la capacidad de obtener una solución justa y oportuna por las violaciones de derechos, conforme se propone en las normas y principios nacionales e internacionales (incluida la CDN). La imposibilidad de acceso a la justicia es una característica definitoria de la pobreza y un impedimento para erradicar la pobreza y la igualdad de género. El acceso de los niños a la justicia, por lo tanto, es una parte vital del mandato de la ONU para reducir la pobreza y cumplir los derechos del niño. El acceso adecuado a la justicia requiere la habilitación legal de todos los niños: todos deberían tener la posibilidad de exigir sus derechos, a través de servicios jurídicos y otros, como el derecho a la educación o el asesoramiento y el apoyo de adultos versados en estos temas.

⁷ Respecto al artículo 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, un niño es “todo ser humano menor de dieciocho años, a menos que, por aplicación de leyes vigentes, la mayoría de edad se obtenga antes”.

⁸ Véase la definición de sistemas de justicia más abajo.

⁹ La justicia en favor de la infancia va más allá de la justicia para menores –por ejemplo, trabajo con niños en conflicto con la ley–, incluye a todo niño que pase por los sistemas de justicia, cualquiera que sea la razón (víctima, testigo, cuidado, custodia, supuesta ofensa, etc.).

A los efectos de la presente nota, un **sistema de justicia**¹⁰ comprende: (1) justicia controlada por el Estado e instituciones encargadas del cumplimiento de la ley, incluida la judicatura (penal y civil), ministerios de justicia e interior, policías, cárceles y servicios de investigación y persecución penal; (2) mecanismos de justicia no estatales, es decir, toda la gama de mecanismos tradicionales, consuetudinarios, religiosos e informales que se ocupen de las controversias a nivel de la comunidad¹¹. También incluye las entidades y mecanismos relacionados, tales como asociaciones profesionales, parlamentos, comisiones de reforma de la legislación, facultades de derecho, centros de formación de jueces y de policías, centros académicos, comisiones de derechos humanos, defensores del pueblo, organizaciones no gubernamentales y voluntarios de la asistencia jurídica gratuita. En algunos casos, las fuerzas armadas también pueden incluirse, por ejemplo, cuando se les encomienda potestades de vigilancia en virtud de las leyes nacionales o cuando han de integrarse en órganos nuevos o reformados encargados de hacer cumplir la ley. En general, el sistema de justicia se considera como parte del **sector de seguridad** en sentido amplio. Según el informe del Secretario General sobre el papel de la ONU en el apoyo a la reforma del sector de la seguridad: “el sector de seguridad es un término amplio utilizado para describir las estructuras, instituciones y el personal responsable de la gestión, prestación y supervisión de la seguridad en un país”¹². Además del sistema de justicia, tal como se describe en este apartado, se acepta generalmente que el sector de la seguridad también incluya los servicios de defensa e inteligencia, así como otros actores que desempeñan un papel en la gestión y supervisión del diseño y la aplicación de la seguridad, tales como los pertinentes ministerios, órganos legislativos y grupos de la sociedad civil y otros actores no estatales como los servicios de seguridad privada y autoridades consuetudinarias o informales. **Los sistemas de bienestar social** —incluido el conjunto de leyes de protección social, reglamentos, servicios y profesionales de trabajo social— también tienen un papel importante que desempeñar en la justicia en favor de la infancia, como se detalla más adelante en la parte III, punto 3.

Algunos importantes principios rectores relativos a la justicia en favor de la infancia

La defensa de los principios y las normas de derechos humanos es esencial para el funcionamiento del estado de derecho, incluida la justicia en favor de la infancia. Los siguientes principios de los derechos del niño, fundados en las normas y estándares jurídicos

¹⁰ El informe anteriormente mencionado del Secretario General, “Estado de derecho y justicia transitoria en sociedades en conflicto y con posterioridad a los conflictos”, de agosto de 2004, define a la justicia como “un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reivindicación de los derechos, y la prevención y el castigo de los errores. La justicia implica respeto a los derechos de los acusados, a los intereses de las víctimas y al bienestar de la sociedad en general.”

¹¹ DFID, resumen de Sistemas No Estatales de Justicia y Seguridad, División de Políticas, de mayo de 2004. Aunque “estatales” y “no estatales” es la terminología utilizada en esta nota, se reconoce que hay mecanismos informales “no estatales” de resolución a veces establecidos por el propio Estado.

¹² Asamblea General / Consejo de Seguridad, Garantizar la paz y ejercer el papel de Naciones Unidas de apoyo a la reforma del sector de seguridad, Informe del Secretario General, A/62/659-S/2008/39, 23 de enero de 2008.

internacionales¹³, deben guiar toda justicia donde intervengan niños, desde el desarrollo de políticas hasta el trabajo directo con los niños:

1. Todo niño tiene derecho a que su interés superior sea primordialmente considerado.

En todas las medidas concernientes a los niños, ya sean realizadas por los tribunales de justicia, autoridades administrativas u otras, incluso las no estatales, el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial. Este principio se aplicará tanto en el momento de adoptar decisiones respecto de un niño en particular como de grupos de niños. Es un principio que debe orientar todo el proceso (judicial, administrativo o de otro tipo), y también ser primordialmente considerado a la hora de determinar en primer lugar si el niño debe o no participar en el proceso.

2. Todo niño tiene derecho a un trato equitativo y justo, libre de todo tipo de discriminación.

El principio de no discriminación sostiene el desarrollo de programas de justicia en favor de la infancia y da apoyo a los programas para que todo niño tenga acceso a la justicia. Especial atención hay que dar a los grupos más vulnerables de niños, incluyendo —pero no limitado a— los niños asociados con grupos armados, niños sin cuidado paterno, niños con discapacidades, niños pertenecientes a grupos minoritarios, niños emigrantes, niños nacidos como resultado de violaciones en tiempos de guerra y niños afectados por VIH/SIDA. Esto también significa que los niños privados de libertad y los sujetos a atrocidades en tiempos de guerra (a menudo considerados como que “merecen menos”) tienen los mismos derechos que los demás niños. En todas las intervenciones debería adoptarse un enfoque sensible al género. En particular, debe reconocerse la vulnerabilidad específica de las niñas soldados debido a la conducta contra-cultural que representa el llevar armas y la consiguiente estigmatización social. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta las necesidades específicas de las niñas en los sistemas de justicia para menores, que por lo general se basan en modelos masculinos. Los servicios ofrecidos no deben verse limitados por los estereotipos de género y deben ofrecer una gama de opciones para niños y niñas.

3. Todo niño tiene derecho a expresar su opinión libremente y a ser escuchado.

Los niños tienen un derecho particular a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de un representante u órgano apropiado, conforme a las normas procesales de la legislación nacional. Esto implica, por ejemplo, que el niño reciba una información adecuada sobre el proceso, las opciones y las posibles consecuencias de estas opciones, y que tanto la metodología utilizada para interrogarlos como el contexto (por ejemplo, lugar donde son entrevistados, por quién y cómo) sean amigables y adaptados al niño en cuestión. En contextos de conflictos y con posterioridad a éstos, también es importante involucrar plenamente a los niños en los procesos de justicia de transición. La participación significativa de los niños en los procedimientos

¹³ Véase la lista de instrumentos internacionales en el Anexo II.

jurisdiccionales estatales y no estatales requiere a menudo un cambio significativo en el derecho, la práctica jurídica y en las actitudes. Deben tenerse en cuenta los obstáculos particulares que enfrentan las niñas para ser oídas, como falta de confianza o experiencia en ser escuchadas y tomadas en serio.

4. Todo niño tiene derecho a la protección contra el abuso, la explotación y la violencia.

Los niños en contacto con la ley deben ser protegidos de condiciones difíciles, mientras son sometidos a procedimientos jurisdiccionales, así como después del proceso. Por lo tanto, los procedimientos han de ser adaptados y aplicarse medidas de protección adecuadas, haciendo notar que los riesgos que enfrentan niños y niñas son diferentes. Se debe prohibir toda tortura o trato cruel, inhumano o degradante o castigo (incluido el castigo corporal)¹⁴. Además, la pena capital y la cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación no se impondrán por delitos cometidos por niños.

5. Todo niño tiene derecho a ser tratado con dignidad y compasión. Todo niño debe ser tratado como un ser humano único y valioso y, como tal, su dignidad individual, necesidades, intereses y privacidad deben ser respetados y protegidos.

6. El respeto de las garantías jurídicas y las salvaguardias. Las garantías procesales básicas, como se establece en las normas y principios nacionales e internacionales, se deberán garantizar en todas las etapas del procedimiento, tanto estatales y no estatales como en la justicia internacional. Esto incluye, por ejemplo, el derecho a la intimidad, el derecho a la asistencia jurídica y de otro tipo de asistencia y el derecho a impugnar cualquier decisión ante una autoridad judicial de superior jerarquía.

7. Prevención de conflictos con la ley como un elemento fundamental de cualquier política de la justicia juvenil¹⁵. Dentro de las políticas de justicia juvenil, se hará hincapié en las estrategias de prevención a fin de facilitar el éxito de la socialización y la integración de todos los niños, en particular a través de la familia, la comunidad, grupos de compañeros, las escuelas, formación vocacional y el mundo del trabajo. En particular, los programas de prevención deben centrarse en el apoyo a los niños y familias particularmente vulnerables.

8. La privación de libertad de los niños sólo debe utilizarse como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Por lo tanto, ha de contarse con disposiciones para la justicia restaurativa, mecanismos de rehabilitación y alternativas a la privación de libertad. Por la misma razón, la planificación en materia de justicia para menores debe basarse en los sistemas de justicia informal y tradicional, siempre y cuando respeten los principios y normas de los derechos humanos básicos, como la igualdad de género.

¹⁴ Véase la Observación General N° 8, Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (2006), "El derecho del niño a la protección contra castigos corporales y otras formas crueles o degradantes de castigo".

¹⁵ La prevención de violaciones a los derechos del niño en general no está incluida en el ámbito de aplicación del presente planteamiento común de Naciones Unidas sobre la justicia en favor de la infancia (véase la definición). Sin embargo, el restablecimiento del estado de derecho se considera generalmente como una estrategia para prevenir nuevos abusos y violaciones, entre ellos —pero no limitado a— la violencia institucional.

SEGUNDA PARTE:

¿QUÉ UNE A LAS ENTIDADES DE LAS NACIONES UNIDAS EN TORNO A LA JUSTICIA EN FAVOR DE LA INFANCIA?

Esta sección describe por qué es importante y pertinente un enfoque conjunto sobre la justicia en favor de la infancia entre los Departamentos, Agencias, Fondos y Programas de las Naciones Unidas, incluida la presencia en terreno. En tal sentido, destaca lo que une a las entidades de las Naciones Unidas en torno a este tema, esto es: (1) un mandato común acerca de la concreción de los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y (2) la coherencia de la agenda de las Naciones Unidas.

Conciencia de los derechos humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)

Las entidades de las Naciones Unidas comprometidas con el planteamiento sobre la justicia a favor de la infancia tienen el imperativo de apoyar a los países en la aplicación de las normas de derechos humanos, incluidas las relativas a la justicia en favor de la infancia, de acuerdo con sus respectivos mandatos¹⁶. Todas están obligadas a defender los principios enumerados en la sección anterior. Todas las entidades que participan, por tanto, tienen como objetivo común hacer realidad los derechos de los niños que pasan por los sistemas de justicia. Todas, también, se basan en un enfoque de planificación fundado en los derechos humanos. Tal enfoque de derechos humanos tiene por objeto desarrollar la capacidad de las personas para exigir la responsabilidad en tres formas principales: (1) mediante la definición de un alcance mínimo de reivindicaciones legítimas, es decir, los derechos humanos; (2) a través del mejoramiento de los mecanismos de responsabilización y los procesos por los cuales ellos protegen estas reivindicaciones, tales como los sistemas de justicia, y (3) mediante la habilitación de las personas, incluidos los pobres, excluidos y marginados, para que reivindiquen sus derechos.

La Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) proporcionan un marco para todo el sistema de las Naciones Unidas a fin de trabajar conjunta y coherentemente por un fin común¹⁷. Los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio constituyen un plan convenido por todos los países del mundo y las principales instituciones de desarrollo. Ellos han impulsado esfuerzos sin precedentes para satisfacer las necesidades de los más pobres del mundo. Hay una serie de Objetivos de Desarrollo del Milenio que se refieren a los derechos del niño, en particular los objetivos 1 a 7, y la Declaración del Milenio incluye una sección específica sobre protección de las personas vulnerables, como son los niños. En consonancia con el concepto de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos

¹⁶ En el Anexo III se detallan los mandatos de los organismos.

¹⁷ Asamblea General, Declaración del Milenio, quincuagésimo quinto período de sesiones, septiembre de 2000.

humanos, la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio sobre la pobreza, salud, educación y género no será posible sin la debida atención a la protección de los niños. También se ha reconocido que la igualdad de género es fundamental para lograr todos los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Como se detalla más abajo, los sistemas de justicia pueden ser herramientas poderosas para romper el ciclo de la pobreza.

Además de la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en 2002 la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en favor de la Infancia aprobó el documento *Un Mundo Apropiado para la Infancia*¹⁸. La mayoría de los 10 objetivos se aplica también a la justicia en favor de la infancia¹⁹. Más recientemente, el informe del estudio de la ONU sobre la Violencia contra los Niños²⁰ realizado por un especialista independiente (2006), también incluye recomendaciones directamente relacionadas con la justicia en favor de la infancia. Exige a los Estados, por ejemplo, “establecer sistemas de justicia para menores, centrados en el niño, amplios y rehabilitadores, que respeten las normas internacionales”. Las recomendaciones también se concentran en la reducción del número de niños que ingresan en los sistemas de justicia y en garantizar la responsabilidad y poner fin a la impunidad llevando ante la justicia a todos aquellos que ejerzan violencia contra los niños.

La reducción de la pobreza

La adhesión al estado de derecho (incluida la justicia en favor de la infancia) y la reducción de la pobreza están estrechamente relacionados. Este vínculo es cada vez más reconocido por actores multilaterales y bilaterales. Los niños que viven en hogares pobres son los más vulnerables al contacto con la ley como víctimas, testigos y delincuentes. Ellos son más propensos a ver negados sus derechos y resultan más vulnerables a la explotación. Paralelamente, a menudo es difícil para los pobres, excluidos y marginados buscar y obtener reparación. Por consiguiente, pueden caer aún más en la pobreza. El incumplimiento por parte de los Estados a proporcionar protección contra la delincuencia y el acceso a la justicia es un obstáculo para el desarrollo. Los Estados cuyos sistemas jurídicos y judiciales sean deficientes resultan poco atractivos para los inversionistas.

La habilitación legal, el acceso a la justicia y el funcionamiento de los sistemas de justicia contribuyen a la reducción de la pobreza. Los sistemas de justicia que funcionan y resultan accesibles son las principales vías para exigir los derechos y superar la privación, exclusión social y la negación de los derechos a prestaciones. Estos sistemas, sin embargo, deben ser accesibles y los pobres, incluidos los niños, necesitan estar habilitados para el ejercicio

²⁰ Asamblea General, *Un Mundo Apropiado para los Niños*, resolución 27 / 2, octubre de 2002.

¹⁹ El Objetivo 1 pide un interés superior por el niño en todas las acciones; el Objetivo 2 pide inversión en la infancia; el Objetivo 3 pide terminar con todas las formas de discriminación contra los niños; el Objetivo 6 pide la protección de los niños contra la violencia y la explotación, y el Objetivo 7 pide la protección de los niños contra la guerra.

²⁰ Asamblea General, Informe del especialista independiente para el estudio de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, A/61/299, agosto de 2006.

de sus derechos. A su vez, esta habilitación a menudo se extiende a todos los aspectos de la vida de los niños, teniendo como consecuencia, por ejemplo, mejores destrezas para la vida —tales como la autoprotección y la autoestima— y, por tanto, un mayor desarrollo armónico con un efecto positivo en el disfrute de todos los derechos. Un sistema judicial operativo también puede funcionar como medio eficaz de disuasión de nuevas violaciones y, por tanto, poner fin a la espiral de violencia y pobreza.

El papel de un sistema de justicia operativo y accesible y la habilitación de las personas para reducir la pobreza, representan una oportunidad para que las entidades de la ONU integren la justicia en favor de la infancia en las estrategias de reducción de la pobreza. Los países que tienen en marcha una Estrategia de Reducción de Pobreza (ERP), mediante este proceso y la amplia consulta que implica, serán el lugar natural para promover la integración de la justicia en favor de la infancia en cuestiones de reducción de la pobreza y estrategias para participar activamente con los aliados.

Agenda coherente de las Naciones Unidas y eficacia de la asistencia

En el contexto de la reforma de las Naciones Unidas, las entidades de esta organización están invitadas a colaborar cada vez más en la ejecución de programas que sean coherentes con un marco general, en la búsqueda de un conjunto de objetivos. La agenda coherente de la ONU proporciona a las entidades oportunidades de aumentar su cooperación en diversos sectores, tales como el estado de derecho y la justicia en favor de la infancia. La decisión del Secretario General en noviembre de 2006²¹ establece que “a fin de fortalecer y racionalizar la capacidad de las Naciones Unidas en el campo del imperio de la ley”, uno de los principales objetivos de las entidades de las Naciones Unidas debería ser “aumentar significativamente la coherencia y coordinación en todo el sistema de las Naciones Unidas y con quienes no pertenezcan a esta organización, tanto en los planos mundial como nacional”. Con este objetivo en mente, se han designado las principales entidades a áreas específicas del estado de derecho. La designación de un ente rector a un área en particular, sin embargo, no implica desempeñar un papel exclusivo y las principales entidades tendrán en cuenta y aprovecharán la capacidad y experiencia de otras entidades. A nivel nacional, se espera que los Marcos de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDAF) sean el encuadre dentro del cual se formulen los objetivos y las intervenciones que se detallan a continuación. El presente documento es una contribución a una mayor coherencia en las Naciones Unidas en el área del estado de derecho.

En el mismo orden de ideas, las entidades de las Naciones Unidas también fueron dirigidas por la Cumbre Mundial (septiembre de 2005) para trabajar en consonancia con la Declaración de París sobre la Eficacia de la Asistencia (marzo de 2005), que tiene por objeto reformar el

²¹ Secretario General, Decisión N° 2006/47 – Estado de Derecho, noviembre de 2006.

modo en que la asistencia se gestiona y proporciona. La Declaración enuncia los principios para la eficacia de la asistencia: propiedad, alineación, armonización, mutua rendición de cuentas y gestión basada en los resultados. Este documento, por lo tanto, contribuye a una mayor armonización en torno a la justicia en favor de la infancia dentro de la ONU y ofrece la base para una mayor armonización con otros actores.

TERCERA PARTE: INTERVENCIONES ESTRATÉGICAS DE LA JUSTICIA EN FAVOR DE LA INFANCIA

Esta parte describe cómo las entidades deben trabajar juntas por la justicia en materia de temas de la infancia en el contexto de derechos humanos, Objetivos de Desarrollo del Milenio y coherencia de las Naciones Unidas. La clave para las estrategias de cooperación son: (1) integrar a la justicia en favor de la infancia dentro de programas más amplios encaminados a establecer el imperio de la ley, y (2) reforzar programas adicionales y complementarios para mejorar el respeto de los derechos del niño, con especial atención en labores para la comunidad a fin de promover el acceso a la justicia y la habilitación legal de los pobres, excluidos y marginados.

1. El estado de derecho como marco general

La justicia en favor de la infancia es una contribución a una mayor coherencia en las Naciones Unidas en el campo del imperio de la ley. En 2004, en la Asamblea General, el Secretario General articuló un “lenguaje común para las Naciones Unidas, incorporando conceptos de justicia, estado de derecho y justicia de transición”²². La comunidad internacional ha reconocido la importancia de la seguridad humana, el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley en el fortalecimiento de las sociedades durante los conflictos y con posterioridad a ellos. En consecuencia, las entidades de las Naciones Unidas requieren apoyar progresivamente el estado de derecho en instituciones y procesos para reconstruir la justicia y lograr la reconciliación para las comunidades afectadas. En este contexto, hay una creciente presión internacional para establecer mecanismos de rendición de cuentas con el objeto de investigar y registrar los conflictos relacionados con las violaciones de derechos humanos y el derecho humanitario cometidas contra civiles, así como para incluir el imperio de la ley y los esfuerzos de reforma de la justicia desde el principio de las labores de la etapa post-conflicto y de consolidación de la paz. El establecimiento de tribunales ad hoc para los países que salen de conflictos (por ejemplo, ex Yugoslavia, Ruanda), tribunales mixtos (por ejemplo, Sierra Leona, Camboya), el despliegue internacional de magistrados en las jurisdicciones nacionales (Kosovo), la Corte Penal Internacional y numerosas comisiones de verdad y reconciliación reflejan este impulso.

²² Consejo de Seguridad, el Estado de Derecho y la justicia de transición en sociedades en conflicto y con posterioridad a los conflictos, Informe del Secretario General, S/2004/616, agosto de 2004.

a) Estructura existente de coordinación de las Naciones Unidas

Una serie de entidades de las Naciones Unidas —tales como PNUD, DOMP, ACNUDH, DPA, ONUDD, UNIFEM, UNICEF y OLA— se activa en estado de derecho y un número creciente de iniciativas se están llevando a cabo tanto en el plano mundial como nacional. Estas iniciativas se refieren a distintos campos —como la gestión pública, reforma del sector de seguridad²³, promoción de los derechos humanos o reforma jurídica y judicial— y van desde la reforma jurídica e institucional hasta el desarrollo de la capacidad institucional, defensa y prestación de servicios. Los mandatos de las respectivas entidades y actividades relativas al imperio de la ley y la justicia en favor de la infancia se enumeran en el anexo III. Estas actividades se coordinan a nivel mundial en los siguientes foros:

- **Rule of Law Coordination and Resource Group (Grupo de Coordinación y Recursos para el Estado de Derecho):** Conforme a lo mencionado en 2006, el Secretario General ha definido una división del trabajo entre los principales organismos de la ONU y estableció un Grupo de Coordinación y Recursos para el Estado de Derecho con el fin de fortalecer y racionalizar la capacidad de las Naciones Unidas en el ámbito del estado de derecho²⁴. El objetivo del Grupo es asegurar la coordinación general del conjunto de tres categorías del estado de derecho²⁵. Se compone de las principales entidades de las Naciones Unidas²⁶, encargadas de las funciones específicas que se enumeran en el Anexo 1. Cada organismo es responsable de: (1) aumentar la coherencia y mejorar la coordinación entre la ONU y las organizaciones protagonistas no vinculadas a las Naciones Unidas en los planos mundial y nacional, y (2) aumentar y profundizar su propia capacidad en lo que respecta a las esferas prioritarias. El Grupo es presidido por el Secretario General Adjunto y tiene el apoyo de una pequeña secretaría, la Unidad del Estado de Derecho. Las reuniones se celebran conforme a necesidades y asisten los directores de entidades o sus reemplazos. La Asamblea General ha reiterado su apoyo al Grupo y a la Unidad de Estado de Derecho en una resolución aprobada el 6 de diciembre de 2007²⁷.
- **Inter-agency Security Sector Reform (SSR) Task Force (Task Force para la Reforma del Sector de Seguridad Interinstitucional):** Dentro de este marco general, se ha creado en febrero de 2007²⁸ un *Task Force* para la Reforma del Sector de Seguridad Interinstitucional, lo que refleja —para el ámbito específico de reforma de la seguridad—

²³ “La Reforma del Sector de Seguridad (SSR) describe un proceso de evaluación, revisión y aplicación, así como el seguimiento y la evaluación dirigida por las autoridades nacionales que tienen como objetivo la mejora de la eficacia y la responsabilidad en la seguridad para el Estado y sus pueblos, sin discriminación y con pleno respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley”. Asamblea General / Consejo de Seguridad, garantizar la paz y el desarrollo: El papel de Naciones Unidas en apoyo a la reforma del sector de seguridad, Informe del Secretario General, A/62/659-S/2008/39, 23 de enero de 2008.

²⁴ Secretario General, Decisión N° 2006/47 - Estado de Derecho, noviembre de 2006.

²⁵ Véanse detalles sobre las tres categorías a continuación y en el Anexo I.

²⁶ DOMP, OLA, OHCHR, PNUD, UNHCR, ONUDD, DAP y UNIFEM. Aunque UNICEF no forma parte del Grupo, se ha reconocido su liderazgo en el ámbito de la justicia de menores y su papel en las cuestiones relacionadas con el desarme, DDR y MRE, entre otras.

²⁷ A/RES/62/70, 6 de diciembre de 2007.

²⁸ Decisión del Secretario General N° 2007/11, 16 de febrero de 2007.

la división del trabajo establecida para el estado de derecho en su totalidad, como se ha descrito anteriormente. Las funciones del *Task Force* incluyen la elaboración de normas y principios para orientar e informar sobre actividades de las Naciones Unidas en materia de la citada Reforma y la facilitación de consultas interinstitucionales y coordinación de cuestiones relativas a la Reforma del Sector de Seguridad. Consulta y sirve de enlace con el Grupo de Coordinación y Recursos para el Estado de Derecho. El *Task Force* es co-presidido por el PNUD y el DOMP. Se reúne periódicamente, con una composición similar a la del Grupo de Coordinación y Recursos para el Estado de Derecho. En 2008 se creará una unidad de apoyo para funcionar como directiva de desarrollo y respaldo de políticas estratégicas para el sistema de las Naciones Unidas sobre temas de Reforma del Sector de Seguridad. Será una directiva interinstitucional situada en el DOMP. El Grupo de Estudio ha preparado el primer informe para el Secretario General sobre Reforma del Sector de Seguridad que define y presenta el alcance de este trabajo de las Naciones Unidas²⁹.

- **Global Protection Cluster Working Group (PCWG) (Grupo de Trabajo de Protección Internacional):** Creado en septiembre de 2005 como parte de la reforma humanitaria, el Grupo de Trabajo de Protección Internacional (PCWG) es el principal foro interinstitucional a nivel de sede central para la colaboración y coordinación general de actividades de apoyo a la protección de acciones humanitarias. A nivel mundial, el PCWG facilita respuestas más predecibles, responsables y eficaces mediante la creación de capacidades, políticas y desarrollo de herramientas y el apoyo táctico en terreno. Con el compromiso sobre el estado de derecho en las situaciones de conflictos y crisis en curso dentro de un marco de pronta recuperación, se reconoce a PNUD como el centro de coordinación del estado de derecho dentro del PCWG. En su papel como centro de coordinación, el PNUD se propone trabajar en estrecha colaboración con UNICEF y otros PCWG miembros para apoyar la construcción de sólidos sistemas de justicia tanto en situaciones de conflicto como de desastres naturales, y garantizar la eficacia de los vínculos con el Grupo de Coordinación y Recursos para el Estado de Derecho y la Unidad del Estado de Derecho.
- **Interagency Panel on Juvenile Justice (IPJJ) (Grupo Interinstitucional de Justicia Juvenil):** Este grupo fue establecido por la Resolución 1997/30 del ECOSOC, y reúne a los principales organismos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales que trabajan en el ámbito de la justicia juvenil³⁰. El grupo tiene por objeto facilitar y mejorar la coordinación a nivel mundial y nacional en materia de justicia juvenil: identificar instituciones afines que trabajan a nivel de país y sus actividades; alentar a

²⁹ Asamblea General / Consejo de Seguridad, garantizar la paz y el desarrollo: el papel de Naciones Unidas en apoyo a la reforma del sector de seguridad, Informe del Secretario General, A/62/659-S/2008/39, 23 de enero de 2008.

³⁰ Los miembros actuales del Grupo son los siguientes: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR); Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas (DOMP); Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD); Comité de los Derechos del Niño; Defensa de Niñas y Niños Internacional (DCI); Reforma Penal Internacional (PRI); Save the Children del Reino Unido; Terre des hommes-aide à l'enfance (TDH); Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT); Asociación Internacional de la Juventud y Jueces y Magistrados de la Familia (IAVJM) y el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil (IJO).

las respectivas oficinas en terreno para trabajar juntos en pro de un enfoque común a nivel de país; promover diálogos corrientes con aliados nacionales en asuntos de justicia juvenil; identificar, desarrollar y difundir herramientas comunes y prácticas útiles, y llevar la protección de los derechos de menores en conflicto con la ley a la agenda de la comunidad internacional.

- **A nivel nacional**, son varios los foros pertinentes para debatir sobre la justicia en favor de la infancia, dependiendo de la situación local. Tema que, por ejemplo, podría ser discutido en el grupo sobre Protección cuando se establezca en respuesta a una crisis o en los grupos de derechos humanos y protección de la infancia.

b) Categorías de estado de derecho

En un segundo informe en 2006³¹, el Secretario General ha agrupado los estados de derecho en tres categorías principales³²:

- Categoría 1: Estado de derecho a nivel internacional
- Categoría 2: Estado de derecho en el contexto de los conflictos y las situaciones posteriores a conflictos
- Categoría 3: Estado de derecho en el contexto del desarrollo a largo plazo

La justicia en favor de la infancia es una cuestión transversal que debe abordarse en las tres categorías. A continuación se sugieren ejemplos de cómo las entidades de las Naciones Unidas podrían colaborar en este sentido, utilizando los elementos principales de cada categoría como una estructura³³. Los elementos de sistemas relacionados de las categorías de 2 y 3 se examinan más abajo en el punto 3 (“*Fortalecimiento de los sistemas nacionales ante estallidos de crisis mediante desarrollo a largo plazo*”). Otros elementos relacionados a la categoría 2, como la justicia de transición, se examinan en el punto 4 (“Otros aspectos a tener en cuenta durante y después de situaciones de crisis”).

2. El estado de derecho a nivel internacional³⁴

La importancia y pertinencia del compromiso de las entidades de las Naciones Unidas respecto al derecho internacional ya se han mencionado anteriormente en este documento. De acuerdo con las ventajas comparativas de las entidades, se dan a continuación ejemplos

³¹ Asamblea General / Consejo de Seguridad, Unión de nuestras fuerzas: Mejorar el apoyo de Naciones Unidas al estado de derecho, Informe del Secretario General, A/61/636-S/2006/980, diciembre de 2006.

³² Véase el anexo I sobre categorías del Estado de Derecho y sectores.

³³ El Grupo de Coordinación del Estado de Derecho y Recursos sigue discutiendo algunos de los contenidos de las categorías. Las actuales disposiciones también han de examinarse caso por caso. Como resultado de ello, las sugerencias que figuran en este documento también se estudiarán y afinarán a medida que el Grupo avance en su labor.

³⁴ Esta categoría abarca cuestiones de derecho internacional tanto a nivel nacional como mundial.

prácticos de las intervenciones relacionadas con la justicia en favor de la infancia dentro de esta primera categoría:

- Promover la firma, ratificación y aplicación de tratados multilaterales relativos a la justicia en favor de la infancia³⁵, así como la utilización y aplicación —en los niveles nacional y regional— de los principios de las Naciones Unidas y normas en materia de prevención del delito y justicia penal, y ayudar a los Estados en la preparación de la necesaria legislación de aplicación relativa a los mencionados instrumentos jurídicos.
- Hacer que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos del Niño, sus protocolos y los documentos correspondientes a la justicia en favor de la infancia, incluidos los principios y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sean ampliamente conocidos y comprendidos, y promover su uso en todos los procesos de creación de políticas y elaboración de leyes, en particular, promover la Observación General del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño³⁶ que define los elementos del marco jurídico y normativo en el ámbito de la justicia para menores.
- Promover la atención a la justicia en favor de la infancia en los órganos de tratados sobre derechos humanos; en particular, apoyar el papel del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en la vigilancia de las normas internacionales relativas a la justicia en favor de la infancia, incluso mediante la difusión de las observaciones finales y el suministro de apoyo técnico en su aplicación.
- Promover la atención a los niños víctimas y testigos en la Corte Penal Internacional y tribunales ad hoc o mixtos, específicamente mediante el diseño de procedimientos simplificados para el niño en consonancia con las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, con particular atención en los delitos de naturaleza especialmente sensible, como el abuso sexual que sufren los niños, lo cual puede exponer a la víctima a repercusiones socio-culturales como ‘crímenes de honor’ o el ostracismo.

3. Fortalecimiento de los sistemas nacionales ante crisis y con posterioridad a las crisis mediante el desarrollo a largo plazo

Los sistemas judiciales estatales y no estatales que funcionen a nivel nacional son un requisito esencial para el estado de derecho en el contexto de situaciones de crisis y después de ellas (segunda categoría), así como en el contexto de desarrollos a largo plazo (tercera

³⁵ Véase la lista en el Anexo II.

³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 “Derechos de los niños en la justicia para menores”, CRC/C/GC/10, 9 de febrero de 2007.

categoría). Las instituciones legales, judiciales y encargadas de hacer cumplir la ley, así como los mecanismos no formales, deben ser operativos y tener la capacidad de proceder con los casos. También necesitan ser capaces de atender derechos y necesidades específicos de los niños, lo que no es habitual. De forma paralela al fortalecimiento del sistema de justicia, el sistema de bienestar y protección social debería también aumentar su capacidad para ayudar a garantizar que los niños, víctimas, testigos y delincuentes reciben el pleno respeto de sus derechos. Como están relacionados entre sí, tanto la justicia como los sectores sociales necesitarán reforzarse y mejorar su interacción con el fin de lograr resultados duraderos para los niños.

A fin de garantizar la continuidad, las actividades del estado de derecho en contextos de crisis, con posterioridad a las crisis y desarrollo a largo plazo necesitan reflejarse entre sí en forma cercana. El cambio que va de la respuesta inicial de emergencia a la recuperación temprana, el momento posterior a las crisis y el desarrollo a mediano y largo plazo, es un proceso continuo donde cada etapa se basa en la anterior, sin clara separación entre ellas. Por lo tanto, las intervenciones estratégicas que figuran a continuación deben llevarse a cabo tan pronto como sea posible durante o después de la crisis.

Las intervenciones estratégicas se dividen en dos categorías principales: (1) la integración de las cuestiones de la infancia en esfuerzos más amplios del estado de derecho y (2) el fortalecimiento de la justicia y los sistemas sociales con el fin de garantizar el pleno respeto de los derechos del niño.

a) Integración de las cuestiones de la infancia en esfuerzos más amplios

Con este enfoque conjunto, las entidades de las Naciones Unidas se comprometen a reflejar plenamente los derechos del niño tal como se estipula en las normas y reglas internacionales de todas las gestiones del estado de derecho, y de acuerdo con estas normas, velar por que sus intervenciones promuevan principalmente la justicia rehabilitadora, la desviación de los sistemas judiciales y alternativas a la privación de libertad. Las intervenciones se incluyen:

- En los **procesos de planificación nacional**, tales como los planes nacionales de desarrollo, CCA/UNDAF, sector de la justicia de amplio planteamiento (SWAps), evaluaciones de la pobreza y Estrategias de Reducción de la Pobreza, y las políticas o planes de acción elaborados como seguimiento al Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños.
- En **labores de reforma legal, institucional y de políticas** a nivel nacional y regional³⁷. La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

³⁷ Cuando se trata de la justicia para menores, la Observación General N° 10 emitida por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en febrero de 2007 y la resolución de ECOSOC sobre Apoyo a los esfuerzos nacionales para reformar la justicia en favor de la infancia (E/CN.15/2007/L.10/Rev.1, abril de 2007) son importantes documentos rectores.

—el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado—, así como los principios y normas pertinentes de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal pueden ser buenos puntos de partida para una reforma jurídica, institucional y política más amplia.

- En los **programas de desarrollo y formación para elevar la capacidad institucional** (en servicio, inicial, inclusión en el plan de estudios) para las instituciones jurídicas y judiciales (fiscalía, asistencia jurídica y representación, ministerios de justicia, derecho penal, administración de los tribunales, derecho civil) y aplicación de la ley, parlamentos, asistentes jurídicos³⁸, sector social, instituciones y personal penitenciario. La capacitación sobre procedimientos o cuestiones de fondo también podría ser proporcionada a personal de justicia no estatal y debe incluir la sensibilización hacia una perspectiva de género.
- En los **códigos de conducta, normas de selección y contratación y normas de prácticas** útiles para la aplicación de la ley, el poder judicial, gestión y personal de las cárceles, abogados, trabajadores sociales, asistentes jurídicos y otros profesionales relacionados con niños en contacto con la ley.
- En los programas que promueven **la responsabilidad de la aplicación de la ley** como, por ejemplo, mecanismos de responsabilización de la policía o juntas de ciudadanos que revisan la conducta de la policía.
- Cuando se establecen o reforman **órganos de vigilancia** de los derechos humanos (comisiones parlamentarias, oficinas del defensor del pueblo, comisiones de derechos humanos, etc.), velando por que se preste la debida atención a los niños en los sistemas de justicia, incluso en instituciones cerradas. Estos órganos también podrían desempeñar un papel en asegurar que los mecanismos no estatales cumplan con los derechos humanos.
- Al discutir y decidir sobre la asignación de los **presupuestos nacionales y la asistencia internacional**, a fin de asegurar los medios suficientes para las reformas.

b) El fortalecimiento de la justicia y los sistemas sociales con el fin de garantizar el pleno respeto de los derechos del niño

Además de lo anterior, determinados temas han de ser reforzados a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos del niño, tales como:

- **Construir la base de conocimientos sobre los niños en los sistemas de justicia**, mediante la creación y mantenimiento de bases de datos nacionales sobre niños en el

³⁸ “Los asesores jurídicos son no profesionales, y a menudo resultan elegidos por los grupos a los que sirven, que reciben una formación jurídica especializada y que proporcionan diversas formas de educación jurídica, asesoramiento y asistencia a los desfavorecidos”. Stephen Golub, *Más allá de la ortodoxia del Estado de Derecho: la alternativa de habilitación jurídica*; Serie Estado de Derecho, Carnegie Endowment for International Peace, Proyecto de Democracia y el Estado de Derecho, N° 41, octubre de 2003; p. 33.

sistema de justicia, el desarrollo de los programas nacionales de investigación sobre la naturaleza y el alcance de los delitos por y en contra de los niños³⁹, incluidas las investigaciones sobre los/las proclives a ser víctimas de delitos, o análisis del costo de la privación de libertad frente a alternativas o de los efectos de la detención en la creación de una sociedad segura. La investigación debe llevarse a cabo conforme al uso de los mecanismos de justicia no estatales por parte de los niños y el respeto por los derechos del niño dentro de tales mecanismos, siempre que se tenga en cuenta una perspectiva de género. Estas evaluaciones deben informar a Evaluaciones Comunes para Países (CCA). Las prácticas de buena justicia en favor de la infancia deben estar documentadas.

- **Crear conciencia sobre los derechos de los niños que pasan por los sistemas de justicia** como víctimas, testigos y delincuentes (o por cualquier otro motivo), así como el efecto de tales sistemas en los niños. Los derechos de determinados grupos de niños, como las niñas, las minorías y los niños indígenas, los discapacitados y los niños con VIH/SIDA, y el efecto diferencial de los sistemas de justicia en estos grupos es un objetivo importante. Esta será una oportunidad para poner de relieve, por ejemplo, que “la violencia contra los niños víctimas, testigos y delincuentes es prevenible y no justificable”⁴⁰, que muchos niños en el sistema de justicia penal no pertenecen allí y que las políticas de “mano dura a la delincuencia”, en general, no dan lugar a una sociedad más segura.
- **Promover la justicia restaurativa, rectificación y alternativas a la privación de libertad.** De acuerdo con el principio de privación de libertad como medida de último recurso, debe establecerse la justicia restaurativa, la rectificación y las alternativas a la privación de libertad que promueven la reinserción del niño en la sociedad. Los niños pueden considerarse como un punto de partida menos controvertido para promover ese tipo de medidas alternativas para los adultos también.
- **Promover mecanismos de justicia no estatales e informales, en consonancia con los derechos del niño.** Se estima que en muchos países en desarrollo la mayoría de las controversias se tratan fuera del sistema estatal. Los mecanismos de justicia no estatales tienden a abordar las cuestiones que son de relevancia directa para los niños más desfavorecidos, incluida la protección de la tierra y la propiedad en el caso de niños huérfanos por causa del VIH/SIDA o conflictos, resolución de controversias familiares y de la comunidad y protección de los derechos, tales como el acceso a los servicios públicos. Estos sistemas pueden ser menos intimidantes y cercanos a los niños, tanto físicamente como en términos de sus preocupaciones. En muchos casos, sin embargo, es necesario trabajar con las comunidades para lograr estos

³⁹ Recomendaciones del informe del especialista independiente para el estudio de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, A/61/299, agosto de 2006.

⁴⁰ Informe del especialista independiente para el estudio de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, agosto de 2006, A/61/299.

mecanismos en consonancia con los derechos del niño y para eliminar los sesgos discriminatorios hacia las mujeres y las niñas.

- **Permitir la plena participación del sector social** en la justicia en favor de la infancia y el fortalecimiento de la coordinación entre los sectores de la justicia y el social. El sector social tiene un papel importante que jugar en varios niveles: (1) en la prevención de los conflictos con la ley (por ejemplo, apoyar a las familias en situación de riesgo), (2) durante el proceso judicial o extra-judicial (por ejemplo, preparar o asistir, o ambas cosas, al niño durante la entrevista o la realización de una investigación social), (3) en programas de rectificación y la disposición de alternativas a la privación de libertad (por ejemplo, proporcionando orientación, supervisión o servicios de libertad condicional), (4) en la prestación de servicios de apoyo a los niños víctimas de malos tratos, explotación y violencia, (5) en la fase de reintegración (incluida la preparación de la familia para el regreso del menor).
- Ayudar a capacitar a los gobiernos a prevenir delitos contra los niños y detectar, investigar y enjuiciar a los delincuentes, incluso mediante el fomento de la capacidad de profesionales de justicia, militares, de aplicación de la ley y bienestar social y el refuerzo de la cooperación multidisciplinaria entre sectores. Esto incluye la **violencia de género** contra los niños, **incluida la violencia sexual, así como la trata de personas**.

4. Empoderamiento y acceso a la justicia

Los sistemas de justicia estatales y no estatales que funcionan, tal como se ha descrito anteriormente, seguirán siendo irrelevantes si los niños, incluidos los más desfavorecidos, no pueden acceder a ellos. Los obstáculos para el acceso pueden incluir barreras económicas, discriminación jurídica e institucional, falta de conciencia, de capacidad, de divulgación, de confianza de las instituciones formales, protección inadecuada, miedo a las represalias o falta de acceso físico. El acceso a la justicia debería mantenerse, en la medida de lo posible, en todo momento en las situaciones de urgencia, asegurando una respuesta a demandas legales 'habituales' tal como se presentan en cualquier sociedad, pero también a las personas directamente relacionadas con la crisis, como por ejemplo de propiedad, tutela o demanda de asistencia. La solución de estos problemas inmediatos es un paso necesario para mantener, fortalecer o restablecer el imperio de la ley. En consonancia con el planteamiento basado en los derechos humanos para planificar, todas las personas deben tener igualdad de acceso a los recursos legales. El principio de no discriminación implica, por tanto, especial atención a aquellos grupos que no tienen acceso. En consecuencia, los programas deberían promover pro-activamente medidas específicas y apoyar todo lo que favorezca a grupos marginados, incluidos los niños. Las niñas deben ser objeto de especial atención ante casos particulares de carencia de poderes o de falta de experiencia desproporcionada.

El *empoderamiento* jurídico es un concepto clave en este sentido. Se puede definir como “la utilización de los servicios jurídicos y relacionados con las actividades de desarrollo para aumentar el control de las poblaciones desfavorecidas sobre sus propias vidas”⁴¹. Como complemento del planteamiento del estado de derecho que se funda en instituciones y procede de lo general a lo particular, por lo general fortalece la sociedad civil y la capacidad jurídica y el poder de los pobres, excluidos y marginados con el fin de abordar sus prioridades. La *empoderamiento* se puede considerar como uno de los componentes de acceso a la justicia, pero también tiene consecuencias más amplias (en el sentido de aumentar el control sobre la propia vida). Es un complemento necesario para la reforma jurídica e institucional, ya que en muchos países las leyes no se aplican plenamente o no se hacen cumplir, especialmente en lo que respecta a las disposiciones para los más desfavorecidos. Sin la debida *empoderamiento* el planteamiento del estado de derecho también a menudo no presta suficiente atención a las necesidades de los más necesitados, especialmente los niños, y no puede traducirse en una mejora significativa en la vida de las personas. El trabajo de la *empoderamiento* a nivel de la comunidad puede, a su vez, informar e influir en la reforma legal a nivel nacional.

Las posibles intervenciones estratégicas de nuevo incluyen tanto la integración de las cuestiones de la infancia en iniciativas ya existentes como las intervenciones que deben fortalecerse a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos del niño. En lo que respecta a lo primero, la integración de los niños en cuestiones de acceso a las iniciativas de justicia se produciría al identificar los grupos cuyo acceso igualitario a la justicia están mayormente en riesgo, así como las barreras de acceso, y al definir las estrategias para eliminar éstas. En este último caso, las intervenciones que deben fortalecerse a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos de los niños incluyen:

- Garantizar los **derechos a la educación y la conciencia jurídica para todos los niños** (incluidas las niñas, los desplazados y los niños emigrantes, niños de la calle, huérfanos y niños separados de sus familias, niños pertenecientes a grupos minoritarios, niños privados de libertad, niños discapacitados y otros grupos desfavorecidos), **así como para las familias y comunidades**. Esto implica que el niño esté informado de sus derechos y entienda lo que debe esperar y no esperar de los sistemas de justicia. Esto incluye también la comprensión de los beneficios, pero asimismo los riesgos en la búsqueda de la justicia (por ejemplo, en términos de seguridad). En la medida de lo posible, por ejemplo, se deberían integrar programas de sensibilización en los programas escolares, así como en iniciativas existentes, tales como educación en habilidades sociales, asesoramiento psicosocial o espacios amistosos para los niños, como parte de esfuerzos más amplios para ayudar a los niños a tener el control de sus vidas. Los padres y las comunidades en general también deben estar habilitados,

⁴¹ *Más allá de la ortodoxia del Estado de Derecho: la alternativa de habilitación jurídica*; Stephen Golub; Carnegie Endowment for International Peace; octubre de 2003.

con el fin de acometer acciones en favor de los niños (especialmente los más jóvenes) cuando sea necesario, y también como una manera de defender los derechos de toda la familia. Todos los adultos que trabajan con niños pueden convertirse en recursos pertinentes destinados a los niños para acceder a los sistemas de justicia, en materia de información y apoyo.

- **Recurrir a proyectos de participación de los niños** (o establecer este tipo de proyectos si no se dispone de ellos) para garantizar que los niños se comprometan desde el principio a identificar cuestiones jurídicas importantes para ellos, así como —en situaciones posteriores a un conflicto— el o los mecanismos de justicia transitoria más adecuados y las maneras de mejorar el diálogo dentro de la comunidad. Esto también facilitará su adecuada representación en la restitución de procesos de toma de decisiones.
- Promover procedimientos sensibles al niño y planteamientos que garanticen la **participación a gran escala en procesos judiciales, administrativos y de base comunitaria**. Esto puede requerir cambios en las leyes, la práctica jurídica (por ejemplo, técnicas de entrevista), las capacidades y entorno físico y, más en general, las actitudes hacia la participación de los niños.
- Apoyar **servicios legales y de asistencia jurídica con base en la comunidad para los niños**. Esto incluiría: (1) Desarrollo de capacidades de las redes y colegios de abogados, y también de asesores jurídicos, incluidas las mujeres, de la comunidad en cuestión. Los asesores jurídicos son un elemento importante de múltiples facetas para prestar información jurídica básica, asesorar, representar niños en procesos administrativos, asistir en litigios y, en general, generar conciencia en materia de derechos. Como integrantes de la comunidad, estas personas están a menudo más cerca de los intereses de los niños y les resultan menos intimidatorias; (2) Apoyar o establecer servicios a cargo de organizaciones no gubernamentales a nivel comunitario, tales como centros de información jurídica, clínicas de ayuda legal y centros de defensa socio-jurídica para proporcionar información jurídica y representación a los niños, junto con otros servicios (por ejemplo, asesoramiento psicosocial). En situaciones de emergencia y posteriores a las emergencias, estos servicios y los profesionales deben ser capaces de hacer frente a la tutela, herencia y otras cuestiones de derecho público, en particular para los huérfanos, niños refugiados que regresan y niños desplazados dentro de un país.
- **Apoyar a organizaciones de la sociedad civil para facilitar el acceso de los niños a sistemas de justicia no estatales**. Fomentar en particular la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil para aumentar la sensibilización sobre los mecanismos de justicia no estatales entre la población, capacitar a funcionarios de la justicia en cuestiones de derechos humanos, supervisar las actividades de las entidades no estatales, informar sobre violaciones de los derechos humanos y ayudar a garantizar

condiciones equitativas de los resultados. También dichas organizaciones deberían ayudar a estos sistemas para responder mejor a las necesidades de los niños.

5. Aspectos adicionales a tener en cuenta en situaciones de crisis y con posterioridad a una crisis

Como ya se ha mencionado, las intervenciones estratégicas citadas en las secciones anteriores deben iniciarse tan pronto como sea posible a partir del estallido de la crisis, en la fase de recuperación temprana y en las etapas posteriores a la crisis. En esta sección se describen las posibles intervenciones adicionales que reflejan las peculiaridades de las situaciones de crisis y luego de ellas.

De hecho las situaciones de crisis (conflictos y desastres naturales), a menudo resultan en un colapso parcial o total de la justicia y del sector de la seguridad —tales como daños a la propiedad e insuficiente capacidad, autoridad o ambas cosas para proporcionar un eficaz servicio público, incluida la gestión de justicia—. En situaciones de enfrentamientos armados, la continua amenaza de los conflictos y la violencia agrava aún más esa falta de capacidad institucional. El conflicto en sí mismo puede ser una señal de que el sistema jurídico no ha podido manejar los enfrentamientos entre grupos o individuos. Asimismo, en algunos casos, la policía y otras instituciones judiciales sí podrían ser un factor de inseguridad pública, intimidación, violencia o de desconfianza por sus prácticas abusivas. En estos casos, para llevar a cabo reformas en profundidad, un país necesita asumir las violaciones de los derechos humanos y otros factores que contribuyen a la inestabilidad. En el contexto de situaciones de conflictos y posteriores a conflictos, el sector de la seguridad es también de particular relevancia en la justicia en favor de la infancia. La seguridad es una fuerte preocupación para la población y una condición esencial para la recuperación. Se requiere una buena gestión de personal competente que opere en un marco institucional definido por la ley. Un sector de la seguridad mal gestionado obstaculiza el desarrollo, desalienta la inversión y contribuye a perpetuar la pobreza.

Los niños se ven particularmente afectados por situaciones de inestabilidad y esta vulnerabilidad específica debe ser reconocida en todo momento. Ellos pueden resultar separados de sus cuidadores, quedar huérfanos o angustiados por lo que han visto y sufrido. El abuso, la explotación, la violencia y la discriminación son por lo general exacerbados en tiempos de crisis. Los niños se encuentran entre las principales víctimas de la violencia de género, la explotación sexual o el reclutamiento de fuerzas armadas. También están a menudo afectados por el aumento de la violencia familiar por cuanto las tensiones en la comunidad impregnan a los hogares. La proliferación de armas pequeñas y ligeras debido a las guerras es factor de inseguridad e intimidación para las mujeres y niños, aumentando la frecuencia y gravedad de la violencia familiar. A veces son empujados a entrar en conflicto con la ley, como una estrategia de supervivencia o como consecuencia directa de la alteración general del orden. Por lo tanto, la planificación de justicia debe ser complementaria a la asistencia humanitaria y las labores de socorro para prevenir o

mitigar situaciones de alto riesgo para los niños durante las situaciones de emergencia. En la medida en que acaben con la impunidad, los sistemas de justicia justos y eficaces son también a menudo una forma de evitar violaciones adicionales.

En las últimas décadas, los niños han sido cada vez más afectados y convertidos en objetivos de la guerra, entre ellos el secuestro, la violación, los matrimonios forzados y el reclutamiento como soldados. La mayoría de estos crímenes se cometen con impunidad. La convocatoria a una mayor participación nacional e internacional de rendición de cuentas en tal sentido ha dado lugar a la evolución del derecho internacional que ha prestado más importancia a la interposición de acciones legales ante delitos contra los niños⁴². Por lo tanto, un aspecto importante de la justicia en favor de la Infancia con posterioridad a los conflictos es la justicia de transición. En su informe de 2004 sobre el estado de derecho y la justicia de transición en los conflictos y las situaciones posteriores a conflictos, el Secretario General definió el concepto como que comprende “la gama completa de procesos y mecanismos de una sociedad que intenta asumir un legado de abusos a gran escala en el pasado, con el fin de asegurar la responsabilidad, servir a la justicia y lograr la reconciliación.”⁴³ Estos pueden incluir tanto mecanismos judiciales como no judiciales, con diferentes niveles de participación internacional y juicios individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, someter a investigaciones y despidos o una combinación de ambos. Los mecanismos de responsabilización pueden adoptar muchas formas, entre ellas: la Corte Penal Internacional (CPI), tribunales ad-hoc y mixtos, enjuiciamiento en tribunales nacionales, y mecanismos no judiciales, tales como comisiones de Verdad y Reconciliación y prácticas tradicionales.

Los ejemplos de intervenciones estratégicas en situaciones de crisis y luego de ellas, incluyen:

- Velar por que los intereses de los niños y sus derechos estén incluidos en los **acuerdos de paz**. Estos proporcionan importantes puntos de entrada y una oportunidad para establecer los objetivos y principios de los sistemas de justicia y velar por que los niños sean tenidos en cuenta plenamente.
- Velar por que los intereses de los niños estén incluidos en el debate sobre mecanismos de justicia de transición desde el principio —incluso en las investigaciones ad hoc, descripción de hechos puntuales y comisiones de investigación— y que se prevean disposiciones para su plena participación en tales mecanismos. Los procedimientos deben estar en consonancia con las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos y la participación de los niños debe guiarse por el principio de su interés superior.

⁴² Centro Innocenti de UNICEF, Debate de Especialistas sobre la Justicia de Transición y la Infancia, documento final, 10-12 de noviembre de 2005.

⁴³ Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades en conflicto y con posterioridad a los conflictos, Informe del Secretario General, S/2004/616, agosto de 2004.

- Promover la situación posterior a la crisis **como una oportunidad para establecer un sistema de justicia juvenil** adaptado a las necesidades del país y para desarrollar estrategias nacionales destinadas a la rehabilitación del niño, incluidos los principios de justicia restaurativa, medidas de rehabilitación y alternativas a la privación de libertad. Las situaciones de crisis efectivamente ofrecen, a menudo, oportunidades para reestructurar el gobierno y hacer una revisión legislativa general para “construir de nuevo mejor”, incluso mediante una reforma del sistema de justicia. Si bien muchas intervenciones inmediatamente posteriores a la crisis se centran en el desarrollo de capacidades a corto plazo, rehabilitación de la infraestructura e iniciativas de justicia de transición, estos esfuerzos deben formar parte de una estrategia más amplia encaminada a establecer un sistema nacional de justicia de conformidad con las normas internacionales en el mediano y largo plazo.
- Paralelamente, el apoyo también tiene que proporcionarse a los **mecanismos de justicia no estatales**, por cuanto habrían actuado de alguna forma a lo largo del período de crisis y pueden desempeñar un papel fundamental en el período inmediatamente posterior cuando el restablecimiento de la seguridad y el imperio de la ley sean una prioridad. Como ya se ha mencionado estos mecanismos a menudo tienen que ajustarse a los derechos humanos —y más concretamente los derechos de las mujeres y las niñas—, por ejemplo, mediante un mejor control, mayor conciencia y desarrollo de capacidades.
- Velar por que **los intereses de los niños estén incorporados en debates e iniciativas sobre seguridad y justicia**, incluidas las misiones de pacificación, y desde el principio las misiones conjuntas de evaluación y planificación de las Naciones Unidas; abogar por que sus voces se escuchen y promover la comprensión de que las cuestiones que ellos enfrentan es probable que sean factores determinantes en el logro de la paz. En cuanto a la reforma del sector de seguridad, podría incluir, por ejemplo, los derechos del niño, la sensibilización de género, la mediación y la resolución de conflictos en materia de capacitación de las fuerzas de seguridad y aplicación de la ley, así como centrarse en sus responsabilidades como garantes de la protección de los niños. Esto debería incluir la capacitación para las misiones de pacificación, especialmente fuerzas de paz militares y de la policía.
- (Re) construir la capacidad de organizaciones, instituciones, organismos, medios de comunicación y grupos comunitarios locales de **abogar por los niños y supervisar el cumplimiento de sus derechos**. En particular, en situaciones de conflicto, esto debe incluir el apoyo a la creación de un mecanismo informativo y de supervisión de violaciones a los derechos del niño conforme a la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad⁴⁴. La información recopilada a través de tal mecanismo también debe

⁴⁴ Consejo de Seguridad, Resolución 1612, 26 de julio de 2005.

informar a los procesos de justicia transitoria. Asimismo se debe prestar atención a la aplicación de la Resolución del Consejo de Seguridad 1325⁴⁵ sobre la Mujer, la Paz y la Seguridad que se refiere, además, a la protección de las niñas.

- **Desarrollar la capacidad de los servicios jurídicos, la sociedad civil y los asistentes jurídicos sobre cuestiones jurídicas** de especial importancia para los niños en situaciones de crisis y situaciones posteriores a una crisis, como la tutela, los derechos a la tierra y de propiedad (con la debida atención a la difícil situación de las niñas que no les estaría permitido heredar o poseer legalmente la propiedad), el registro, el documento nacional de identidad y la ciudadanía, la apatridia, así como graves violaciones de los derechos humanos, como la violencia sexual y de género. Al hacerlo, debe prestarse especial atención a posibles prácticas discriminatorias, por ejemplo hacia ciertos grupos étnicos, las niñas, hijos adoptados o ilegítimos. Los asesores jurídicos deberían estar constituidos tanto por hombres como por mujeres.
- **Desarrollar la capacidad de la sociedad civil para diseñar y ejecutar programas con relación a la justicia en favor de la infancia en situaciones apremiantes**, con el objetivo de mantener a los menores lejos de conflictos con la ley (incluida la información sobre riesgos de explotación, secuestro y reclutamiento por fuerzas armadas), mejora de las condiciones de detención o asegurar el desarme rápido, desmovilización y reintegración de niños vinculados a fuerzas armadas, considerando como parte de los esfuerzos generales el desmovilizar y reintegrar a los grupos de milicias, teniendo en cuenta la igualdad de acceso a la reinserción a conjuntos de niñas.
- **Abogar por donantes** de importantes recursos a ser invertidos en la justicia en favor de la infancia como parte de la respuesta a la crisis; por ejemplo, incluir los temas de la justicia para menores en los Planes Comunes de Acción Humanitaria (CHAP) y los Procesos de Llamamiento Unificado (CAP) cuando sea pertinente, así como los programas conjuntos y financiación a través de nuevos mecanismos como el Fondo para la Paz.

6. Ámbitos transversales de cooperación en materia de justicia en favor de la infancia

Además de lo anterior, un planteamiento común de las Naciones respecto a la justicia en favor de la infancia incluye los siguientes ámbitos transversales de cooperación, a ser ejecutados por entidades de las Naciones Unidas conjuntamente a nivel de sede central y de países en función del contexto local y las capacidades. Estas son las actividades genéricas que deberían seguir desarrollándose en los documentos de programación específica y adaptarse a nivel de país.

⁴⁵ Consejo de Seguridad, Resolución 1325, 31 de octubre de 2000.

- Creación de directrices y herramientas comunes:
 - Crear directrices y herramientas comunes conforme a las necesidades informadas a nivel país, incluido posiblemente un manual de planificación sobre la justicia para niños y los indicadores de seguimiento específicos para los niños.
 - Documentar y recoger las prácticas útiles existentes así como las emergentes y las lecciones aprendidas sobre la protección y participación de los niños en los sistemas de justicia.
 - Crear un sitio web sobre la justicia en favor de la infancia (o ampliar uno ya existente) con enlaces a cada organismo de las Naciones Unidas, incluidos los instrumentos existentes y las prácticas útiles.
 - Elaborar directrices sobre la determinación de los mejores intereses en los procesos de justicia.
 - Elaborar directrices éticas para todos los profesionales que trabajan con niños en contacto con la ley.

- Asesoría Jurídica Interinstitucional:
 - Asignar y mantener uno más centros de coordinación dedicados dentro de cada organismo de las Naciones Unidas que participa y asegurarse de que sus contactos sean ampliamente compartidos entre las redes y grupos de referencia que trabajan en el tema justicia.
 - Asegurar que los problemas de los niños sean sistemáticamente tenidos en cuenta en documentos de las Naciones Unidas sobre el estado de derecho, el acceso a la justicia, la reforma del sector de seguridad y la justicia de transición.
 - Promover la cuestión de la justicia en favor de la infancia en las redes existentes de las Naciones Unidas y grupos de referencia tanto en entornos estables como inestables (como el Grupo de Coordinación del Estado de Derecho y Recursos y el Grupo de Protección de Conjuntos en situaciones de emergencias).
 - Dar a conocer la labor de esas redes y grupos de referencia a través de Internet, intranet y publicaciones.
 - Crear grupos de estudio específicos por país en torno al tema de la justicia en favor de la infancia dentro de foros existentes, tales como redes de protección de la infancia.

- Recaudación de fondos:
 - Asegurar que los requisitos relacionados con las necesidades de financiamiento se reflejen en los marcos de recaudación de fondos elaborado por los organismos de la ONU (como CAP, UNDAF o bilaterales)

- Abogar con el gobierno por la justicia en favor de la infancia que debe tenerse en cuenta en las asignaciones presupuestarias.
- Abogar con los donantes por la justicia en favor de la infancia para que se incluya en el financiamiento conforme a derecho.
- Explorar la manera de asignar algunos de los proyectos financiados existentes conforme a derecho para hacer frente a la justicia en favor de la infancia.

- Ampliación de alianzas:

- Mejorar las relaciones con los donantes bilaterales y las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, para trabajar eficazmente con los fondos fiduciarios de donantes múltiples que ejecutan programas sobre el estado de derecho y la justicia en favor de la infancia.
- Explorar las asociaciones con las ONG internacionales y nacionales que trabajan en los temas de la justicia en favor de la infancia.

- Creación de capacidad interna:

- Organizar la capacitación conjunta de personal de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la justicia en favor de la infancia.
- Integrar las cuestiones de la justicia en favor de la infancia en la capacitación y material previos a la distribución del personal pertinentes en las misiones de los cuerpos de paz.

ANEXO I: Cuadro de categorías y sectores del estado de derecho e integración de la justicia en favor de la infancia dentro de cada categoría y sector

Categoría	Componentes y sectores	Propuesta de integración de las actividades de justicia en favor de la infancia
Estado de derecho a nivel internacional	Cuestiones relativas al Capítulo de las Naciones Unidas	
	Tratados multilaterales	
	Mecanismos Internacionales de Resolución de Disputas	X
	Corte Penal Internacional	X
	Abogar, capacitar y educar en materia de derecho internacional	X
El estado de derecho en el contexto de situaciones de conflicto y situaciones posteriores a conflictos	Justicia de transición	
	<i>Procesos de consulta sobre justicia de transición nacional</i>	X
	<i>Mecanismos de verdad y reconciliación</i>	
	<i>Procesos de reparación</i>	X
	<i>Tribunales internacionales y mixtos</i>	
	<i>Instituciones nacionales de derechos humanos</i>	X
	<i>Procesos de verificación a fondo</i>	
	<i>Investigaciones ad hoc, determinación de hechos y comisiones de averiguaciones</i>	
	Fortalecimiento de Sistemas de Justicia e Instituciones Nacionales	
	<i>Instituciones legales y jurídicas</i>	
	<i>Dirección de tribunales</i>	X
	<i>Derecho civil</i>	X
	<i>Organismos de policía y cumplimiento de la ley</i>	X
	<i>Cárceles</i>	X
	<i>Integración de normas y principios de derechos humanos en todos los campos</i>	X
	<i>Supervisión</i>	X
	<i>Gestión de fondos fiduciarios</i>	X
	Otras cuestiones prioritarias	
	<i>Justicia consuetudinaria, tradicional y comunitaria y mecanismos de resolución de disputas</i>	X
	<i>Protección y asesoría a víctimas y testigos</i>	
<i>Anticorrupción, crimen organizado, crimen organizado transnacional, tráfico y drogas</i>	X	
<i>Educación jurídica</i>	X	
<i>Justicia juvenil</i>	X	
<i>Cuestiones específicas de derecho público</i>	X	
<i>Aplicación de la ley interina, ejecutivo judicial y otras funciones a cargo de las Naciones Unidas</i>	X	
<i>Apoyo de seguridad a organismos nacionales para el cumplimiento de la ley</i>	X	
Estado de derecho en el contexto de desarrollos a largo plazo	<i>Fortalecimiento de la justicia nacional y los principios en todos los campos</i>	X
	<i>Integración de las normas sobre derechos humanos</i>	X
	<i>Supervisión de la policía, organismos de aplicación de la ley y cárceles</i>	X

ANEXO II: Algunos instrumentos jurídicos internacionales pertinentes y relativos a la justicia en favor de la infancia

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)

La CDN, vinculante para sus Estados Partes, establece los derechos de todos los niños, incluidos los niños víctimas, testigos y delincuentes. Se complementa con otros instrumentos vinculantes jurídicamente, así como se detalla por reglas y directrices adicionales relativas a la justicia juvenil, como también a los niños víctimas y testigos. Todos se enumeran a continuación.

Directrices y normas relativas a la justicia para menores

- Reglas mínimas para la Administración de la Justicia para menores de 1985 (Reglas de Beijing)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad 1990 (JDLs)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (Directrices de Riyadh)
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Medidas No Privativas de Libertad de 1990 (Reglas de Tokio)
- Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, Resolución 1997/30 del ECOSOC, 1997
- Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Rehabilitadora en Materia Penal (resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social, anexo)
- Observación General del Comité sobre los Derechos del Niño relativa a los derechos del niño en la justicia para menores. Este documento esboza los elementos básicos de una política de justicia para menores (2007).

Además, los instrumentos que regulan los derechos civiles y políticos en general, así como la administración de justicia y trato de los presos, en particular, también se aplican a niños como a todos los seres humanos (por ejemplo, Reglas Mínimas Básicas para el Tratamiento de Reclusos de 1955 o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Derechos Políticos de 1966 (ICCPR)).

Instrumentos relativos a los niños víctimas y testigos

Documentos vinculantes:

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, prostitución de niños y pornografía infantil, 2000.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño en torno a la participación de niños en los conflictos armados, 2000.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 2000.
- Convención sobre la prohibición y la acción inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (OIT 182), 1999.
- En situaciones de conflicto armado internacional: Convenciones de Ginebra III, IV, de 1949; Protocolo Adicional I de 1977.
- En situaciones de conflicto armado no internacional: Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949; Protocolo Adicional II de 1977.

Reglas y directrices adicionales:

- Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, 2005.
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resolución de la Asamblea General 40/34, 1985.
- Principios y Directrices sobre los niños relacionados con fuerzas armadas o grupos armados (Principios de París), febrero de 2007.
- Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

Más principios y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal: véase el sitio web de Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito (ONUDD) para obtener más detalles, <http://www.unodc.org>

ANEXO III: Mandatos de los organismos de la ONU con relación a la justicia en favor de la infancia⁴⁶

En este anexo se recuerda el mandato de cada organismo de las Naciones Unidas que participa en cuestiones relacionadas con la justicia y sus principales actividades con relación a la justicia en favor de la infancia.

- La **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD)** es el principal organismo de las Naciones Unidas para llevar a cabo las actividades internacionales en materia de prevención y control del delito mediante el fortalecimiento de la cooperación regional e internacional en la prevención y lucha contra el delito organizado transnacional, la promoción de acciones tendientes a combatir la trata de personas, el hampa transnacional, el blanqueo de dinero, la corrupción y el terrorismo. La ONUDD tiene también el mandato de ayudar a los Estados en la reforma y fortalecimiento de sus sistemas de justicia penal y el desarrollo y promoción de la utilización y aplicación de instrumentos internacionales, principios y normas en materia de prevención del delito y justicia penal⁴⁷, incluidos los relacionados con la justicia juvenil y los niños víctimas y testigos. La ONUDD ejecuta proyectos de cooperación técnica, incluso en situaciones posteriores a conflictos, para impedir la participación de los jóvenes en la delincuencia, fortalecer los sistemas de justicia juvenil y mejorar la rehabilitación y el tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley, así como para mejorar la protección de los niños víctimas.
- La **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)** es el principal organismo del sistema de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos, incluida la justicia de transición. Su compromiso es fortalecer el programa de derechos humanos de las Naciones Unidas y proporcionar órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas, incluido el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y los mecanismos especiales establecidos por la Comisión de Derechos Humanos. El ACNUDH proporciona apoyo y orientación en cuestiones de justicia de transición, tal como el desarrollo de instrumentos de política y asistencia en el diseño, creación y aplicación de mecanismos de justicia de transición. La Oficina del Alto Comisionado ofrece cooperación en el ámbito de la administración de justicia, incluida la justicia juvenil. Si bien esta Oficina no tiene un departamento específico que se ocupe de los niños, se ha comprometido a ayudar a los Estados en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otras normas y principios internacionales, y al seguimiento de las recomendaciones formuladas por el Comité sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶ Si bien sólo los organismos de la ONU se enumeran en la presente nota, es importante señalar que varias organizaciones no gubernamentales internacionales trabajan en el ámbito de la Justicia en favor de la Infancia, entre ellos Save the Children UK, Save the Children US, Defence for Children International, Reforma Penal Internacional. Los principales donadores, como el DFID, USAID, AusAID y CIDA y las instituciones financieras como el Banco Mundial, también apoyan programas en el ámbito de la reforma de la justicia.

⁴⁷ Emanan de su órgano rector, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

- El **Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)** tiene el mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas para abogar por la protección de los derechos del niño. UNICEF tiene, además, un planteamiento preventivo contra el abuso y la explotación de los niños mediante el apoyo a los gobiernos para crear un entorno protector para todos los niños. UNICEF trabaja para asegurar que los niños sean mejor atendidos por los sistemas de justicia que proporcionan una mayor protección a las víctimas, testigos y delincuentes. También se ocupa de garantizar un mejor acceso a la justicia en favor de la infancia, reducir el recurso de privación de libertad, fomentando la investigación sobre la sensibilidad del niño y los procedimientos judiciales, sanciones no privativas de libertad, justicia restaurativa y de desviación, recuperación y reintegración de los niños y prevención de abusos y explotación.
- El **Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)** es la red mundial de desarrollo de la ONU. Esta red vincula y coordina los esfuerzos mundiales y nacionales para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). Los PNUD apoyan capacidades nacionales en lo que respecta a la administración de sistemas de justicia formales e informales. También se dedican a los programas de justicia de transición y apoyan la capacidad de reestructuración y desarrollo de la policía, programas de reforma del sector de seguridad y reforma penitenciaria. El PNUD también está reconocido como el organismo central en materia de Estado de Derecho dentro del Grupo de Protección cuando el planteamiento de grupo se dispara a gran escala en situaciones de crisis.
- El **Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la Secretaría (DOMP)** lleva adelante el apoyo a la vigilancia y es compatible con otros aspectos relacionados con el estado de derecho de las operaciones de las fuerzas de paz, como los sistemas de justicia, jurídicos y penitenciarios. Asimismo, convoca a la Red Central del Estado de Derecho de las Naciones Unidas, un mecanismo de coordinación de estrategias del estado de derecho para las operaciones de paz. El Departamento no dispone de directrices específicas sobre la justicia en favor de la infancia, pero a menudo trabaja junto con UNICEF y el PNUD en las operaciones de paz y en situaciones posteriores a conflictos. El DOMP ha elaborado un manual de orientación para los centros penitenciarios, así como las normas mínimas para el tratamiento de jóvenes en las cárceles.
- El **Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM)** es el fondo de la mujer en las Naciones Unidas. Proporciona asistencia financiera y técnica a programas innovadores y estrategias para fomentar la habilitación de la mujer y la igualdad de género. Posicionando el adelanto de la mujer en materia de derechos humanos al centro de todos sus esfuerzos, UNIFEM concentra sus actividades en cuatro áreas estratégicas: fortalecer a la mujer en materia de seguridad económica y derechos; poner fin a la violencia contra la mujer; revertir la propagación del VIH / SIDA entre las mujeres y las niñas; lograr la igualdad de género en la gobernabilidad democrática en tiempos de paz como de guerra. En este sentido, UNIFEM asesora para elaborar programas y estrategias

para garantizar la igualdad de género y la justicia de género en los procesos de paz, así como en los procesos de rehabilitación y reconstrucción.

- La **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR)** trabaja para la creación de coherentes sistemas de asilos nacionales basados en la ley, que garanticen el acceso de los refugiados y los desplazados internos a la justicia durante su desplazamiento, así como en el contexto de las operaciones de retorno. Asimismo, contribuye a la prevención y reducción de la apatridia, proporcionando asesoramiento jurídico y técnico a los Estados y ayuda a la adopción de instrumentos normativos a nivel mundial y regional.
- Además, las siguientes entidades de las Naciones Unidas también tienen vínculos con la justicia en favor de la infancia: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) (mediante su trabajo sobre la violencia familiar, el tráfico de personas y la GBV), Organización Internacional del Trabajo (OIT) (mediante su labor contra el trabajo infantil), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH / SIDA (UNAIDS) (por la no discriminación y el acceso a los mecanismos equitativos para las personas que viven con el VIH / SIDA, así como el VIH / SIDA en las cárceles) y la UNESCO (cultura de promoción de la paz).

ANEXO IV: Siglas

AusAID	Agencia Australiana para el Desarrollo Internacional
CIDA	Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
DFID	Departamento para el Desarrollo Internacional (Reino Unido)
DOMP	Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
ONG	Organización No Gubernamental
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ERP	Estrategia para la Reducción de la Pobreza
UNAIDS	Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH / SIDA
UNDAF	Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNFPA	Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNHCR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
UNHCR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNIFEM	Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer
ONUDD	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNSG	Secretario General de las Naciones Unidas
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
WFFC	Un Mundo Apropiado para los Niños

