

Los derechos del niño en el sistema interamericano

Mary Beloff



© 2004 Editores del Puerto s.r.l.

Paraná 341 - 8° C
(1017) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Teléfax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINEAUM
Maqueta de interior: Adriana ORLANDO

Impreso en noviembre del 2004 en
Artes Gráficas Buschi S.A.
Ferre 2250/52. Buenos Aires

ISBN 987-9120-65-5

Hecho el depósito de ley 11.723

Tirada: 1.000 ejemplares

Libro de edición argentina.

Beloff, Mary
Los derechos del niño en el sistema interamericano. -
1ª ed. - Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004.
224 ps.; 22 x 15
ISBN 987-9120-65-5
1. Procedimientos y Tribunales de Menores I. Título
CDD 345.08

Fecha de catalogación: 23-07-04

Cecilia Tsova

Un modelo para armar iy otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*

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

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹ se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de no-

* Este trabajo reconoce muchos antecedentes. En primer lugar, el titulado *Estado de avance del proceso de adecuación de la legislación provincial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en la Argentina*, preparado para el Foro de Legisladores provinciales sobre derechos del niño en 1997. Agradezco a la Lic. Irene KONTERLLNIK el haberme invitado a escribirlo e incluido a incluir, en las conferencias para grandes auditorios, técnicas audiovisuales que hasta entonces no usaba en las conferencias académicas, y a recurrir a modelos gráficos explicativos del tipo de los que se desarrollan en este texto. En segundo lugar, le precede el trabajo que con un nombre parecido, sin referencias a la situación argentina, se incluyó en la "Revista Justicia y Derechos del Niño", Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999, n° 1, ps. 9-22. En tercer lugar, la conferencia que dicté en el Seminario "La Niñez y la Adolescencia ya no son las mismas (lo que todavía no se dijo)", organizada por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad, realizado en Buenos Aires, el 15/4/2002, por invitación de la Lic. Eva GUBERTI, a quien agradezco la oportunidad de haber participado en esas excelentes jornadas. Finalmente, decenas de reuniones, seminarios, conferencias, clases. Vaya pues mi reconocimiento a los cientos de personas que, en diferentes países, han debatido conmigo estos temas, con quienes, *as maos dadas*, estamos construyendo una nueva cultura en relación con la infancia y sus derechos. Agradezco, por último, a Verónica SPAVENTA el cuidadoso trabajo de edición de la conferencia del año 2002 y sus lúcidos aportes.

¹ En adelante la Convención o CDN.

tunidad de expedirse en uso de la competencia que le asigna el art. 64 del Pacto de San José en la Opinión Consultiva 1735.

Finalmente, el 16 de noviembre de 1999 entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador³⁶-. Con este Protocolo es posible compensar la debilidad relativa de la CDN respecto de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Ahora, en el contexto regional, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José y su protocolo adicional, es posible ingresar al sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular en relación con un derecho central de la infancia, para el que el Protocolo Adicional admite el mecanismo de peticiones individuales, que es el derecho a la educación.

II. Concepciones en tensión: de la irregularidad del tutelado a la integralidad de la protección

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

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

³⁵ Cf. Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Ver comentario en Capítulo IV de este mismo libro.

³⁶ Suscripto en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

II. 1. La concepción tutelar

Las leyes³⁷ e instituciones que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención pertenecen a lo que se ha dado en llamar, en cierta literatura regional, la “doctrina” o modelo “de la situación irregular”. Los llamé, en adelante, modelo tutelar.

Marco teórico

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

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso– y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas –idealmente privación de libertad bajo el nombre de internación– por tiempo indeterminado³⁹.

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

³⁸ Cf. IGLESIAS, Susana; VILLAGRA, Helena, y BARRIOS, Luis, *Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (eds.), *Del revés al derecho*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 389 y siguientes.

³⁹ Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medi-

En general, la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrorista clásico sino que utilizó otro, mucho más legítimo, que es el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención "protectora" del Estado⁴⁰, circunstancia que recién fue advertida y puesta en evidencia con la ruptura epistemológica que significó el paso del modelo etiológico al modelo de la reacción social, hacia el final de la década del 60⁴¹.

Características del destinatario de las normas e instituciones tutelares

En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, no lo constituye el universo de la infancia y la adolescen-

das de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos "menores en situación irregular" o en "estado de abandono, riesgo o peligro moral o material", o en las igualmente vagas -no obstante ser más modernas- categorías de "menores en circunstancias especialmente difíciles" o "en situación de disfunción familiar".

⁴⁰ Cf. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al castellano (de la segunda edición en inglés ampliada) de FÉLIX BLANCO, *Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982.

⁴¹ Sobre ese cambio de paradigma puede consultarse BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1991; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 1999; TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977, entre otros en español.

cia sino sólo una parte de ese universo: los "menores"⁴². Como lo recuerda Anthony PLATT al usar en su clásico libro una famosa cita de Enoch WINES, un "salvador de niños", estas normas e instituciones "especiales para menores" fueron creadas para la "excrecencia" de la categoría infancia a la que "[s]u indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmunda, impiden que [la] admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarraigados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos"⁴³.

Los "menores" -en este sentido- son aquellos que no ingresan al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después; como lo ha expresado claramente Antonio Carlos GOMES DA COSTA, los menores son el producto del proceso aprehensión + judicialización + institucionalización = menor⁴⁴. Para los menores se crearon los dispositivos tutelares que representan una forma de mirar, de conocer y de aprehender la

⁴² "Estas dos leyes [la ley 4.513 de 1964 que en Brasil establecía la Política Nacional de Bienestar del Menor, y la ley 6.697 de 1979 que creó el Código de Menores] no se dirigían al conjunto de la población infanto-juvenil brasileña. Sus destinatarios eran solamente los niños y jóvenes considerados en situación irregular. Entre las situaciones tipificadas como situación irregular se encontraba a los menores en estado de necesidad 'en razón de manifiesta incapacidad de los padres para mantenerlos'. De esta forma, los niños y adolescentes pobres pasaban a ser objeto potencial de intervención del sistema de administración de justicia de menores. Además, había un único conjunto de medidas aplicables a las que se destinaba, indiferentemente, al menor carente, al abandonado y al infractor". Cf. GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, en AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Ed. Galerna, 1992, p. 137.

⁴³ Cf. PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, cit., p. 10.

⁴⁴ GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, cit., ps. 131-154.

infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años las que, en casi un siglo de implementación, consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial.

En ese sentido es posible afirmar que la ley tutelar construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serían socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños, sobre quienes no se aplican este tipo de leyes. Un ejemplo de este punto es que ante a un mismo problema de la familia –violencia–, la respuesta estatal frente a los “menores” es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen al otro segmento de la infancia, es probable que no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia⁴⁵, también con sus particularidades, que no es posible analizar aquí.

Otra característica del modelo tutelar es que los “menores” son considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial. Es evidente que esta concepción se construye a partir de una definición negativa de estos actores sociales, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces, como “una isla rodeada de omisiones”, esa bella metáfora que utiliza Antonio Carlos GOMES DA COSTA⁴⁶, uno de los promotores del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil⁴⁷. Por esta razón, también, la opinión del

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

⁴⁶ GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, cit., p. 138.

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

niño deviene irrelevante⁴⁸. Un ejemplo de lo que se acaba de afirmar es que el “derecho de menores” –que lo que haya sido y siga siendo, es algo bastante alejado de la idea que de “derecho” tienen las sociedades occidentales modernas– utilizaba un lenguaje propio del derecho patrimonial. Términos como “disposición” o “depósito” son frecuentes en el derecho de menores, si bien provienen del derecho de las cosas, y no del derecho de las personas.

Esta distinción respecto del nivel de los significantes se corresponde en el plano de los significados porque, en el modelo tutelar, los menores son considerados objetos de tutela y representación encubierta bajo eufemismos.

Es por este motivo, también, que en esta concepción la protección a la que son sometidos “los menores” con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar derechos.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

El menor ingresa al dispositivo tutelar a partir de que algún funcionario estatal considera, discrecionalmente, que se encuentra en una situación “definida” mediante categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho (ya que colisionan con el principio de legalidad material), tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares⁴⁹. Como es el “menor” quien es-

⁴⁸ El “menor”, como el educando en el paradigma que Paulo FREIRE llamó “educación bancaria”, es como un receptáculo, carente de iniciativa y protagonismo en las acciones en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. Sobre la relación entre derecho y pedagogía, ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Pedagogía y justicia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., ps. 59 y siguientes.

⁴⁹ Sobre este punto es interesante señalar que las leyes tutelares no sólo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga

tá en situación irregular –por sus condiciones personales, familiares y sociales–, es objeto de intervenciones estatales coactivas, junto con su familia en gran parte de los casos⁵⁰.

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

Características de la respuesta estatal

La principal característica es la centralización, tanto como concentración de funciones en la misma persona, el juez de

enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, agregan una cláusula que establece que se encuentra en esa situación (irregular) todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida discrecionalmente según los parámetros morales, religiosos, etc., del juez o funcionario que toma conocimiento y debe decidir el caso (ver, por ejemplo, el derogado Código de Menores de Paraguay).

⁵⁰ Cf. DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Ed. du Minuit, 1977; en español, *La policía de las familias*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1990; en particular, Capítulo II.

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

menores, cuanto concentración territorial e institucional. Ejemplo de ello son las enormes instituciones nacionales de protección a la infancia creadas a lo largo del siglo en prácticamente todos los países de América Latina (SENAME en Chile, PANI en Costa Rica, FUNABEM en Brasil, Consejo del Menor en Argentina, INAME en Uruguay, ICBF en Colombia, ISPM en El Salvador, IHNFA de Honduras, etcétera).

De ese modo queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños a quienes se imputa haber cometido delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia directa. Es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales” que producen la “invención” de la delincuencia juvenil.

Características y rol del juez

En este marco el juez de menores⁵² deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más

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

relacionadas con la ejecución de políticas sociales. En palabras de DONZELOT, “[m]ás que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de Menores hace pensar en la reunión del Consejo de Administración de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada”⁵³.

Se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez / padre / defensor / acusador / decisor. Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función protectora paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño⁵⁴.

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

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

⁵⁴ Cf. DONZELOT, *La policía de las familias*, cit., p. 103.

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

La respuesta clásica en clave tutelar fue el internamiento –presentado como una medida de protección del menor–, que constituye una forma de encierro. La privación de la libertad según la regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad se define –para terminar con los eufemismos, con los “como si” – como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

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

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

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

que el niño o joven se encuentre en "estado de riesgo" o "situación irregular"⁵⁵.

Tal como señalé, el modelo tutelar se monta sobre un argumento muy poderoso y persuasivo cual es la ayuda a la infancia desvalida. En ese marco, la pregunta que funda el derecho penal moderno —acerca de los límites al poder punitivo del Estado— desaparece y, con ella, los derechos y garantías que representan la respuesta a la pregunta respecto de cómo limitar el mal con intención de serlo que es la pena. La concepción tutelar, en cambio, no tiene espacio conceptual ni político para preguntarse sobre los límites, porque se pone en marcha y justifica para "proteger", para ayudar a los niños desvalidos. Si bien cierta doctrina ha señalado una ruptura entre el modelo peligroso y el modelo tutelar (del sujeto peligroso al sujeto carente)⁵⁶, esta ruptura no es tan clara. Como en todo modelo basado sobre premisas positivistas, la legitimación explícita encubre una justificación latente que, como se señaló, en este caso se refiere a la protección de la sociedad de sus integrantes "peligrosos". Cuando se priva de la libertad al "menor" se está separando a la sociedad de ese integrante conflictivo, con lo que se genera la ilusión de seguridad, bajo excusa de su protección.

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

⁵⁶ Cf. GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, citado.

II. 2. La concepción de la protección integral de los derechos del niño

La concepción tutelar descripta someramente más arriba entró en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los "Salvadores del Niño", que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, que puede ser definida como etapa de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁵⁷.

Esta nueva concepción se construye no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y pueden evidentemente devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

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

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

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos:
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02)⁵⁸; y
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02)⁵⁹.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85)⁶⁰.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)⁶¹.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)⁶².

Además de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Dere-

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

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

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

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

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

chos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes⁶³; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶⁴; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁶⁵).

A partir de estas reglas e instrumentos internacionales –que tratan sobre temas tales como la delincuencia juvenil, la escuela, el rol de la familia, el rol de la comunidad, el rol de la justicia– es posible afirmar que se inaugura una era de ciudadanía de la infancia⁶⁶, ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hasta hace poco tiempo en América Latina.

No es posible dar una definición acabada de “protección in-

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

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

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

⁶⁶ Hay algo de paradojal en esta situación que indirectamente señalan CUNNINGHAM, Hugh, *Children & childhood in western society since 1500*, Longman, 1995; POSTMAN, Neil, *The disappearance of childhood*, Vintage, 1994; y JENKS, Chris, *Childhood*, Routledge, Londres, 1996: la era de los derechos del niño como derechos de ciudadanía –que acerca conceptualmente los niños a los adultos– conspira contra el derecho del niño a ser niño –que mantiene a los niños en una dimensión conceptual claramente diferenciada de los adultos–.

tegral de los derechos de los niños"⁶⁷. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de *los derechos* de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, quizá puramente teórico pero con implicancias prácticas muy concretas, el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas sobre postulados peligrosistas y filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspirada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo, no parece adecuado para definirla limitarse a los instrumentos internacionales específicamente orientados al tema infancia, tal como se hacía en los primeros artículos que sobre el tema se escribieron a comienzos de la década del 90. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por cada país en la medida en que establecen una mayor protección.

En términos generales es posible afirmar que un sistema legal e institucional de protección integral de derechos de los niños debe presentar las características que se mencionan a continuación.

Marco teórico

El nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño se enmarca en lo que se conoce como escuela de la reacción social, que representa una ruptura con el modelo etiológico

co⁶⁸. Las características del sujeto dejan de ser cuestiones relevantes para autorizar una intervención estatal coactiva respecto del niño de que se trate. Ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al Estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). De modo que, desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no "potenciales infractores") de la ley penal.

La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no sólo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a todas las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, en consecuencia, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado⁶⁹.

Características del destinatario de las normas e instituciones de protección integral de los derechos de la infancia

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

⁶⁸ Sobre el paradigma criminológico que se instala a partir del enfoque de la reacción social o *labelling approach*, ver BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, cit., cap. VII, ps. 83 y ss.; y TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, cit., cap. 5, ps. 157 y siguientes.

⁶⁹ Cf. BELOFF, Mary, *Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño*, en "Nueva Doctrina Penal", 2002/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 419-442.

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

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta⁷⁰. Se pasa de una concepción de exclusión de la voz del menor, donde los niños, como incapaces, no tenían nada que decir, a otra más cercana a la situación ideal de diálogo en la que participan todos los ciudadanos, pensado el proceso en términos habermasianos⁷¹. En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa⁷². En palabras de Alessandro BARATTA, la democracia necesita que los niños opinen y participen. Cómo lograrlo es responsabilidad de los adultos, quienes deben diseñar e implementar arreglos institucionales que permitan que las opiniones de los niños sean tenidas en cuenta⁷³.

⁷⁰ Cf. art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MENDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., ps. 31 y siguientes.

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

⁷² Cf. GRANT, J., *Los derechos de los niños: la base de los derechos humanos*, UNICEF, Nueva York, 1993. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, p. 13.

⁷³ BARATTA, *Infancia y democracia*, citado.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

En este enfoque, las leyes definen los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere⁷⁴.

Los alcances de esta formulación, expresada por primera vez en el art. 227⁷⁵ de la Constitución de Brasil, no han sido suficientemente analizados. Se trata de una transformación radical del contenido de las leyes de infancia, que junto con el artículo del Estatuto del Niño y el Adolescente del mismo país que prohíbe separar a un niño de su familia por razones de pobreza, son los artículos emblemáticos del cambio, presentes en todas las nuevas legislaciones de infancia de la región. Al desparecer las vagas y antijurídicas categorías de "riesgo", "peligro moral o material", "circunstancias especialmente difíciles", "situación irregular", etc., no es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, a partir de esta nueva formulación, quien se encontrará en "situación irregular" cuando el derecho de un niño se encuentre amenazado o violado, será alguna persona o institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).

⁷⁴ Cf. arts. 4 y 5 de la CDN.

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

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

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta⁷⁰. Se pasa de una concepción de exclusión de la voz del menor, donde los niños, como incapaces, no tenían nada que decir, a otra más cercana a la situación ideal de diálogo en la que participan todos los ciudadanos, pensado el proceso en términos habermasianos⁷¹. En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa⁷². En palabras de Alessandro BARATTA, la democracia necesita que los niños opinen y participen. Cómo lograrlo es responsabilidad de los adultos, quienes deben diseñar e implementar arreglos institucionales que permitan que las opiniones de los niños sean tenidas en cuenta⁷³.

⁷⁰ Cf. art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., ps. 31 y siguientes.

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

⁷² Cf. GRANT, J., *Los derechos de los niños: la base de los derechos humanos*, UNICEF, Nueva York, 1993. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, p. 13.

⁷³ BARATTA, *Infancia y democracia*, citado.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

En este enfoque, las leyes definen los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere⁷⁴.

Los alcances de esta formulación, expresada por primera vez en el art. 227⁷⁵ de la Constitución de Brasil, no han sido suficientemente analizados. Se trata de una transformación radical del contenido de las leyes de infancia, que junto con el artículo del Estatuto del Niño y el Adolescente del mismo país que prohíbe separar a un niño de su familia por razones de pobreza, son los artículos emblemáticos del cambio, presentes en todas las nuevas legislaciones de infancia de la región. Al desparecer las vagas y antijurídicas categorías de "riesgo", "peligro moral o material", "circunstancias especialmente difíciles", "situación irregular", etc., no es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, a partir de esta nueva formulación, quien se encontrará en "situación irregular" cuando el derecho de un niño se encuentre amenazado o violado, será alguna persona o institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).

⁷⁴ Cf. arts. 4 y 5 de la CDN.

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

Características de la respuesta estatal

La lectura que aquí se propone de la CDN y otros tratados relevantes permite entonces distinguir claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión específicamente penal y permite plantear la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales universales.

De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

Características y rol del juez

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

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

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

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

Existen tres áreas en las que en el marco de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil⁷⁷, la adopción internacional⁷⁸ y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuye haber llevado a cabo una conducta tipificada en el Código Penal.

Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad acorde con la CDN debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de determinada edad⁷⁹. Se trata de un sistema de justicia especializado,

⁷⁶ Sobre los nuevos sistemas de justicia juvenil, ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos* (en adelante, *Algunas confusiones*), en GARCÍA MENDEZ, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2001, ps. 29-70; y BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCÍA MENDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia*, cit., entre otros.

⁷⁷ Ciertos movimientos sociales de infancia –sobre todo en los países andinos– consideran que en la Convención se reconoce “el derecho del niño a trabajar”. Sin embargo, no se puede extraer de la CDN tal conclusión. El ideal sobre el cual la CDN está basada se corresponde con el de la socialización habitual de un niño occidental, básicamente de países desarrollados, a través de la escuela y la familia. Si el niño tiene derecho a ir a la escuela, a descansar y a jugar, tal como la CDN lo reconoce expresamente, no hay espacio para el reconocimiento del derecho a trabajar ni en términos prácticos ni en términos teóricos. Lo que sí garantiza el tratado es el derecho de los niños a no ser explotados laboralmente (cf. art. 32).

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

⁷⁹ Piénsese en las mujeres, por ejemplo, que durante mucho tiempo no podían “cometer delitos”. Si una mujer realizaba una conducta penalmente

completamente distinto del sistema tutelar, que al considerar a los menores como inimputables y dejarlos bajo la tutela de un juez, los privaba de todos sus derechos; es, además, un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos.

En cuanto a la política criminal, este sistema reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales aplicables, más garantías específicas⁸⁰.

Los adolescentes sólo pueden ser juzgados por tribunales específicos y bajo procedimientos especiales. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y que permita instancias conciliatorias a lo largo de todo el proceso, no para desconocer las garantías como en el modelo anterior, sino para permitir una solución real al conflicto que puso en marcha el proceso penal juvenil.

En un sistema de este tipo, la responsabilidad del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema general de adultos. El catálogo de esas medidas se extiende desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de arresto domiciliario o privación de la libertad en institución especializada. En este sistema la privación de libertad en centro especializado es una medida excepcional, *ultima ratio*, que en todos los

disvaliosa, ésta era explicada como un trastorno orgánico hormonal pero no como "delito". Es del caso recordar el reclamo de Olympe de Gouges al derecho a la tribuna y al patíbulo, reclamo que parece anticiparse a la tesis hegeliiana de la pena entendida como un derecho para el reo, pues es honrado en su ser racional. Para un cuidadoso análisis sobre este aspecto ver GRAZIOSI, Marina, *Infirmities sexus*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

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

casos debe dictarse por tiempo determinado y más breve posible, sólo frente a la comisión de un delito gravísimo⁸¹.

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

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

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

Sin duda, ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni la CDN ni las leyes nacionales producidas tras su incorporación al derecho interno, cambiaron automáticamente la realidad de la vida de los niños latinoamericanos. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social. Sin embargo, sin un marco de legalidad y sin un diseño institucional que legalice y legitime las políticas, prácticas y abordajes de protección integral de los derechos de la infancia, existe una dificultad adicional que obliga a trabajar desde la para-legalidad⁸². Para que los derechos de niños y niñas sean respetados es necesario contar con leyes cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados. Además la ley debería contener, más allá de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacerlos efectivos. Indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia que permita a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral.

Considérese el siguiente caso. El art. 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), de 1996, de Costa Rica, indica que el 7% de los impuestos recaudados deben ser transferidos enteramente al PANI en el mes de enero de cada año. El gobierno no transfirió esos fondos desde que la ley entró en vigencia, acumulando una deuda de más de 42 millones de dólares con la niñez más pobre de ese país. Frente a ese incumplimiento, Casa Alianza –organización gubernamental en-

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

cargada de la niñez y la adolescencia en Costa Rica— inició una acción constitucional ante la Sala Constitucional que el 1° de marzo del 2002 ordenó al gobierno de Costa Rica pagar los fondos adeudados e incluir la asignación legalmente prevista en el presupuesto ordinario anual de la República. Asimismo, la Sala advirtió al Ministro de Hacienda sobre la posibilidad de enfrentar cargos criminales si no acataba el fallo⁸³.

Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, la protección a la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones. La reciente historia latinoamericana demuestra que para que esta situación comience a modificarse, la ley cumple un rol central. En los estados populistas —como algunos estados latinoamericanos de los años 50— la “protección” a la infancia se traducía en políticas asistenciales canalizadas mediante políticas sociales universales. Hoy estas políticas de ciudadanía reclaman en las nuevas leyes y en la realidad social mecanismos de exigibilidad para la plena vigencia de los derechos que sean fácilmente apropiables por los destinatarios, fundamentalmente, niños, niñas y adolescentes.

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

En ocasión de recibir el Premio Nobel en 1982, Gabriel García Márquez afirmó que se sentía con el derecho de creer que

todavía no era demasiado tarde para emprender la creación de una utopía contraria a la de la aniquilación del hombre: “Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las stirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”⁸⁴. La Convención se ha constituido en esta segunda oportunidad para millones de niños y niñas, y es deber de los juristas, que históricamente los han ignorado, trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda.

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

⁸⁴ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *La soledad de América Latina*, discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982.