

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

JULIO CORTES MORALES

Introducción

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

Consideraciones previas acerca de la infancia como construcción socio-histórica

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

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

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

El Tribunal de Menores de Illinois

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

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

lugar, hubo un gran movimiento de crítica a la práctica de someter a niños a las mismas normas que a los adultos, que incluía su hacinamiento en cárceles comunes en que se mezclaban con adultos. En muchos casos, a partir de mediados del siglo pasado, los jurados preferían absolver a jóvenes aparentemente culpables antes que enviarlos a instituciones penitenciarias para adultos (Frank Orlando, *The Centennial of the first Juvenile Court- A wake or a celebration?*, en *Juvenile Justice Worldwide*, N°1, 1999, página 6).

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

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

El modelo de la situación irregular

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estados Unidos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

España

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFIA

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

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

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