

# ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA JUSTICIA JUVENIL EN ARGENTINA Y BRASIL

**Ignácio Nunes Fernandes**

[ignaciofernandes@hotmail.com](mailto:ignaciofernandes@hotmail.com)

**RESUMEN:** El presente artículo busca establecer la evolución del reconocimiento del niño en el contexto social, bien como comparar entre los sistemas tutelarista al paternalista como modelos de protección, desde el reconocimiento como niño en el caso de delito o como adulto. Por fin buscamos establecer la actual tendencia en el ámbito de protección internacional. El reconocimiento de los Estados en materia de Tratados internacionales de protección al niño.

**ABSTRACT:** This article seeks to establish the evolution of the recognition of the child in the social context, as well as comparisons between systems as models tutelarista the paternalistic protection from recognition as a child in the case of crime or as an adult. At last we establish the current trend in the field of international protection. Recognition of States in respect of international treaties to protect children.

*1. Introducción; 2. Un resumen de como se originó y cómo se transformó la justicia juvenil a lo largo de todo el siglo XX en los EE.UU y en América Latina; 3. El análisis de un caso desde la perspectiva perfeccionista o tutelarista clásica, liberacionista y paternalista justificada; 3.1. La posición perfeccionista o tutelarista clásica; 3.2. La posición liberacionista; 3.3. La posición paternalista; 4. Los estándares de justicia juvenil derivados del derecho internacional de los derechos humanos; 5. Bibliografía.*

## 1. Introducción

Esta investigación se originó de las clases con la profesora Mary Beloff en el programa de la Maestría en Derecho Penal del MERCOSUR de la UBA. A lo largo del curso donde abordamos diversos temas de protección penal para los niños, bien como debates de derecho comparado, desde Argentina, Chile, Brasil e los demás países de nuestro continente Latinoamericano, pues la cátedra tenía alumnos de diversos países.

En fin, frente de estos debates sumado a las recomendaciones de lecturas tuvimos el encargo de formular una investigación acerca de los temas que ahora convierto en títulos que conllevan al interrogante de cómo fue el origen de la preocupación por el niño, y posterior a eso las distintas corrientes de están desde el proteccionismo al paternalismo. En qué consisten estos sistemas, bien como el interrogante del porque empezamos a nos preocupar por un niño.

Por fin tratamos desde el punto de vista del Derecho Internacional la preocupación de las organizaciones internacionales de protección del menor de edad, del niño y del adolescente. Las herramientas internacionales por medio de tratados internacionales que los países han de incorporar en sus legislaciones internas a fin de que tengamos un sistema

universal de protección del niño. Buscamos con este breve recorrido ir desde la falta de atención al niño en el principio, para por fin establecer en qué situación estamos frente a mecanismos de protección internacional y el sistema de protección nacional de los niños.

## **2. Un resumen de como se originó y cómo se transformó la justicia juvenil a lo largo de todo el siglo XX en los EE.UU y en América Latina**

El niño, el adolescente, como prefiera la expresión para la persona menor de edad para ciertos actos jurídicos en meados del siglo XX tanto en EE.UU como América Latina no tenía cualquier regulación jurídica, eran olvidados del Estado. En particular no sé porque motivo, quizás por carácter temporal que sobre el niño recae, es decir con el tiempo deja de ser niño e se convierte en adulto, adquiriendo todos sus derechos asegurados.

En la realidad, superado los cuestionamientos de porqué el niño no tenía un reconocimiento jurídico, este empezó e tornarse una preocupación por parte del Estado en los principios del siglo XX, pero no por políticas de inserción y reconocimiento de derechos a los niños, sí por problemas sociales que ellos estaban ocasionando en la sociedad, principalmente en EE.UU. Con el fomento de tal problema empezaran los estudios acerca de este problema social que surgía en nuestro cotidiano, todavía por otro lado tenía una presión por una parte de la sociedad para que el Estado frenara esta delincuencia por parte de los niños. Lo problemas no eran pocos, las presiones de ambos lados de la sociedad también, principalmente por parte de los tenían interés en mantener el niño con esta característica de olvidado social<sup>1</sup>.

Sin embargo, mientras algunos solamente querían poner niños en la cárcel como adultos e imponer sobre ellos la ley penal como se fuera adultos poco importando los motivos que llevaron estos adolescentes hasta un tribunal, otros buscaban entender porque el delito surgía tan precozmente en los niños. Nada más inteligente que estudiar e comprender los fenómenos sociales e buscar soluciones para prevención do que solamente punir en el polo final que es el derecho penal. Con el intuito de comprender estos fenómenos Eleanor y Sheldon Glueck en 1939 empezaran un estudio profundizado “sobre los efectos criminógenos de los *broken homes*, de las familias con trastornos”<sup>2</sup>. Tal investigación empírica que se hizo en las periferias de Boston comprobó lo que la teoría de la socialización deficiente ya decía, que la “conducta criminal es una conducta aprendida en el proceso de socialización”<sup>3</sup>. Es decir que el joven aprende y sigue conductas que ve en su cotidiano, sea este en ambiente familiar<sup>4</sup>, en la escuela, con los amigos, los vecinos, que sea. Tal descubrimiento tanto en el campo empírico como en lo teórico ayuda a superar de una vez por todas a las teorías de la biología criminal, los conceptos de delincuente de Lombroso<sup>5</sup> que llevan a la tipificación de un sujeto delincuente no por los hechos que hace, sino por sus características físicas se supera.

Sin embargo la situación ahora se queda más compleja, el delito en general no se queda en una operación matemática como en los tiempos de la biología criminal sino el resultado de un complejo sistema social, en este sentido afirma Hassemer que:

La delincuencia no puede seguir viéndose ya solamente como el resultado de hechos y procesos en el interior del concreto individuo desviado, sino como el resultado de una interacción, de una relación de influencias reciprocas de los hombres entre sí<sup>6</sup>.

Con el análisis empírico de los jóvenes en las periferias de Boston llegamos a conclusiones interesantes que cambiaran la forma de analizar los hechos, la criminología no

puede analizar solamente el hecho en sí, hay que considerar antes de cualquier cosa que el delito es el resultado final de una ecuación social, que siempre puede tener un desarrollo distinto, y que además de todo el delincuente es un producto final producido por la propia sociedad. El olvido por parte del Estado en lo principio (niño) genera a la producción de esta delincuencia.

Sin embargo en América Latina teníamos la cuestión del niño en nuestro contexto social, político y jurídico como algo extraño, ajeno a cualquier atención. Así como en los EE.UU la preocupación por el niño surge como un problema del ámbito privado<sup>7</sup>, el Estado toma sus providencias posterior a las luchas por derechos y condiciones mínimas a los niños que vivían en las calles.

El primero país de América Latina que formula una Ley de protección a menores es Argentina, la ley 10.903 (Ley de Patronato de Menores)<sup>8</sup>, pero observe que tal ordenamiento jurídico aunque innovador en nuestro continente estaba lejos de comprender las necesidades que emergían sobre los niños en nuestro contexto social, pese que tal ordenamiento jurídico consolidaba los niños bajo dos prerrogativas, o como autor de delito o como víctima de delito<sup>9</sup>. En otras palabras, crea un mecanismo propio para menores pero el tratamiento tiene como objetivo lo mismo que se hace para los adultos, imposición de penas de carácter penal<sup>10</sup>. Es menester el comentario de Platt en este sentido cuando afirma que:

Como el objetivo de la clase criminal era “minar la confianza de la comunidad y debilitar la fuerza de la cosa pública”, la delincuencia sólo podría reducirse “deteniendo la producción” de delincuentes y reglamentando la crianza de los niños como propensiones criminales<sup>11</sup>.

No es necesario hacer fuerza para notar que la política era encarcelar a cualquiera por las dudas, la política de control social que se imponía frente a estos niños era notoria, el carácter “proteccionista”<sup>12</sup> servía muy bien para por detrás de esta bandera de los derechos de los niños imponer una restricción de derechos, “controlar los más peligrosos, los considerados inadaptados o futuros delincuentes, esta era la concepción positivista de la época como sostiene Beloff<sup>13</sup>.

Sin embargo como ya decimos tanto en EE.UU<sup>14</sup> como en Argentina la política era del trato de niños como víctimas o autores de delitos, es decir en materia penal, por lo tanto en Argentina posterior a la incorporación de la Ley de patronato tenemos un largo tiempo hasta la incorporación de la CDN que entra en vigor en el país en los años 90<sup>15</sup>. Tal tratado, note-se que estamos antes de la reforma constitucional de 1994, entonces tal tratado tiene carácter de ley infra-constitucional, las provincias empiezan a buscar medidas para adecuar la CDN en su derecho interno<sup>16</sup>, tal práctica se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1994 que elevó la jerarquía de la CDN de Ley infra-constitucional para constitucional, como bien se sabe la reforma eleva todos los tratados internacionales sobre derechos humanos al nivel constitucional, tal tendencia sigue su vecino, Brasil aprueba medida semejante en 2004<sup>17</sup>, puede se decir que es una tendencia a que los Estados que se consideren democráticos permitir grado máximo de sus leyes en protección de los derechos humanos.

Por fin en el caso argentino la situación de los menores tornase una situación de protección efectiva después de 1994, cuando se escucha que los niños tiene amparo por los derechos humanos, antes solo que menciona la doctrina era carácter de protección, pero además de todo no se sabe se la protección se hace para los niños o contra ellos como ya

analizamos anteriormente, lo que cabe aclarar es que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos para los niños se establece solamente con la reforma constitucional de 1994, antes no existía un reconocimiento de protección efectivo. Los avances se hacen necesarios por motivos políticos o de interés social, Argentina fue el país de América Latina que instauró la primera Ley de protección para los niños, no alcanzó por motivos ya expuestos el objetivo que debería atingir, pero aún así sigue el merito de dictar la primera Ley. Todavía, pasado eso, parece que se tiene un cierto abandono de la cuestión por parte del Estado, dejando a cargo de algunas provincias dictar leyes sobre el tema posterior a la aprobación de la CDN que aún tenía carácter infraconstitucional. Solamente después de la reforma es que tenemos una garantía efectiva de protección para niños. ¿Porque tanto tiempo de abandono de esta clase social? Falta de interés quizás o creer que no sea un problema de relevancia frente a otros problemas que tiene el Estado, explicaciones para los motivos que llevaran este abandono puede ser encontrar mil, pero la cuenta es una sola, y paga la sociedad entera hasta hoy por errores cometidos en el pasado.

### **3. El análisis de un caso desde la perspectiva perfeccionista o tutelarista clásica, liberacionista y paternalista justificada**

#### **3.1. La posición perfeccionista o tutelarista clásica**

Buscamos establecer un mismo caso e hacer el comparativo entre los tres modelos distintos para comprender mejor las diferencias, acreditamos que el mismo caso concreto establecería bien acerca de las explicaciones a seguir. Así que en este primero caso tendremos el hecho, y posteriormente lo que hay es la explicación desde el punto de vista de las distintas teorías.

Un adolescente comete un delito de violación contra una colega en la escuela donde estudia. Tal niño viene de una familia de buenas condiciones, no tiene problema con drogas, o violencia domestica, así sin motivos sociológicamente comunes<sup>18</sup> de si explicar un delito, este lo comete. Como bien sabemos la violación es un delito de naturaleza grave<sup>19</sup>, más allá de quien es el autor, adulto o menor de edad, el hecho en sí caracterizase por la violencia psíquica y física, un lapso temporal de tortura en que muchas veces las víctimas no se recuperan del trauma por sufrir este daño.

Sin embargo, este adolescente es juzgado y condenado a medidas socioeducativas, ha de cumplir una pena en régimen de seguridad, un local exclusivo para menores donde cumplirá una pena por el delito cometido. Podríamos decir que hasta acá todas las medidas que se aplican a este adolescente se encuentra en el modelo paternalista, pues el paternalismo impone restricciones y penas para el incumplimiento de las mismas.

El Estado actúa junto con la familia buscando el mejor para el menor<sup>20</sup>. Sin embargo además de lo que ya está para este chico que tiene que cumplir una pena desde un punto de vista perfeccionista, donde el Estado impone a los niños, en general valores morales. Para este caso el juez puede interpretar que mas allá de la pena que va a cumplir, es necesario que este adolescente delincuente que ha cometido este delito por falta de convicciones religiosas, y que por este motivo ha de cumplir además de la pena, una obligación de ir a la misa todos los días, para orar por la víctima que él ha causado el daño. Que el origen de esta delincuencia no está en la familia o en problemas sociológicos, sí el problema está en la falta de fe en la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Por fin entonces a este niño se aplica una pena de 2 años en una casa socioeducativa para menores, donde tendrá actividades, visitas, educación e además de todo habrá de cumplir semanalmente 10 horas de oraciones a favor de todas las víctimas de violaciones del mundo.

Según esta línea de pensamiento el Estado tiene el deber de intervención para orientar los jóvenes, los niños a preceptos morales que el Estado considera adecuados<sup>21</sup>, es decir los niños son “moldados” de acuerdo con lo que su Estado desea y no le permiten autonomía para con el pasar de las fases de niño para adolescente ir teniendo sus propios conceptos, y sus principios morales para tener una personalidad autentica en la fase adulta. Para esa teoría el que vale y solo lo que se debe seguir son las premisas, los conceptos morales que las personas deben seguir, aquí para los niños. No se permite un desarrollo autónomo por parte del menor, como consecuencia tenemos en el futuro una sociedad estructurada según los valores impuestos por el Estado, y no valores o creencias y valores particulares de cada uno que compone el complejo ordenamiento social que estamos acostumbrados. Sin embargo por detrás de ese ideal de protección de los más débiles podríamos ver rasgos de un Estado autoritario, que impone mas allá de leyes valores morales, invadiendo la intimidad familiar bajo la excusa de que no se está cumpliendo la Ley, es decir, que no estamos siguiendo lo que el Estado nos impone bajo la excusa de ser lo mejor para la sociedad. Podríamos desde una visión filosófica decir que una teoría perfeccionista sirve para rechazar tal grupo en determinada sociedad, en otras palabras, imponer como ya decimos valores religiosos, agregando que lo que no siguen la religión del Estado X, es considerado un delincuente, un enemigo del Estado<sup>22</sup>, teniendo en cuenta que tales delitos no atacan contra bienes jurídicos alguno, convirtiendo el sistema punitivo en un derecho penal del autor<sup>23</sup> y no de hecho.

### **3.2. La posición liberacionista**

El mismo caso del adolescente violador, pero ahora desde el punto de vista de la teoría liberacionista. Como ya expusimos en la explicación de la teoría perfeccionista, este adolescente de clase media que viene a cometer el delito de violación contra su colega.

En este caso, según la luz liberacionista este adolescente será juzgado como un adulto por el delito de violación. La premisa básica de los liberacionistas es de la no intervención, es decir, el niño tiene capacidad como sujeto de derecho, es un individuo autónomo titular de derechos y obligaciones por consiguiente este también es responsable penalmente por los hechos típicos que viene a cometer<sup>24</sup>. Así que, el menor sea la edad que tenga sobre a luz de las concepciones liberacionistas tendrá el tratamiento igual al de un adulto, incluyendo el cumplimiento de pena en cárcel para adultos.

Mientras los perfeccionistas acreditan en la intervención por parte del Estado, porque solo así es que los niños tienen la capacidad de conocer los principios buenos, principios morales que el Estado cree adecuado y por esos motivos torna obligatorio su imposición para tener una sociedad hecha a su modo y no desarrollar una sociedad libre. Sin embargo es sobre la premisa del liberalismo que los liberacionistas son favorables a una no intervención del Estado en relación a los niños. Según los partidarios de tal corriente de pensamiento los niños aún no son autónomos porque no le permitieron hasta hoy desarrollar la capacidad de pensar, de desarrollo que así como se pensó en el pasado que existían otras clases inferiores al hombre blanco a los niños pasa lo mismo. Tal concepción lleva a creer que los niños como sujetos de derecho tienen capacidad plena de decidir a cerca de todas las cuestiones concernientes a ellos.

### **3.3. La posición paternalista**

Siguiendo la misma línea del joven violador tenemos a hora la interpretación para este caso desde el punto de vista paternalista, aquí de una forma más o menos semejante a la perfeccionista el niño responde como niño, es decir, de una forma distinta al adulto si este hubiera cometido el mismo tipo de delito. Es menester señalar en este caso que aquí este adolescente será juzgado, acompañado por un abogado, que puede ser pagado por su familia o por el Estado, caso condenado este infractor será condenado por el delito cometido, y solo por el deberá responder, no cabiendo cualquier tipo de medida que atente contra sus derechos de opinión o de religión como lo hace el modelo perfeccionista<sup>25</sup>.

Aquí tenemos el modelo seguido por la convención internacional de derecho de los niños<sup>26</sup>, así que entendiéndose que sea la más justa e el medio término entre dos extremos que son las teorías liberacionistas y las proteccionistas<sup>27</sup>. El menor no tiene total autonomía de sus derechos y libertades porque se cree que aún no es capaz de auto-determinarse<sup>28</sup> mientras que el sistema perfeccionista donde intenta imponer dogmas que cree más correcto o adecuado para su sociedad imponiendo a todos, incluso a los niños incurriendo en un claro abuso de derecho, infringiendo derechos constitucionales básicos asegurados por nuestras constituciones democráticas<sup>29</sup>.

En síntesis Contró sostiene la opinión de Alemany que busca establecer la diferencia clara entre paternalismo y perfeccionismo desde la óptica que el primero busca la protección de los bienes primarios mientras que lo segundo busca la protección de los bienes morales<sup>30</sup>. Todavía con base en las lecturas sobre el tema formulamos una reflexión acerca de la teoría afirmando que el paternalismo es constante con relación al objeto pero temporario frente al sujeto, el niño se torna adolescente y después se convierte en adulto y se termina el paternalismo, por lo menos en los casos de protección al niño. Pero esta pérdida de la protección por parte del Estado debe ser paulatina para permitir el ejercicio de ciertos derechos por parte del niño<sup>31</sup>.

## **4. Los estándares de justicia juvenil derivados del derecho internacional de los derechos humanos**

Habría un planteamiento a respecto de la complementariedad del Derecho Internacional Humanitario por parte de los Derechos Humanos donde la conclusión que llegan es que mientras el primero es una excepción que se aplica solamente en casos de conflictos armados, el segundo se aplica siempre, a todos los seres, en tiempos de paz o guerra<sup>32</sup>. Los derechos humanos actúan tanto frente a los seres humanos como los demás, medio ambiente, todo el equilibrio para mantener la base de nuestro sistema en condiciones admisibles para vivir se encuentra presente los derechos humanos.

Dentro de esa perspectiva de que los derechos humanos abarcan todos los derechos inherentes a las personas, aquí en especial a los niños tenemos en el ámbito de protección la CIDN (Convención internacional de derechos del niño) que entra en vigor en 1990<sup>33</sup>, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948<sup>34</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969<sup>35</sup> contemplando así como instrumentos más relevantes en la defensa de los derechos de las personas en general, aquí en nuestro caso particular los niños. En la esfera de los derechos internacionales de los derechos humanos.

Siguiendo esa línea, los estándares de la justicia juvenil derivados del derecho internacional de los derechos humanos deben no solo respetar las normas internacionales de los tratados, bien como toda la jurisprudencia a respeto de estas leyes<sup>36</sup>. Es decir todos los estándares de la justicia juvenil en el ámbito internacional debe ser apreciado por los Estados que, una vez ratificados los tratados de protección supra mencionados incorporaren en su legislación interna. En este sentido Baratta sostiene que:

El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre estas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas, tienen una función primaria y general y que con respecto a estas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la Convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos<sup>37</sup>.

La idea que se tiene es que los Estados miembros se comprometen a cumplir por lo menos los mismos derechos, y de una forma equitativa, es decir, cuanto más Estados hacen parte de la Convención más uniforme se queda la protección de los niños en el ámbito internacional. Acreditamos que la idea es de uniformidad pero aún así como norma internacional hay puntos amplios que necesitan un análisis cuidadoso por parte de los legisladores de cada Estado miembro afines de buscar la máxima efectividad<sup>38</sup> dentro de su derecho interno<sup>39</sup>, en ese sentido aclara Beloff:

Precisamente por tratarse de un tratado que tiene las características antes señaladas es necesario entender que este fija mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir aun como tales con la ayuda del resto de las normas que informan el Derecho Internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí la obligación de los juristas de esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un Derecho mejor para niños y niñas que realice concretamente sus derechos y no sólo los declare retóricamente con la consecuencia de producir en la realidad mayor descuido, violencia y aflicción<sup>40</sup>.

En Argentina y Brasil, una vez ratificados tienen el nivel de las normas constitucionales, los dos países tienen el entendimiento que los tratados internacionales que versan sobre materia de derecho de los derechos humanos tienen o por lo menos o deben tener el nivel de protección máximo por parte del Estado, esto es el carácter de norma constitucional.

En Argentina empezó esta forma de pensar a respecto de los tratados internacionales de derechos humanos con la reforma constitucional en 1994, artículo 75, §22º parte final, ... los

demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobadas por el Congreso, requerirán del voto de las terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Sin embargo tardó pero aún así lo hizo Brasil<sup>41</sup> en 2004 por medio de la emenda constitucional nº 45 que incorporó el párrafo 3º en el artículo 5º de la Constitución Brasileña, Artículo 5º, §3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.*

Así que cualquier tratado, o convención internacional aprobado por cualquier de los dos países en materia de derechos humanos una vez ratificado por ambos Estados tendrán estatus de norma constitucional.

## 5. Bibliografía

ASSIS TOLEDO, Francisco de, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª Ed., Editora Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, 2005.

BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", in *Infancia, ley y democracia en América Latina*, compiladores, Emilio García Méndez y Mary Beloff, Editorial Temis S.A., 1998, Santa Fe de Bogotá.

BELOFF, Mary, *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

\_\_\_\_\_, "Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho sobre la "Ley de protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes", Nº. 26.061", in *Revista de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, nº 33, Buenos Aires, marzo/abril, 2006.

\_\_\_\_\_, "Quince años de vigencia de la Convención sobre los derechos del niño en la Argentina", in *La familia en el nuevo derecho, tomo II*, Coord., Marisa Herrera, Directora Aída Kemelmajer de Carlucci, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2009.

\_\_\_\_\_, "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía", in *Revista jurídica de Buenos Aires*, Departamento de publicaciones, facultad de derecho, UBA, 2007.

BERNUZ BENEITEZ, María José, "Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-12 (2005), disponible en [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es).

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, V. 1, parte geral, 10ª Ed., Editora Saraiva, 2006.

BRUNO, Anibal, *Direito Penal*, parte geral, tomo I, Editora Forense, 3ª Ed., 1967.

Constitución Nacional Argentina, Editora Grün, Buenos Aires, 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil, Editora Saraiva, 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno, *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*, Editora Revan, 2006.

*Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres*, compendio legislativo internacional y nacional para la protección de sus derechos, Unicef, Buenos Aires, enero de 2010.

DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*, Pre-textos, Valencia, 1990, pp, 99-168.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, nacimiento de la prisión, 2ª ed., Siglo Veintiuno editores, 2009.

GARCÍA MENDEZ, Emilio, "Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina", in *Justicia y derechos del niño*, Nº 6, Unicef, Santiago de Chile, noviembre de 2004, disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayDerechos6.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayDerechos6.pdf)

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", in *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº. 25/ octubre, 2006.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Bosch, 1984.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 4º ed., Editora, Forense, 1958.

LYRA FILHO, Roberto, *Criminologia dialética*, Editor Borsoi, 1972.

MAGALHÃES NORONHA, E., *Direito penal*, parte geral, 8ª Ed., Editora Saraiva, 1972.

SHMIDT, Mario Furley, *Nova História Crítica*, 2º ed. Editora Nova Geração, São Paulo.

PLATT, Anthony, *Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, siglo XXI, México, 1982.

PITCH, Tamar, *Responsabilidades limitadas*, Editorial AD-HOC, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 09-01, 2007, disponible en [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es).

SWINARSKI, Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, Costa Rica- Comité Internacional de la Cruz Roja, 2ª edición, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, editora Ediar, Buenos Aires, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, V. 1 Parte Geral, 7ª ed. Editora RT, 2007.

<sup>1</sup> En principio del siglo XX, la revolución industrial se hacía a toda fuerza, caminando junto con las políticas liberales, es decir, por un lado personas que buscaban las soluciones para recudir las desigualdades sociales, por otro los dueños de industrias que tenían total interés en mantener este niños con este carácter de olvidado e así explotar la mano de obra barata que generaba estas crianzas. “La legislación sobre el trabajo infantil en Nueva York, por ejemplo, fue apoyada por varios grupos, entre ellos los industriales de la clase más alta, que no necesitaban el trabajo infantil barato para sus operaciones de fabricación”. (PLATT, Anthony, *Los “Salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, siglo XXI, México, 1982, p. 22).

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Bosch, 1984, p. 50.

<sup>3</sup> HASSEMER, op. cit., p. 49

<sup>4</sup> Sobre la importancia del ámbito familiar sostiene Platt, “Los salvadores del niño elevaban la familia nuclear y en especial a las mujeres, a la categoría de pilares de la familia, y defendían el derecho de la familia a fiscalizar la socialización de los jóvenes”. (PLATT, op. cit. p. 117).

<sup>5</sup> PLATT, op. cit. p. 47; HASSEMER, op. cit. p. 43.

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit. p. 52.

<sup>7</sup> “El movimiento pro salvación del niño se formó gracias a los esfuerzos de un grupo de reformadores feministas que contribuyeron a la aprobación de leyes especiales para los menores y la creación de instituciones nuevas para reformarlos. (PLATT, op. cit. p. 96; BELOFF, Mary, *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 26 y 28).

<sup>8</sup> BELOFF, *La protección...*, op. cit., p. 29.

<sup>9</sup> BELOFF, Mary, *La protección...*, op. cit., p.30.

<sup>10</sup> BELOFF, Mary, *La protección...*, op. cit.

<sup>11</sup> PLATT, op. cit. p. 57.

<sup>12</sup> En este sentido añade “El modelo tutelar -que se impuso en toda Europa a principios del siglo XX- partía de que los menores eran inimputables que, en consecuencia, debían ser tratados como objetos de protección, trabajando sobre su peligrosidad y no sobre el delito cometido –que era una simple señal de las carencias del menor”. (BERNUZ BENEITEZ, María José, “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-12 (2005), disponible en, [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es).

<sup>13</sup> BELOFF, Mary, *La protección...*, op. cit., p. 34.

<sup>14</sup> Los salvadores de niños entre las diversas luchas por garantizar más derechos para los niños en los EE.UU, luchaban principalmente para establecer un tribunal propio para niños, que posteriormente caso condenados fueran trasladados a casa de corrección donde sería exclusiva para niños e no juntos con adultos delincuentes condenados, que esas casas fueran separadas, una para niños e otras para niñas. La idea era mantener estos muchachos lo mas lejos de las calles buscando la orientación y la educación con el fin de la prevención al delito, sin embargo habría quien se oponía a tales argumentando que estos lugares tenían las mismas características del tribunal penal y que algunos centros de corrección eran lugares inhumanos, que violaba las “garantías constitucionales de procedimiento legal y pone a los adolescentes la marca infamante de ‘delincuentes’, con lo que realiza funciones semejantes a las de los tribunales penales”. (PLATT, op. cit. p. 173).

<sup>15</sup> BELOFF, Mary, *La protección...*, op. cit., p. 58

<sup>16</sup> BELOFF, Mary, *La protección...*, op. cit.; BELOFF, Mary, “Quince años de vigencia de la Convención sobre los derechos del niño en la Argentina”, in *La familia en el nuevo derecho*, tomo II, Coord., Marisa Herrera, Directora Aída Kemelmajer de Carlucci, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2009.

<sup>17</sup> Artículo 5º, §3.º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.* (Constituição da República Federativa do Brasil, Editora Saraiva, 2008).

Cabe mencionar que aunque Brasil tenga permitido esta elevación del status constitucional de las normas de Derechos Humanos en Brasil hasta hoy, solamente un tratado fue elevado al nivel constitucional, por medio del Decreto Nº. 6949/09 que incorpora la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

<sup>18</sup> Pusimos la expresión *sociológicamente comunes* porque como bien se sabe en la mayoría de los casos el origen del delito está en la desigualdad social, la falta de oportunidad desde de niño a la educación, un excluido social, normalmente se explica el delito en situaciones comunes que estamos acostumbrados a escuchar, comunes en países grandes y con tasas de desigualdad social grande, índices de miseria. Todavía hay casos donde las personas cometen delitos por su naturaleza mala o por alguna disfunción psíquica, es decir, un enfermo mental, o porque son en esencia malos.

<sup>19</sup> El delito de violación en Brasil, artículo 213 CP, con penas de 6 a 10 años, § 1º, “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: pena de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos”; Artículo 217-A, Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena, reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. En estos casos donde el autor es adulto, es decir que tiene edad superior a dieciocho años es considerado como crimen hediondo, Ley Nº 8072 25/07/1990, donde hay algunas peculiaridades como por ejemplo la reincidencia, artículo 2º, § 2 de la ley 8072/90, “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos nesse artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de

3/5 (três quintos), se reincidente". Considerando que la progresión de régimen en lo sistema penal brasileño en general está previsto en la ley de ejecuciones penales, Ley Nº 7210 de 11/07/1984, que en su artículo 112 establece que, "A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo director do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão". Todavía en Brasil ningún menor de edad puede cumplir pena privativa de libertad por más de 3 años, artículo 121, §3º de la Ley 8069, de 13/07/1990.

Sin embargo en Argentina el delito de *violación y estupro*, no cambia tanto de Brasil con la agravante se el delito es cometido contra menor e máximas que llegan a veinte años de reclusión, artículo 119 caput y incisos, y, también hay previsión específica para casos de menores de dieciséis años, artículo 120 del mismo código que prevé pena de seis a diez años.

<sup>20</sup> ¿Cómo continuar pretendiendo que la prevención no tiene nada que ver con el ejercicio de un poder represivo cuando está judicialmente ordenada para penetrar en el santuario familiar, cuando puede movilizar si es preciso para hacerlo la fuerza policial? Pero también, ¿cómo denunciar la inflación de procedimientos de control y de prevención sin legitimar al mismo tiempo otra arbitrariedad, a veces infinitamente más peligrosa, la familia, que al amparo de sus muros puede maltratar a sus hijos, comprometer gravemente su futuro? (DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*, Pre-textos, Valencia, 1990, pp. 99-168).

<sup>21</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", in *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº. 25/ octubre, 2006, p 107.

<sup>22</sup> En este sentido, de la creación del enemigo por parte del Estado para imponer el control en nuestro contexto histórico tenemos la política criminal del fascismo tenía como base la severidad al combate de la delincuencia en nombre de la defensa del Estado, y lo institutos de la prevención, una forma más moderna y adecuada de combatir la delincuencia. (DAL RI JÚNIOR, Arno, *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*, Editora Revan, 2006, p.225). "A democracia é um regime fraco, incapaz de resolver a crise econômica. Os políticos são uma corja de demagogos e corruptos. O que o país precisa é de um grande líder patriótico, com autoridade incontestável, que acabe com a baderna promovida pelos grevistas, agitadores de esquerda, criminosos e vagabundos". (SHMIDT, Mario Furley, *Nova História Crítica*, 2º ed. Editora Nova Geração, São Paulo. p. 128). Sobre el status de vagabundo, sostiene Donzelot que: "el internamiento en un centro de un niño demasiado vagabundo es una medida educativa que puede ser decidida sin que el menor haya cometido el mínimo delito". (DONZELOT, op. cit. p. 112).

A escola de Kiel apresentava o direito como instrumento e ordenação da vida social, legitimado pelo espírito do povo. O sentimento de Führer deveria preponderar sobre o próprio direito, já que o dirigente estatal catalisava toda a vontade do povo alemão. O magistrado segundo tal escola poderia, e deveria julgar segundo critérios metajurídicos, isto é, não se encontrava totalmente jungido às leis, o que autorizava o recurso ao "são sentimento do povo" para punir. (DAL RI JÚNIOR, op. cit., pp. 246, 247). "O código moscovita assim fixara o princípio do direito penal desprendido das leis: "se uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa, não acha especialmente prevista no presente código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos deste código que prevejam delitos de índole mais análoga". (HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 4º ed., Editora, Forense, 1958, p.15). "A motivação, ou até mesmo a escusa para a repressão política, é delineada na Exposição de motivos da Lei nº. 2.008 de 1926, intitulada "*Provvedimenti per la difesa dello Stato*", peça central na nova política elaborada por Alfredo Rocco. O programa de governo era simples: com uma reforma radical na legislação, pretendia-se criar uma nova ordem jurídica, apta a reforçar a autoridade do Estado e a defendê-lo contra tentativas de prepotência dos indivíduos, dos grupos, das classes, dos partidos (...) Mas a irredutível ignorância de alguns inimigos do fascismo ameaça tornar vão este propósito e jogar, ainda uma vez a Itália na desordem e no turbamento". (DAL RI JÚNIOR, op., cit.). En Brasil, "A Lei de Segurança Nacional (LSN) promulgada em 1935 definia os crimes contra a ordem política e social. Sua principal finalidade era transferir para uma legislação especial os crimes contra a segurança do Estado, submetendo-os a um regime mais rigoroso, com o abandono das garantias processuais". (DAL RI JÚNIOR, op. cit., p. 268). Los ideales de la Ley de Seguridad Nacional si implantó en lo continente Latinoamericano desde la guerra de la Argelia, expuesta por autores franceses y por militares norteamericanos. Para los franceses de Argelia "o delito comum deve ser castigado severamente porque é necessário reforçar o máximo a frente interna," para Durkheim "o delinquente comum é o inimigo interno, do mesmo modo que o soldado é o inimigo externo na guerra", para Garofalo, "em qualquer caso deve-se retribuir o mal do delito, haja ou não necessidade de periculosidade, porque isto é necessário por si mesmo (argumento Kantiano ou absoluto)". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, V. 1 Parte Geral, 7ª ed. Editora RT, 2007, p. 313).

"El sospechoso, como tal, merecía siempre un castigo determinado; no se podía ser inocentemente objeto de una sospecha. La sospecha implicaba, a la vez, de parte del juez un elemento de demonstración, de parte del detenido el signo de cierta culpabilidad y de parte del castigo una forma limitada de pena. A un sospechoso que seguía siendo sospechoso no se le declaraba inocente por ello: era parcialmente castigado. Cuando se había llegado a cierto grado de presunción se podía, por lo tanto, poner en juego legítimamente una práctica que tenía doble papel: comenzar a castigar, en virtud de las indicaciones ya

---

reunidas, y servirse de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba". (FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, nacimiento de la prisión, 2ª ed., Siglo Veintiuno editores, 2009, p. 52).

"La actual configuración del sistema penal proviene de los albores de la revolución mercantil, de la formación de los estados nacionales, lo que da lugar a la desaparición de los viejos mecanismos de solución de conflictos entre partes enfrentadas, produciéndose la expropiación de los conflictos (derechos de la víctima), asumiendo el lugar de 'única víctima' el 'soberano' y convirtiendo a todo el sistema penal en un ejercicio de poder verticalizante y centralizador. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, editora Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 156). En estos tiempos el objetivo era la seguridad del Soberano y, el mantenimiento de la orden por medio de penas crueles y muy severas siempre buscando la intimidación. (MAGALHÃES NORONHA, E., *Direito penal*, parte geral, 8ª Ed., Editora Saraiva, 1972, p. 22). La consecuencia del reconocimiento de la venganza por parte del poder público implica en una medida de agresión cuya fórmula es la ley del talión, *ojo por ojo, diente por diente*. La aplicación de tal interpretación imponía penas brutales contra personas con base en intereses normalmente particulares. (BRUNO, Anibal, *Direito Penal*, parte geral, tomo I, Editora Forense, 3ª Ed., 1967, p.58). La venganza pública surge en el contexto del Estado para mantener la seguridad nacional con identidad estrictamente política y religiosa. (BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, V. 1, parte geral, 10ª Ed., Editora Saraiva, 2006, p.37).

Por supuesto que creer un niño como enemigo del Estado es un absurdo, es impensable una organización terrorista de niños que cometan delitos que pongan en peligro la organización del orden jurídico, lo que sí es posible y se encuadra en la discusión actual del carácter de exclusión es el carácter de eliminación del status de persona para ciertos sujetos de derecho, (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 09-01, 2007). En este sentido Silva Sánchez desarrolla la posibilidad del aborto como la exclusión de un indeseado, por así decir un excluido social. Lo que se plantea es que más allá del carácter, adulto, niño lo que sea, el Estado no está legitimado para imponer ciertas reglas o principios sobre la premisa de no considerar determinada clase como persona o niño, desde una concepción de los derechos humanos, todos son personas y tienen derechos comunes como acceso a cultura, educación, y todas las demás garantías que le asegura una constitución democrática de derecho.

<sup>23</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª Ed., Editora Saraiva, 2001, p. 236. El autor sostiene aún que la punición se exterioriza normalmente por motivos religiosos o por razones del Estado, fundar la pena criminal no en lo hecho cometido, sino en lo que es el sujeto. La escuela positiva de Lombroso no hace más que llamar la atención a la persona del delincuente.

"El juez se convierte en enemigo del reo, de un hombre encadenado, entregado como presa a la desolación, a los tormentos, al provenir más terrible; no busca la verdad del hecho, sino que busca en el prisionero el delito. (BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, 2005, p. 118).

<sup>24</sup> "Los jóvenes, los enfermos mentales, las mujeres, constituyen, de maneras diferentes, las principales 'excepciones' (que confirman la regla) para el sistema de justicia penal. Son excepciones con historias separadas, especialmente en lo que refiere a las instituciones y saberes a través de los cuales estos sujetos han sido contruidos, y a cuyo cuidado han sido delegados (aunque en los tres casos un papel relevante ha sido jugado por las instituciones y los saberes psicológicos y psiquiátricos). No obstante, tienen en común precisamente esto: que hacen evidente el modo en que el derecho (y los derechos) surgen históricamente, son contruidos por, y pertenecen predominantemente, al ciudadano adulto masculino, que está dotado de (a quien es atribuida la) capacidad plena para distinguir el bien del mal y para orientar sus comportamientos en consecuencia. Estas tres características están claramente interconectadas. Sólo al adulto varón le es atribuible el tipo de racionalidad que ha devenido en el paradigma de la racionalidad en general porque se ha construido sobre la experiencia y los intereses de (ciertos) varones adultos". (PITCH, Tamar, *Responsabilidades limitadas*, Editorial AD-HOC, 2003, p. 55). Por supuesto que los liberacionistas justamente bajo estos conceptos luchaban contra esa imposición de que existan clases dominantes y otras débiles. Los niños solamente serían dependientes de los adultos al paso que no se permitiera el desarrollo propio, que así como se creyó que las otras clases citadas también tenían sus limitaciones así como los niños.

Es notorio que la creencia que negros, mujeres son iguales a cualquier otro ciudadano (blanco varón), pero aunque los niños estuvieran en esa clase de los menos desfavorecidos es una cosa distinta atribuirles como incapaces porque mientras las mujeres y negros son considerados incapaces en la fase adulta, los niños son considerados incapaces para determinadas decisiones pero de forma temporaria. Infelizmente no es posible mantenerse un niño para toda la vida, y por otros motivos tantos el niño precisa de la protección de los adultos.

Sin embargo, por más que no comparta en parte alguna con la tesis liberacionista, es muy interesante la forma de pensar, se permitir llevar más allá de la opinión dominante, acreditar en un desarrollo humano en las primeras fases de la vida es un raciocinio atrevido por parte de sus idealizadores, y por eso merece todo respeto y consideración por parte de sus creadores.

<sup>25</sup> Pusimos derecho de opinión o de religión como ejemplos, como bien se sabe con el análisis anterior la intervención del Estado en ese caso se detiene en todos los valores morales que el estado cree que son los mejores, estos pueden ser los más diversos.

<sup>26</sup> La CIDN preconiza el carácter subsidiario del Estado en la protección de los intereses del niño poniendo como principal protector y este como titular de sus intereses básicos los padres, artículo 9 de la convención, por consiguiente la convención pone como situaciones muy particulares el caso de separar el niño de sus padres, artículo 20 de la convención: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado". Es decir solo en situaciones donde el bienestar del niño sea amenazado en el ambiente familiar es que los padres pueden perder la guardia de sus hijos. ¿Lo problema que gira en torno de esa problemática es cuáles son los límites del Estado y de la familia con relación a estos deberes para con el niño?

Este paradigma es constante, una guerra de fuerzas. Hay muchos presupuestos que imponen un análisis cuidadoso sobre la intromisión del Estado en el ambiente familiar, decir que el niño tiene derecho a educación, ocio e otros tantos derechos es aceptable, pero no vale de nada si el propio Estado no ofrece condiciones para la familia obtener estos derechos, el resultado que tenemos son niños trabajando, pidiendo dinero o comida en las calles. Una cosa es el modelo ideal, otra bien distinta es la realidad en que vive la mayoría de nuestra sociedad, niños de 5 o 6 años trabajando puede parecer un atraso a nuestros ojos, pero en el medio que viven eso se hace necesario y no es por este motivo que debe ser sacado del convivio familiar, porque en algunos casos pueden tener todo cariño, amor e bases de carácter y moral que va a formar el hombre muy pobre, pero digno de nuestro contexto social. Los derechos que la convención y otros ordenamientos jurídicos garantizan quizás no le alcance de la misma forma que a los favorecidos, pero la capacidad de encontrar tiempo para el ocio, para obtener educación no serán tan simple como para familias que tienen mejores condiciones, pero aún así no es culpa de su familia, no es falta de cuidado, no es falta de afecto, es un problema más grande de estructura básica del Estado que no alcanza a todos sus "hijos" del cuerpo social, para esa clase de personas el contrato social no llega.

No soy a favor de que el niño trabaje, pero hay situaciones donde personas de bien son condenadas por ofrecer trabajo a un niño que necesita tanto de la ocupación como de la plata. Es notorio de un producto de la delincuencia es el convivio con otros seres, la delincuencia es un fenómeno social, el niño que no tiene mucho tiempo para convivir con personas cercanas donde vive tiene menos tendencia a caer en la criminalidad. Sabemos que no es lo ideal, lo bueno era que todos los niños tengan la escuela como única ocupación, pero sabemos que no es así, que normalmente en las villas hay personas de bien como hay también delinquentes de varias clases, que ya es una conquista un niño que nasce en tal ambiente que tiene la influencia de ese tipo de gente no se va por este rumbo. Lo más inteligente es mantener este niño más lejos posible de ese ocio, ocupar todo su tiempo, de la escuela para un trabajo, para que al fin del día llegue en casa para dormir. No es lo ideal, podríamos decir hasta que no es justo, algunos tienen todo tiempo del mundo e otros no tienen tiempo para nada, pero que es la vida sino un eterno cuestionamiento sobre lo justo y lo injusto. ¿La propia vida no es justa o nosotros no tenemos capacidad de entender porque tenemos que pasar por esa abdicación de derechos?

Por fin a esa reflexión que me permití porque realmente es un tema que me incomoda, la posiciones hipócrita de ciertas personas que actúan en defensa de esos derechos de no tener la sensibilidad de analizar el caso concreto e ir más allá y no quedarse en la letra fría de la ley, entender porque estamos aquí, y porque este niño está ahí. "O importante é refletir à altura do nosso tempo; isto quer dizer, apropriando-nos da 'circunstância' em que estamos imersos, para reenquadrá-la, num plano superior, que nos liberte da sua prisão lógica". (JULIAN MARÍAS, Ortega, *apud*, LYRA FILHO, Roberto, *Criminologia dialética*, Editor Borsoi, 1972, p. 26).

<sup>27</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, op. cit., p. 101.

<sup>28</sup> Según el paternalismo existen ciertas protecciones que son inherentes a los niños bien como a los adultos también, hay ciertos bienes por lo cual ningún sujeto a disponer, como ejemplo la vida, o su salud. En ese sentido Contró señala que "la noción de paternalismo se vincula generalmente con la imposición de medidas por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses". (GONZÁLEZ CONTRÓ, op. cit., p.105).

<sup>29</sup> Derecho de asociación, derecho de culto religioso, en general, a todos los derechos que son inherentes a los ciudadanos cuando estos no ofenden al derecho de otros ciudadanos, ninguna persona tiene el derecho, aunque que sea el padre o el Estado donde el menor vive imponer premisas que cree la más correcta como orientación religiosa o política. El día que eso venga a ocurrir estamos abandonando nuestro modelo de Estado democrático de derecho e volviendo a los modelos autoritarios donde el derecho de asociación era interpretado de mala forma pero para facilitar la excusa para prender estudiantes que se juntaban para discutir política y criticar la forma de gobierno. Estaremos volviendo a los tiempos de dictadura, donde el Estado imponía las reglas a fin de que las personas no se opongan, el Estado le ofrece de todo, desde la orientación política hasta la religión. ¿Qué libertad tienes? O ¿Qué garantía aún existe? O entonces se queremos nos vamos un poco más allá que resta a un pueblo que no tiene libertad de elegir por un modelo político a seguir, una creencia filosófica que tenga, o que sea una creencia religiosa que tenga poca herencia que sea contraria a las premisas que interpreten básicas, necesarias y que respetan la moral de este Estado que no respeta nada.

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, op. cit., p.107.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, op. cit., p.116.

<sup>32</sup> SWINARSKI, Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, Costa Rica- Comité Internacional de la Cruz Roja, 2ª edición, 1991.

<sup>33</sup> Además de fijar estándares mínimos en el ámbito de la justicia juvenil la Convención aclara algunas premisas como por ejemplo, "la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. (Convención sobre los derechos del niño, Ley N° 23849, de 2 de septiembre de 1990, en Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres, compendio legislativo internacional y nacional para la protección de sus derechos, Unicef, Buenos Aires, enero de 2010).

<sup>34</sup> (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres, compendio legislativo internacional y nacional para la protección de sus derechos, op. cit.).

<sup>35</sup> (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, en Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres, compendio legislativo internacional y nacional para la protección de sus derechos, op. cit.).

<sup>36</sup> En este sentido la crítica de Beloff interesante porque: "las decisiones más allá de la relevancia obvia que las caracteriza, no son muy sofisticadas ni han generado estándares significativos. En rigor, la Corte Interamericana tuvo diferentes oportunidades, todas recientes, de fijar estándares mejores para un continente que, como mencioné, durante quince años ha realizado considerables esfuerzos teóricos y políticos en este tema; sin embargo, los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son muy débiles". (BELOFF, Mary, "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía", in *Revista jurídica de Buenos Aires*, Departamento de publicaciones, facultad de derecho, UBA, 2007, p. 83).

<sup>37</sup> BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", in *Infancia, ley y democracia en América Latina*, compiladores, Emilio García Méndez y Mary Beloff, Editorial Temis S.A., 1998, Santa Fe de Bogotá, p. 33.

<sup>38</sup> Cabe aclarar la interesante reflexión que hace Beloff acerca de estos nuevos estándares de la justicia juvenil en Latinoamérica que son las normas de derecho internacional y derechos humanos e las leyes nacionales de protección al niño, lo gran problema es que la simple aprobación de leyes de nada sirve si no se busca la resolución de problemas estructurales del Estado para propiciar la mínima efectividad de estas leyes, fue lo que ya decimos en nota anterior, hay que ofrecer lo mínimo y buscar la solución para problemas como desigualdad social, índices de miseria exorbitantes, es decir, estas leyes no están ahí para resolver estos problemas, sino para garantizar los derechos básicos de los menores, esta base sólida, esta estructura social el Estado tiene el compromiso de ofrecer para que tengan una utilidad estas leyes, para que no se queden solamente como un objeto simbólico de protección que no tiene función alguna porque nada se cumple. (BELOFF, *Reforma legal...*, op. cit., p. 79).

<sup>39</sup> "Como ha sido mencionado reiteradamente, adecuar el derecho interno del país a los compromisos internacionales requiere revisiones normativas de consideración, análisis que se hace aun más complejo cuando se trata principalmente de la adecuación a un tratado cuyas cláusulas son, en general, imprecisas y vagas. (BELOFF, Mary, "Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho sobre la "Ley de protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes", N° 26.061, in *Revista de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, n° 33, Buenos Aires, marzo/abril, 2006, pp. 1-33).

<sup>40</sup> BELOFF, *Quince años...*, op. cit, p. 140.

<sup>41</sup> Es importante mencionar aquí que Brasil hizo su reforma constitucional para tener la opción de receptar tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, una medida ya tardía frente a vecinos como por ejemplo Argentina. Sin embargo con relación a adecuación de las leyes internas en conformidad con la CDN, Brasil con la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) ya mencionado (Ley N°8069, de 13/07/1990), aprobado en 1990 fue según Emilio García Méndez fue "la primera adecuación sustancial de una ley nacional a la CDN en América Latina". (GARCÍA MENDEZ, Emilio, "Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina", *Justicia y derechos del niño*, N° 6, Unicef, Santiago de Chile, noviembre de 2004, disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayDerechos6.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayDerechos6.pdf))