

*...el cambio es posible,
y los derechos de los niños
constituyen un buen punto de partida;*

Un mundo apropiado para los Niños
Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas,
A/RES/S-27/2

SEMINARIO: ESTADO DE DERECHO E INFANCIA A 20 AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

*Exposición de Amerigo Incalcaterra, Representante Regional ACNUDH
Montevideo, Uruguay
3 de diciembre de 2009*

El 20 de noviembre de 2009 se celebró el 20º aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General. Con ello la comunidad internacional unánimemente reconoció, por la primera vez en la historia, que los niños y las niñas no son propiedad de sus padres ni estos los proveedores de cuidados, sino que son, cada uno individualmente, titulares de derechos, plenamente empoderados y protagonistas de su propio destino de acuerdo a su edad y nivel de madurez.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el tratado mas ratificado de la historia, ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención. A la fecha, solo Estados Unidos no la ha ratificado.

La Convención sobre los Derechos de los Niños no es un texto neutral en el que se enumera una lista de derechos, sino un instrumento que establece una nueva posición jurídica del niño.

Sin embargo, 20 años después de su aprobación, quedan muchas preguntas por responder respecto de su verdadera repercusión. Principalmente el gran desafío no es tanto en mejorar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de este instrumento internacional por parte de los Estados ratificantes, sino es alentar a los Estados a hacer lo necesario para propiciar un cambio permanente en el modo en que son percibidos y tratados los niños, y a aceptar y adoptar un enfoque basado en los derechos en todas las actividades que conciernan a la infancia.

Con motivo de la conmemoración del 20º aniversario la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos organizó, el 8 y 9 de Octubre en Ginebra, un evento para debatir y poner de relieve tres grandes desafíos que enfrenta la

Convención: garantizar la dignidad del niño; ofrecer al niño plenas posibilidades de desarrollo; y facilitar el diálogo entre adultos y niños de acuerdo con el enfoque participativo. Las conclusiones de este evento evidenciaron el gran camino que queda por recorrer para el respeto de los derechos de los niños, y el rol y la responsabilidad del Estado en esta tarea.

En especial, en relación a grandes fenómenos que están apareciendo con mucha fuerza y ante los cuales las sociedades siguen recurriendo a viejas recetas que han demostrado su completa ineficacia. Me refiero concretamente al tema de la violencia y la seguridad ciudadana, al terrorismo, la criminalidad organizada, el fenómeno de la migración y la trata de personas, la marginación y exclusión de grandes sectores sociales a participar de los beneficios de vivir en un estado de derecho.

Frente a estos fenómenos la respuesta que vemos a lo largo y ancho del continente americano es de endurecimiento de las acciones del Estado, una disminución de la edad de punibilidad penal y de criminalización de los movimientos migratorios y la falta de acceso a la justicia.

Si nos referimos a la niñez sin duda alguna la aplicación de políticas restrictivas tendrán efectos perjudiciales en el desarrollo de aquellas personas que el día de mañana tendrán la responsabilidad de construir una sociedad más participativa e incluyente. Cómo tratamos a los niños y niñas hoy así dependerá la sociedad que estamos creando mañana.

En este sentido es importante volver a analizar la Convención de los Derechos de los Niños y el amplio marco jurídico internacional para encontrar las respuestas a las preguntas que las sociedades de hoy se ponen.

2. Estándares internacionales en materia de protección de la niñez

El tema de los derechos de la niñez ha sido terreno fértil para la actividad normativa, a la fecha contamos tanto en el ámbito universal como en el interamericano:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.16 y 25).
2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VI y VII).
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (arts. 17,19 23,24).
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.17 y 19).
5. Declaración de los derechos del niño de 1959 (principios 2,6,8)
6. Convención sobre los derechos del niño de 1989.
7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), (arts. 10 y 16).
8. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 y 16).

9. Convención para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).
10. Convención contra la discriminación de las personas discapacitadas (arts. 7,23,24)
11. Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (arts. 29,30,44)

Hace algunos años han entrado en vigor dos protocolos facultativos a la Convención sobre los derechos del niño, el primero relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el segundo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Existen varios instrumentos importantes sobre la problemática del adolescente frente al sistema penal como son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de menores privados de libertad, también de 1990, la Administración de la justicia de menores, ECOSOC Resolución 1997/30, los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, ECOSOC Resolución 2000/14, la Observación General No. 10 (2007), del Comité de los Derechos del Niño sobre “Derechos de los niños en la justicia de menores”, la Resolución ECOSOC 2007/23: Apoyo a las medidas adoptadas en el plano nacional para reformar la justicia de menores, en particular mediante la asistencia técnica y una mejor coordinación en todo el sistema de las Naciones Unidas , y la Resolución del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/10/L.15) sobre los derechos humanos en la administración de la justicia, en particular la justicia juvenil (20 marzo 2009), y el Comentario General No 12. El derecho de la niñez a ser escuchada en procesos judiciales y administrativos.

Hay dos instrumentos complementarios relativos al tema de la atención al niño privado de su entorno familiar, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

Cabe mencionar la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974. Las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y niñas víctimas y testigos de delitos, ECOSOC Resolución 2005/20. Las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (las “Reglas Mínimas Uniformes”) (1977). Las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (las “Reglas de Tokio”) (1990). El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1979). Los

Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Asamblea General, resolución 40/34 (1985). Las Directrices sobre la Función de los Fiscales (1990). Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (1990)

Por último, también existen varios convenios internacionales sobre la edad mínima para las distintas formas de empleo, de los cuales los más relevantes en la materia son el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1973, sobre la edad mínima, y el Convenio 182, de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil,.

Todo lo anterior hace parte del cuerpo juris en materia de protección de la niñez. Sin embargo dado que hoy nos centramos en los aspectos de la niñez en su relación con la justicia, paso brevemente a enumerar los instrumentos internacionales relacionados con la temática.

3. Principales instrumentos internacionales en materia de niños en conflicto con la ley

3.1. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas

La CDN es el instrumento legal internacional más importante sobre derechos del niño ya que tiene carácter obligatorio para aquellos países que lo ratificaron. Define a los “niños” como todas las personas menores de 18 años. En él se establecen los principios de no discriminación (art.2); el interés superior del niño (art.3); el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el derecho del niño a ser escuchado y tenido en cuenta (art. 12). A su vez la Convención reconoce los principios de indivisibilidad, interdependencia, integralidad y exigibilidad de todos los derechos humanos. Reafirma el carácter de complementariedad del Órgano del tratado.

3.2. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil: “las Directrices de Riad”

Las Directrices de Riad representan un enfoque integral y proactivo de prevención y reintegración social, en donde se detallan estrategias sociales y económicas que involucran a las diversas instancias: la familia, la escuela, la comunidad, los medios de comunicación, la política social, la legislación y la administración de la justicia juvenil. Reconoce que las medidas de privación de la libertad a menores deben utilizarse solo como último recurso. La prevención general comprende “planes de prevención en cada nivel del gobierno” y debe incluir: mecanismos para la coordinación de esfuerzos entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales; el monitoreo continuo y la evaluación; la participación de la comunidad mediante un amplio rango de servicios y

programas; la cooperación interdisciplinaria; y la participación de los jóvenes en las políticas y procesos de la prevención. Las Directrices de Riad también hacen un llamado para que se quite la categoría de crimen a determinados delitos y recomienda que los programas de prevención den prioridad a los niños que estén en riesgo de ser abandonados, descuidados, explotados y abusados.

3.3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores: las “Reglas de Beijing”

Las Reglas de Beijing proveen orientación a los Estados para que protejan los derechos de los niños y respeten sus necesidades cuando establezcan sistemas separados y especializados de justicia de menores. Fueron el primer instrumento internacional que detalló de manera comprehensiva las normas para la administración de justicia de menores con un enfoque centrado en el derecho de los niños y su desarrollo. La Reglas fomentan: el uso de la remisión de las audiencias formales a programas comunitarios apropiados; los procesos ante cualquier autoridad conducidos en favor de los mejores intereses del niño; la consideración cuidadosa antes de privar de libertad a un menor; la capacitación especializada para todo el personal que maneja casos de menores; la consideración de liberación del arresto lo más pronto posible. De acuerdo con estas Reglas, un sistema de justicia de menores debe ser justo y humano, debe enfatizar el bienestar del niño y asegurar que la reacción de las autoridades sea proporcional a las circunstancias tanto del infractor como del delito. También enfatiza la importancia de la rehabilitación.

3.4. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

Este detallado instrumento establece los estándares que se aplican cuando un menor (cualquier persona menor de 18 años) es confinado a una institución o establecimiento por una orden judicial, orden administrativa o de alguna autoridad pública. Además, las normas mínimas incluyen principios que definen de manera universal las circunstancias específicas en las cuales los menores pueden ser privados de su libertad y enfatiza que la privación de la libertad debe ser el último recurso, por el periodo más breve posible, y limitado a casos excepcionales. Establece las condiciones mínimas en caso de que la privación de la libertad sea inevitable. Las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad representan un marco aceptado internacionalmente para contrarrestar los efectos negativos de la privación de libertad al asegurar el respeto de los derechos humanos de los menores.

3.5. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad: las “Reglas de Tokio”

Las Reglas tienen el propósito de involucrar a la comunidad en el manejo de la justicia

penal, especialmente en el tratamiento de los infractores, así como promover entre ellos un sentido de responsabilidad hacia la sociedad. En la implementación de las Reglas, los gobiernos deben asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos de los infractores, de las víctimas y las preocupaciones de la sociedad respecto a la seguridad pública y la prevención del crimen. Para ello, se deberá evitar el uso innecesario del encarcelamiento, por lo que el sistema de justicia penal deberá proveer una amplia gama de medidas correctivas que no incluyan la prisión y que consideren las fases anteriores al juicio y las disposiciones después de que se dicte la sentencia. En los casos que sean apropiados y compatibles con el sistema legal, la policía, el servicio de fiscalía u otras entidades que tratan los casos penales deberían tener el poder de liberar al infractor si consideran que no es necesario continuar con el caso para proteger a la sociedad, para prevenir el crimen o para promocionar el respeto a la ley y los derechos de las víctimas.

3.6. Resolución 1997/30 de las Naciones Unidas – Administración de la justicia de menores: las “Directrices de Viena” (1997)

Esta Resolución de las Naciones Unidas (conocida también como las Directrices de Viena) provee una visión general de la información que se recibe de los gobiernos acerca de cómo se administra la justicia de menores en sus países y en particular cómo se involucran en programas nacionales de acción para promover la efectiva aplicación de las reglas y estándares internacionales sobre la justicia de menores. El documento contiene el anexo Directrices para la Acción por los Niños en el Sistema de la Justicia Penal, elaborado por expertos en una reunión llevada a cabo en Viena en febrero de 1997. La versión preliminar de este programa de acción provee un conjunto de medidas integrales que es necesario implementar para establecer un sistema de justicia de menores que funcione con eficiencia de acuerdo con la CDN, las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Normas Mínimas Uniformes para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

3.7. La Observación General N° 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. Principios fundamentales.

Donde se ha visto mayor incumplimiento de la Convención por parte de los Estados es en lo concerniente a los menores que entran en conflicto con la ley. Por ello, cabe recordar los principios básicos establecidos por Comité de los Derechos del Niño, que es el Órgano de vigilancia de la Convención. Este ha venido señalando que:

Muchos Estados Partes distan mucho de cumplir cabalmente la Convención, por ejemplo en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso.

*Los Estados Partes deberán aplicar sistemáticamente en la administración de la justicia los **principios generales** contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40.*

A. No discriminación (artículo 2)

Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes).

Es muy común que los códigos penales contengan disposiciones que tipifican como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. A este respecto, el Comité también se remite al artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". Además, comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento.

B. El interés superior del niño (artículo 3)

En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.

C. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el

desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo.

D. El respeto a la opinión del niño (artículo 12)

El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores. El Comité observa que las opiniones de los niños involucrados en el sistema de justicia de menores se están convirtiendo cada vez más en una fuerza poderosa de mejora y reforma y para el disfrute de sus derechos.

E. Dignidad (artículo 40 1)

La Convención contiene un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia:

- *Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño.* Este principio se inspira en el derecho humano fundamental proclamado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este derecho inherente a la dignidad y el valor, debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de menores, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño.
- *Un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros.* Este principio significa que, dentro del sistema de la justicia de menores, el trato y la educación de los niños debe orientarse a fomentar el respeto por los derechos humanos. Es indudable que este principio requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo. Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?
- *Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad.* Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato

con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño. Todo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño.

- *El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.* Los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de menores: en el primer contacto con la policía, durante la detención preventiva, y durante la permanencia en centros de tratamiento y de otro tipo en los que se interna a los niños sobre los que ha recaído una sentencia de condena a la privación de libertad.

El Comité reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención.

4. Comentario General No 12. El derecho de la niñez a ser escuchada en procesos judiciales y administrativos

El Comité recuerda a los Estados que el derecho de la niñez a ser escuchada en procesos judiciales y administrativos se aplica, sin excepciones, a todo escenario relevante, incluyendo a niñas y niños separadas/os de sus madres o padres, a los casos de custodia y adopción, a niñas o niños en conflicto con la ley, a la niñez víctima de violencia física, abuso sexual u otros crímenes violentos, a niñas y niños que buscan asilo y refugio y a la niñez que ha sido víctima de conflicto armado y está en situaciones de emergencia.

Para asegurar que se toman en cuenta las opiniones de niñas y niños que están en conflicto con la ley y para asegurar su participación, en conformidad con los artículos 12 y 40 de la Convención, se debe proporcionar, como mínimo, lo siguiente;

- (a) asistencia jurídica u otra asistencia apropiada;
- (b) asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- (c) respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento;
- (d) reconocimiento que la niña o el niño tiene el derecho a participar libremente y que no será obligada/o a prestar testimonio.

Los Estados deben proporcionar capacitación obligatoria a todas las categorías profesionales relevantes involucradas en procedimientos judiciales y administrativos.

Las/los jueces y quienes toman decisiones deberán, como norma, establecer explícitamente el resultado de los procedimientos y explicar este resultado, especialmente si no se pudo dar cabida a las opiniones de la niña o el niño.

Además de los derechos arriba delineados para la niñez en conflicto con la ley, los Estados deben adoptar e implementar reglas y procedimientos para niñas y niños víctimas de violencia física, abuso sexual u otros crímenes violentos. Deben asegurarse de usar entrevistas grabadas en video para evitar repetir testimonios que revivan el trauma. Deben garantizar que se dispone de medidas de protección, de servicios psicológicos, de asistencia social y de salud, y que se evita todo contacto innecesario con el perpetrador. La identidad de la víctima deberá mantenerse en confidencia y, cuando así se lo requiere, el público y la prensa deberán ser excluidos de la sala del tribunal durante los procedimientos.

La edad no debe ser una barrera para que la niña o el niño ejerzan su derecho a participar plenamente en el proceso judicial. Tampoco debe ser un impedimento para que la niña o niño acceda a mecanismos de reclamos dentro del sistema de justicia y los procedimientos administrativos.

Atención especial se debe dar a la niñez a ser escuchada en procedimientos de inmigración, asilo y refugio, tomando medidas que aseguren que las reglas y prácticas, incluyendo la disponibilidad de intérpretes, cumplen plenamente.

5. Las responsabilidades del Estado en materia de Niñez.

En primer lugar quiero destacar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el marco jurídico que los Estados, al ratificar los convenios y tratados internacionales, se obligan a cumplir. De tal manera que las políticas públicas, y las leyes tienen que ajustarse a la normativa internacional. Si esto simplemente se cumpliera, sin duda alguna muchos de los actuales fenómenos y situaciones no se darían con la envergadura que estamos observando.

El Estado asume a nivel nacional e internacional la obligación jurídica ineludible de proteger los derechos humanos de las personas frente a cualquier intento de menoscabo de estos derechos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El niño, según el PIDCP (art. 24.1) y la Convención (art. 19), tiene derecho a protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

El contenido de las obligaciones de la sociedad hacia la familia no ha sido claramente definido, ni por la doctrina y la jurisprudencia sobre los instrumentos antes mencionados, ni por la elaboración de instrumentos complementarios. En contraste, la Convención sobre los derechos del niño contiene varias disposiciones que aclaran las obligaciones de la familia hacia el niño. Muy esquemáticamente se puede resumir que los padres tienen la “*responsabilidad primordial*” en la tutela de los derechos de los niños, y el Estado la responsabilidad de asegurar que la familia esté en condiciones de cumplir con esta responsabilidad. El incumplimiento por parte de los padres de sus deberes en esta materia legitima una intervención en la familia de parte del Estado, a fin de proteger a los niños.

La Convención sobre los derechos del niño reconoce “*el interés superior del niño*” como principio trascendental que ha de orientar literalmente toda medida que lo afecte.

En la medida en que los padres no estén en condiciones de cumplir con estas responsabilidades por sus propios medios, el Estado tiene el deber de apoyarlos (arts. 18.2 y 27.3 de la CDN). Esta relación de co-garantes es reafirmada por el artículo 3.2, que establece: “*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables (...)*”. Al reconocer la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos, el artículo 18 agrega: “*Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*”

La primera obligación del Estado, entonces, es la de respetar a los padres en el cumplimiento de estas responsabilidades. En la medida en que los padres no las cumplen a cabalidad, las autoridades tienen el derecho y el deber de intervenir para proteger los derechos del niño.

En lo posible, la intervención consistirá en dar a los padres la orientación y el apoyo necesarios para superar los problemas que afectan la forma como cumplen estos deberes (CDN art. 18.2). En casos extremos, las autoridades pueden separar a los niños del hogar familiar; esta medida es permitida únicamente en caso de ser “*necesario en el interés superior del niño*”, según el artículo 9, y debe respetar los principios de legalidad y de contradicción, con derecho a revisión judicial.

6. La aplicación de la normativa internacional en América Latina

En América Latina, la aplicación de la Convención continúa implicando un cambio radical desde el punto de vista jurídico, político, histórico y cultural. Las leyes y prácticas que existían con anterioridad a la Convención respondían a un modelo tutelar, asistencial y que partía del menor como objeto de protección y que legitimaba las prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención la perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente al planteamiento en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.

A pesar de ello a nivel judicial ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes tutelares anteriores a la ratificación de la Convención.

Sin embargo en términos concretos de reconocimiento y goce de estos derechos, es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención. En algunos países la ratificación de la Convención no ha producido impacto alguno, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial o un impacto retórico.

Los instrumentos y la jurisprudencia internacionales deben ser utilizados en casos concretos, solo así damos contenido a las obligaciones internacionales de los Estados, y con ellos promovemos, generamos y provocamos cambios en las legislaciones y las prácticas estatales y sociales. No hay que caer en la relativización de los estándares internacionales, caracterizándolos como algo ajeno o fuera del Estado, porque fue este el que, en ejercicio de su soberanía se ha obligado ante la comunidad internacional a respetar garantizar los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. Es decir, esas normas internacionales constituyen verdaderas obligaciones exigibles al Estado.

También tenemos que recordar que el sistema internacional de protección de los derechos humanos es subsidiario, la tarea primera le corresponde a la justicia, a ustedes. Solo cuando falla el sistema nacional, cuando los recursos internos no dan resultados eficaces, solo entonces es necesario recurrir al sistema interamericano de Derechos Humanos o al universal.

7. Los medios de comunicación y la opinión pública

Los menores en conflicto con la ley tienen un estereotipo muy negativo, que influye de manera significativa en el trato que reciben en el sistema de justicia penal: oscurece la individualidad de los niños y niñas y lleva a respuestas a menudo inapropiadas y abusivas por parte del sistema de justicia penal.

Los conceptos errados sobre los niños en conflicto con la ley suelen originarse por la falta de estadísticas objetivas, sistemáticas y precisas respecto a los delitos cometidos por los menores de edad. Esta falta de datos se debe a la carencia de infraestructura, deficiente capacitación de los funcionarios, falta de métodos para recolectar datos de manera sistemática, inconsistencia en la clasificación de los delitos y a la manipulación política de las estadísticas. Más aun, las estadísticas no suelen distinguir entre las causas de los delitos y su gravedad.

Los medios de comunicación pueden infundir miedo y alentar la condena de los menores en conflicto con la ley mediante reportes imprecisos, no representativos y sensacionalistas. Este miedo público tiene consecuencias directas en la política local y

nacional, pues genera políticas y prácticas discriminatorias, represivas y punitivas.

8. Conclusión

Ante la problemática de la niñez en conflicto con la ley hay que tener una visión de prevención de tal manera que lo que ahora es una medida de reparación pudo haber sido una medida de prevención. Por ello, los esfuerzos tienen que estar dirigidos a prevenir que las niñas y niños entren en conflicto con la ley. En el caso de encontrarse en conflicto con la ley, es necesario asegurar, que en todas las posibles instancias, las niñas y los niños estén separados del sistema de justicia formal y que más bien sean atendidos por procesos restaurativos basados en la comunidad, en los que inciden en las causas de su comportamiento e identifican estrategias efectivas para prevenir que vuelvan a reincidir, que promuevan su rehabilitación y faciliten su reintegración a la sociedad.

El sistema judicial debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restitutiva, ofrecer a los Estados la posibilidad de abordar la cuestión de los niños y niñas que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz en función no sólo del interés superior del niño, sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.

Por eso los estándares internacionales deben ser adoptados e implementados por los operadores nacionales de justicia, los jueces, las autoridades administrativas, los policías, las procuradurías, los Ombudsmen y otros. Para que el Estado tenga la oportunidad de reparar las violaciones por sus propios medios.

El sistema internacional de protección es complementario, coadyuvante y subsidiario de los sistemas nacionales de protección. En consecuencia, las normas internacionales adquieren verdadera eficacia cuando son ustedes, los jueces y juezas que las aplican y les dan contenido a nivel nacional y con ello provocar pequeños y grandes cambios.

Muchas gracias