

El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal

Lina Mariola Díaz Cortés

Becaria de investigación en la Universidad de Salamanca (Colombia)

Sumario

La distinción entre el menor y el adulto, que hoy en día reconocemos, fue resultado de un proceso histórico. Solo hasta finales del siglo XIX se formalizaría la necesidad de establecer una jurisdicción diferente. En la búsqueda de reafirmar tal distinción se predicó la “autonomía” de la disciplina derecho penal juvenil, lo que condujo al mantenimiento de un modelo protector. En reacción de tal proceso, hoy se habla de una “ciudadanía del menor” para significar su categoría de persona y, por ende, de “sujeto de derechos”, constituyéndose en un concepto del que debe partir cualquier discusión en torno al menor infractor.

Temas relacionados

Infancia como construcción social; nacimiento de tribunales de menores; modelo tutelar, educativo y de responsabilidad; ciudadanía del menor; menor como sujeto de derechos; responsabilidad penal; situación irregular; el caso colombiano.

I. Consideraciones previas

Beristain Ipiña, para 1996, escribió respecto al tema de menores delincuentes en España: “En nuestra patria carecemos de una legislación elemental al respecto y (...) también de una teoría suficientemente discutida y madura sobre el tema. Quizás se ha olvidado que nada hay más práctico que una buena teoría”⁽¹⁾. De esa época a nuestros días, la situación ha variado diametralmente en España⁽²⁾.

Cuestión diferente es lo que acontece en Colombia, en donde la legislación vigente sobre menores delincuentes, Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989 —*Código del Menor*—, no se ha adecuado materialmente a la Constitución Política de 1991 ni a los convenios y tratados de carácter internacional, en especial a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*⁽³⁾ —en adelante *Convención*— ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

A pesar de que a la fecha la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre la inexecutable de algunos artículos de esta ley, que no reconocían al menor derechos tan fundamentales como el de la defensa⁽⁴⁾, lo cierto es que es una asignatura pendiente la reformulación de las bases para

(1) Beristain Ipiña, A. *Jóvenes infractores en el tercer milenio*. Universidad de Guanajuato. Guanajuato: 1996. p. 289.

(2) En España mediante la *Ley Orgánica 5 del 2000* se reguló la responsabilidad penal de menores. Pese a las objeciones que se le han hecho a esta ley por la falta de medios para su implementación, es producto de una rica discusión en el ámbito de la doctrina y de la magistratura.

(3) El tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, presentado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 1999, que se encuentra en la página: www.cidh.oas.org, señala que la *Convención sobre los Derechos del Niño* es un tratado comprehensivo sobre derechos humanos. Siguiendo el modelo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la Convención combina en un tratado, tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales. Más aún, la Convención excede el ámbito de la declaración universal, mediante la incorporación de estándares de derecho humanitario y mediante la inclusión de nuevos derechos nunca antes protegidos por un tratado internacional sobre derechos humanos.

(4) Nos referimos a la Sentencia del 20 de octubre de 1999 de la Corte Constitucional C-817 que se pronunció respecto al artículo 166 que señalaba: “El menor infractor de doce (12) a dieciocho (18) años deberá estar asistido durante el proceso por el defensor de familia y por su apoderado si lo tuviere. Los padres del menor podrán intervenir en el proceso”. La parte subrayada fue declarada inexecutable. En el mismo sentido, también se declararon inexecutable los artículos 185, 191 y 199 de la mencionada ley.

la creación de un sistema penal juvenil en Colombia, que esté acorde con estos textos legales⁽⁵⁾.

Independientemente de las especiales circunstancias que tiene la delincuencia juvenil en Colombia —las cuales no son objeto del presente estudio— las palabras de Beristain Ipiña se hacen vigentes para el caso colombiano. Por otra parte, es importante advertir, que en el estudio teórico que se ha empezado a gestar, no se debe olvidar que la utilización de doctrina extranjera solo es consecuente y útil en la medida en que no seamos receptores “incondicionales” de concepciones foráneas del derecho.

Dentro de este estudio, la premisa del “menor como sujeto de derechos” constituye una consideración básica en la discusión de su responsabilidad penal. En efecto, cuando se debate sobre el menor infractor, se tiende a enmarcar el análisis en el campo de las obligaciones, olvidando la realidad social del niño en Colombia⁽⁶⁾.

Ciertamente, estamos dentro de un contexto que exige “deberes” y responsabilidad a los menores, sin antes reconocerle derechos fundamentales como el de llevar una vida digna, la educación y el libre desarrollo de la personalidad. Comparto la posición que predica que la realización de los derechos fundamentales y una política de justicia social constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal frente al menor infractor. No obstante, reconozco la necesidad de responsabilizarlo cuando comete conductas antijurídicas —a partir de determinada edad—⁽⁷⁾, que atentan contra las normas estimadas básicas dentro del funcionamiento de la sociedad. Lo anterior, partiendo del reconocimiento como persona.

(5) En efecto, la Convención y la Constitución parten del reconocimiento del menor como persona titular de derechos fundamentales, base sobre la cual se debe sentar un modelo de intervención estatal frente a menores que cometan una conducta antijurídica.

(6) Ver la página: www.unicef.org.co, en la que aparecen datos sobre los menores involucrados en el conflicto armado.

(7) La discusión sobre la edad a partir de la cual es responsable penalmente un menor no será objeto del presente estudio.

Ahora bien, en este debate es importante analizar algunos aspectos que soportan el estado actual de la discusión, los cuales esbozaremos brevemente, antes de entrar en materia.

2. El menor como concepto autónomo y la necesidad de la diferencia en su tratamiento

La respuesta frente al menor que comete una conducta antijurídica ha variado a lo largo de la historia. Su desarrollo ha estado marcado por cambios sociales que han determinado la respuesta del derecho.

Cuando se investiga sobre el tema, es una consecuencia obligada referirnos a investigaciones hechas por autores como Philippe Ariés⁽⁸⁾ y Anthony Platt⁽⁹⁾.

El primero, tuvo el mérito de estudiar la infancia como "construcción social"⁽¹⁰⁾, es decir, como producto de un proceso de cambio socio-histórico en el que han variado usos, concepciones y percepciones vinculadas a los menores. Considera el autor que el concepto de infancia que hoy en día entendemos como categoría autónoma diferente del adulto no existía en épocas anteriores al siglo XVII. Ariés deduce su tesis de practicar un estudio sobre las pinturas de la época —por constituir expresión cultural de las ideas imperantes—, en las que encuentra que el niño pasaba de una absoluta dependencia maternal, al mundo del adulto.

En un proceso que se gestó desde finales del siglo XVII y se materializó a mediados del siglo XVIII, el niño aparece en un nuevo esquema en el retrato de la

(8) Ariés, P. *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*. Taurus, Madrid: 1988, p. 57.

(9) Platt M. A. *Los salvadores de los niños. La invención de la delincuencia*. Siglo XXI editores, México: 1988.

(10) Rodríguez Pascual, I. *¿Sociología de la infancia? aproximaciones a un campo de estudio difuso*. En: Revista Internacional de Sociología (RIS), Tercera Época, N.º 26, España: mayo-agosto del 2000, p. 103. Para el autor, la aportación de Ariés es más cercana al núcleo del pensamiento sociológico. Ventas Sastre, R. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid: 2002, p. 67. En su opinión la adolescencia es un concepto cultural, relativo a cada sociedad y no delimitado por indicadores biológicos.

familia: se le observa vistiendo nuevas ropas y bajo un manto de dependencia. No obstante esta nueva ubicación no es nada favorecedora, ya que, parte de la pérdida absoluta de autonomía y de una cultura jurídica-social que vincula la protección hacia el menor con una concepción previa de su incapacidad. Este presupuesto puede considerarse como la génesis de la llamada doctrina de la "situación irregular"⁽¹¹⁾, la cual predicaba un esquema de "protección-represión", que entendía al menor como sujeto de protección ajeno a un *status* que le reconociera como portador de derechos.

Por su parte, Platt desechó el argumento que sostenía que el surgimiento de los primeros tribunales de menores⁽¹²⁾ era consecuencia de fines altruistas del industrialismo a favor de los menores —abandonados o infractores—⁽¹³⁾. En su opinión, su creación estuvo marcada por los intereses guiados a defender valores fundamentales que se habían visto desplazados por el industrialismo, entre ellos, la familia, el regreso al campo, el "nativismo" protestante, el papel de la mujer dentro de la familia⁽¹⁴⁾, la disciplina del hogar y la asimilación de los inmigrantes⁽¹⁵⁾.

En efecto, en su opinión, la creación del tribunal de menores en Illinois no supuso una reforma radical, sino la confirmación de las instituciones existentes, permaneciendo tendencias del conservadurismo. Ciertamente, la caridad justificó la utilización de mecanismos difusos de control social para los pobres y alienados⁽¹⁶⁾. Tales inclinaciones llevaron a actuaciones que se pueden calificar, actualmente, como an-

(11) García Méndez, E. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis, Bogotá: 1994, p. 75.

(12) Hace especial referencia al tribunal de menores en Illinois, Estados Unidos, creado en 1899.

(13) Es un presupuesto de la doctrina de "situación irregular" el entender bajo una misma categoría el menor abandonado y el menor infractor, así se explicará más adelante.

(14) Platt, A., op. cit., p. 117. El papel de la mujer en roles públicos dio paso a justificar las nuevas carreras que se abrían a las mujeres. De esta forma, la labor social sirvió para la emancipación de la mujer. En este sentido también Barbero Santos, M. *Marginación social y derecho represivo*. Bosch, Barcelona: 1980, p. 97.

(15) Platt, A., op. cit., pp. 95, 116 y 117.

(16) De Leo, G. *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Teide, Barcelona: 1985, p. 24.

tilegales⁽¹⁷⁾ no obstante pese a esta identificación utilitarista del surgimiento de los tribunales de menores, no se puede obviar que con ellos se materializó la necesidad de diferenciar el tratamiento penal para el menor infractor.

Los anteriores estudios nos ayudan a entender el contexto dentro del cual hoy se discute la responsabilidad del menor infractor. En efecto, la realidad social determina que en la actualidad se hable del menor como “sujeto de derechos”, entendido como un concepto autónomo marcado por diferencias frente al adulto y, por otra parte, como consecuencia de este reconocimiento, sea lógica la necesidad de un tratamiento diverso frente al menor infractor dentro de un marco garantista.

Estas dos premisas han sido resultado de la evolución misma de la sociedad que ha impuesto cambios en el derecho. Para llegar a ellas, además de discutir los fines “utilitaristas” de instituciones como el tribunal de menores, se cuestionó el desconocimiento de los derechos fundamentales a los menores investigados por conductas penales. Como resultado de lo anterior, hoy se habla del menor como “ciudadano”, significando con ello, su reconocimiento como “sujeto de derechos”.

Es así como el presente escrito desarrollará dos aspectos relacionados con la evolución de la respuesta estatal en torno al menor infractor: en primer lugar, el distanciamiento de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, el concepto del menor como “ciudadano”.

3. Derecho penal juvenil, sin derecho, ni derechos

Si bien la creación de los tribunales de menores constituyó un avance importante dentro del desarrollo de la respuesta penal al menor, lo cierto es que la

(17) Barbero Santos, M., op. cit., p. 97. Giménez-Salinas C., E. *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, un derecho penal del menor*. Jurídica el Cono Sur, Santiago de Chile: 1992, p. 13. Ante la consideración del menor como enfermo no era necesario un proceso que siguiera los requisitos legales mínimos.

indistinción entre el menor abandonado y el menor infractor —propia del modelo tutelar— constituyó el germen para la vulneración de derechos fundamentales en los menores.

Fue así como, a finales del siglo XIX se empezó a gestar la discusión en torno a la intromisión del *ius puniendi* en conductas referidas a los niños, que nada tenían que ver con infracciones a la ley penal, así lo menciona Platt al relatar que entre los años 1882 y 1917 se impugnó ante la Suprema Corte de Illinois la constitucionalidad de las leyes de las escuelas industriales⁽¹⁸⁾, en donde se recluían a los niños llamados dependientes, instituciones que lejos de ser educativas tenían un carácter penal porque se privaba a los niños de la libertad sin un debido proceso⁽¹⁹⁾.

3.1. Cambio de esquema

Fueron múltiples los cuestionamientos generados al “modelo tutelar”, que entendía al menor como necesitado de protección, llegándose a afirmar que las instituciones dedicadas a menores infractores solían ser más represivas que algunas destinadas a adultos⁽²⁰⁾.

En el paso del “modelo protector o tutelar” al de “responsabilidad” del que parte la “doctrina de la protección integral” —reconoce el *status* de persona en el menor—, algunos autores suelen incluir el “modelo educativo”. Giménez Salinas explica que este se gestó dentro del estado bienestar social, cuestionándose los fundamentos del “modelo tutelar” y postulando nuevas vías frente a los menores infractores. De esta forma, surgen propuestas extrajudiciales como la mediación bajo el predominio de acciones educativas y el abandono de medidas represivas⁽²¹⁾.

(18) Barbero Santos, M., op. cit., p. 93. Indica que el movimiento “Los salvadores del niño” llevó a la apertura de “*industrial schools*” para niños abandonados y los “*reformatory schools*” para jóvenes delincuentes.

(19) Platt, A., op. cit., p. 131.

(20) Barbero Santos, M., op. cit., p. 109. Cita a autores como Sutherland-Cressey.

(21) Giménez-Salinas Colomer, E., op. cit., pp. 14 y 15.

Pese a los avances en medidas alternativas frente a los menores infractores, el modelo siguió acogiendo la espina dorsal del “modelo tutelar” en sus inicios: la indistinción entre menor abandonado y delincuente, y el cobijamiento a un modelo educativo que justificaba “todo” el actuar estatal. Por esto, este período se puede encuadrar todavía en la “doctrina de la situación irregular”.

No obstante, se inició una revisión profunda de sus fundamentos. En Estados Unidos es conocida la decisión tomada el 15 de mayo de 1967 por el Tribunal Supremo en el caso *Gault*⁽²²⁾, en el cual se declaró inconstitucional el *Código Juvenil del Estado de Arizona* por oponerse a la Enmienda 14⁽²³⁾ de la Constitución, impulsando el proceso de reformas en Estados Unidos⁽²⁴⁾. De la misma forma, en el mundo empezó a gestarse un movimiento en pro de las garantías para el menor infractor. Para esta tendencia autores como Barbero Santos, suponía un nuevo estadio en el que se consideró que la finalidad reeducativa del tratamiento o la pena no suponía un obstáculo al reconocimiento de las garantías individuales⁽²⁵⁾.

Se pasó de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral”. La primera explicaba al menor infractor como objeto de tutela dentro de un Estado protector que actuaba bajo el esquema protección-represión⁽²⁶⁾ a través de los tri-

(22) Giménez-Salinas C. E., op. cit., p. 21. En su concepto este pronunciamiento constituyó el pilar de la crisis del modelo tutelar.

(23) “Ningún Estado dictará ni aplicará ley alguna que suprima privilegios o inmunidades de los ciudadanos estadounidenses, ni privará a nadie de su vida, libertad o bienes sin las debidas garantías procesales”.

(24) Beloff, M. *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*. En: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Documento encontrado en internet: www.minugua.guate.net/derhum. En un artículo de la *Texas Youth Commission*, www.tye.state.tx.us, se hace referencia a la influencia en este sentido del caso *Kent v. U.S.* de 1966.

(25) Barbero Santos, M., op. cit., pp. 109 y ss. Hace alusión al cambio del modelo en países como Inglaterra, Italia, Suiza y España. Giménez-Salinas, C. E., op. cit., pp. 15 y 25.

(26) García Méndez, E., op. cit., pp. 53, 76 y ss. García Pérez, O. *La evolución del sistema de justicia penal juvenil*. En: Actualidad Penal, N° 32, España, 2000, p. 674. En su concepto el modelo no era compatible con el Estado de derecho en el que se consagra los principios básicos de seguridad jurídica y legalidad. Baratta, A. *Infancia y democracia*. En: Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis Depalma, Bogotá: 1999, p. 40.

bunales de menores, en una clara “menorización” de todo el derecho, especialmente penal⁽²⁷⁾ y constitucional respecto a la infancia⁽²⁸⁾. Tal modelo se transformó en la llamada “doctrina de la protección integral” cuyo fundamento se extrae de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que se basan en un concepto diferente de infancia: “el niño como sujeto de derechos”.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 es el pilar de esta doctrina. Si bien esta normativa no es la primera en el orden cronológico⁽²⁹⁾, tuvo el mérito de llamar la atención sobre el manejo arbitrario de la infancia⁽³⁰⁾. Planteó una percepción radicalmente nueva del menor⁽³¹⁾, al otorgarle una precisa categoría jurídica y abandonando el discurso pseudo-proteccionista, que lo tomaba como una vaga categoría social⁽³²⁾ y utilizaba eufemismos para tapar un sistema punitivo sin límites ni garantías⁽³³⁾.

4. La ciudadanía del menor: propuestas y análisis

Dentro de la misma tendencia garantista que se pregona con la “doctrina de la protección integral” se encuentra la interpretación de algunos autores sobre la relación entre la infancia y la democra-

(27) Beristain Ipiña, A., op. cit., p. 104. Los tribunales tutelares de menores invierten frecuentemente los valores: al menor le privan de las garantías procesales de los adultos, pero le aplican las sanciones de estos.

(28) García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*. En: Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis Depalma, Bogotá: 1999, p. 20.

(29) La necesidad de protección especial al niño ha sido enunciada en la *Declaración de Ginebra* de 1924 sobre los derechos del niño, en la *Declaración de los Derechos del Niño* adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Concretamente, sobre la justicia de menores las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o llamadas “Reglas Beijing” expedidas en 1985.

(30) En este sentido García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia*, op. cit., p. 10.

(31) García Méndez, E. *Derecho de la infancia*, op. cit., p. 29. En su concepto la Convención “constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa”.

(32) Rivero Hernández, F. *El interés del menor*. Dickinson, Madrid: 2000, p. 24. En una concepción tradicional al menor se le daba un *status* de persona meramente protegida; dentro de un pensamiento moderno se le confiere al menor, a partir de cierto momento de su vida —adolescencia—, el *status* de persona autónoma.

(33) Introducción de García Méndez, E., en el trabajo coordinado por García Méndez, E. y Beloff, M. *Infancia, ley y democracia en América Latina*, op. cit., p. 4.

cia⁽³⁴⁾. Esta constituye una inclinación bastante interesante, si tomamos en cuenta que del estudio de la evolución de la infancia hacia la calidad de sujetos de derechos se observa una relación con el modelo de Estado existente.

García Méndez considera que la evolución del derecho para la infancia ha coincidido con los avances que se han tenido en torno a la democracia⁽³⁵⁾. Prueba de esto es que con la reducción de los niveles de discrecionalidad del Estado propios del modelo tutelar, vino un crecimiento de espacios reales de la democracia que, en materia del derecho penal juvenil, se manifestó en un modelo garantista que tomaba como punto de partida el niño como “sujeto de derechos”.

Como representante de la tendencia que maneja el binomio infancia-democracia, Baratta plantea un nuevo concepto de la “ciudadanía del niño”. Su tesis se puede explicar en dos tendencias que se ven marcadas en el tiempo. En sus primeros artículos, hace referencia a la exclusión de la “ciudadanía del niño” del pacto social y, en los últimos concreta su posición dándole un contenido al concepto de “ciudadanía del niño”. A continuación paso a explicarlas.

*La noción
de “ciudadanía”
fue excluyente
ya que solo cubrió
al hombre, adulto,
blanco, y propietario,
marginando
a miembros
diferentes
como los niños.*

(34) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., pp. 31 a 57. El mismo: *La niñez como arqueología del futuro*. En: *El derecho y los chicos*, compilador María del Carmen Bianchi, Cooperación Italiana, Fundación Pibes Unidos, posgrado en problemáticas sociales infanto-juveniles (CEA-UBA), Espacio, Argentina, 1995, p. 19. García Méndez, E. *Derecho de la infancia...* op. cit., p. 71. El mismo: *Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad*. En: *El derecho y los chicos*, Espacio, Argentina, 1995, pp. 13 a 22. *Infancia, ley y democracia*, op. cit., pp. 9 a 29.

(35) García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia*, op. cit., p. 28. Cillero Bruñol, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, coordinado por García Méndez, E. y Beloff, M. Temis Depalma, Bogotá, 1999, p. 69, establece que la evolución de los sistemas de protección a favor del niño ha sido aparejada con la evolución en materia de protección y garantía de los derechos humanos. Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., p. 39, menciona también la relación entre el desarrollo del Estado democrático y el reconocimiento normativo y real de los derechos del niño.

4.1. El pacto excluyente

Remontándonos a la concepción contractualista⁽³⁶⁾ del nacimiento del Estado moderno en 1789, Baratta plantea que la crisis del Estado contemporáneo es resultado obvio de su nacimiento. En su origen observa una contradicción entre la universalidad potencial que buscaba y la selectividad real de la ciudadanía que se estableció, lo que generó un pacto *ad excludendum* ya que la minoría de iguales excluyó de la “ciudadanía” a todos aquellos que eran diferentes⁽³⁷⁾.

La noción de “ciudadanía” fue excluyente ya que solo cubrió al hombre, adulto, blanco, y propietario, marginando a miembros diferentes como los niños⁽³⁸⁾, a los cuales se les reprimieron sus necesidades, su capacidad y derecho de ser escuchados. Explica: “Si la crisis es tan profunda, porque su causa fue congénita al surgimiento de la modernidad, tal vez, para salir de ella, debemos rever, revisar el propio lenguaje y el aparato conceptual con los cuales fueron fundados el estado y el derecho modernos”⁽³⁹⁾.

Con esto Baratta entiende que en una nueva versión del pacto social se debe involucrar a las víctimas que en su momento fueron excluidas y, de esta forma, a través del que denomina un “Estado mestizo”, se les reconozca participación a las ciudadanías obviadas.

(36) En este sentido Baratta, A. *La niñez como arqueología del futuro*. Op. cit., p. 16, indica que el instrumento para la fundación del Estado y el derecho moderno fue el pacto social, el cual debe ser entendido como un experimento de la razón y no como un hecho histórico. Sobre el origen del Estado, Kelsen, H. *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz, Comares, Granada: 2002, pp. 34 a 37, señala que, para los representantes del derecho natural, el Estado tiene su origen en un contrato, teoría criticable desde el punto de vista histórico porque nunca se ha hecho un contrato social para fundar un Estado, como también es criticable la teoría que no ve una actividad consciente del hombre en la creación del Estado sino solo una conducta instintiva, por lo que, para Kelsen la ideología del Estado requiere, para su formación actos conscientes e inconscientes encaminados a su organización. Por su parte, Pavarini, M. *Control y dominación*. Trad. de Muñagorri, I. Siglo XXI editores, México: 1983, pp. 33, 34, señala que la teoría del contrato social encuentra su fundamento en una ética utilitarista, con el fin de evitar el peligro perenne de la guerra. Así, limita la libertad y, por esto, el delito es el ejercicio de una libertad o el modo de ejercitar una libertad a la que se había renunciado en el contrato.

(37) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., p. 43. *La niñez como arqueología del futuro*, op. cit., p. 16.

(38) García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia*, op. cit., p. 25, se remite a Baratta quien señala que la Convención es al mismo tiempo la causa y el efecto de una nueva reformulación del pacto social, pues en el Estado liberal se había partido de un pacto social que excluyó a los no propietarios, niños, mujeres y extranjeros.

(39) Baratta, A. *La niñez como arqueología del futuro*, op. cit., p. 17.

En otras palabras que se incluya la “ciudadanía del menor”⁽⁴⁰⁾ y las demás excluidas, generándose una “alianza”⁽⁴¹⁾ entre las diferentes ciudadanías. En su concepto, el crear una ciudadanía de la infancia puede convertirse en el eje de una revolución cultural que busque una sociedad más justa⁽⁴²⁾.

4.1.1. Análisis frente al pacto

El ignorar al menor como sujeto de derechos, debido a su exclusión del pacto social, es un punto de vista bastante interesante que nos lleva a entender la marginación del menor durante siglos. No obstante, vale la pena analizar dos puntos de vista adicionales.

4.1.1.1. Argumento histórico

El primero hace referencia al desarrollo histórico que ya mencioné en el inicio, según el cual hasta el siglo XVIII, el niño se empezó a considerar como persona independiente del adulto y solo hasta finales del XIX se reconoce la necesidad de una jurisdicción especial, pero bajo un esquema “protección-represión” en el que el Estado considera al menor como necesitado de tutela, es decir, como objeto de derechos más que como titular de estos.

De este argumento se deduce que, para la época en que se “gestó”⁽⁴³⁾ el pacto social (1789) existía una noción del niño como ser dependiente y necesitado de protección. Frente a esta percepción, el Estado adoptó un esquema protector, bajo la noción de que el niño era un ser diferente al adulto. Como resultado lógico de lo anterior, se dio una exclusión del menor dentro del concepto de “ciudadanía” —entendida como la titularidad de derechos fundamentales—.

(40) García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia*. op. cit., pp. 20 y ss. también plantea la construcción de una ciudadanía de la infancia.

(41) Baratta, A. *La niñez como arqueología del futuro*. op. cit., pp. 17 y 18. Entiende mejor el término “alianza” que el de “pacto”, expresado como una reconstrucción mundana de este concepto, en el que se dé una alianza con las víctimas excluidas del contrato, o mejor, entre los hombres que quieren vivir en un mejor mundo.

(42) Baratta, A. *La niñez como arqueología del futuro*. op. cit., p. 18.

(43) Tómese en cuenta lo que ya se mencionó sobre la necesidad racional, más que histórica, de este tema.

Estas realidades conceptuales son las que conducen a que el menor, en ese momento, aparezca excluido del pacto social. En efecto, la elaboración del concepto de menor, como hoy la entendemos, no existía —consecuencia racional de considerar a la infancia como una construcción social— y, por lo mismo, su consideración frente al pacto tomaba en consideración al niño como ser “dependiente”⁽⁴⁴⁾ y “necesitado de protección”, conduciendo a su lógica exclusión.

4.1.1.2. El grado de ‘democraticidad’⁽⁴⁵⁾ del ordenamiento

Este segundo argumento guarda relación con el concepto de ciudadanía⁽⁴⁶⁾ que define a un sujeto como titular de derechos fundamentales⁽⁴⁷⁾. Según Ferrajoli, la ciudadanía es uno de los criterios para considerar a una persona titular de derechos fundamentales.

El autor llega a tal afirmación, partiendo del concepto “teórico” de derechos fundamentales —que denomina “formal o estructural—” definidos como: “... todos aquellos derechos subjetivos que corres-

(44) La dependencia a la que se hace alusión hace referencia a la que implica limitación frente a los derechos fundamentales, ya que estamos de acuerdo con el planteamiento de Rodríguez Pascual, I. *¿Sociología de la infancia? (...)* op. cit., p. 115. En concepto del autor, existe una característica que puede considerarse como el núcleo del fenómeno y que puede constituir la base a través de la cual se construya el marco teórico de la infancia: “la dependencia”. En efecto, el alto grado de “dependencia” del niño de la estructura familiar constituye una connotación básica de la condición de la niñez. Esto supone un contenido diferente, pues la “dependencia” que mencionamos suponía la marginación del niño de la titularidad de derechos fundamentales en tanto que aquí hace referencia a una vinculación respecto a la familia.

(45) Ferrajoli, L. *Derechos fundamentales*. En: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta, 2ª ed., Madrid: 2001, p. 39. Este término usado por Ferrajoli, explica que la extensión a todos los sujetos de la titularidad de los derechos fundamentales depende de su reconocimiento, en el cual entra a jugar un papel importante el grado de “democraticidad” de un ordenamiento. En efecto, este depende de “la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan”, en otras palabras, determina la extensión de la titularidad de estos derechos.

(46) Ferrajoli, L. *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona*. En: *Derechos y garantías...* op. cit., pp. 97 y ss. Al respecto, tómese en cuenta que el concepto de ciudadanía tiene diferentes connotaciones. “La noción de ‘ciudadanía’ ha sido, sin duda, desde la aparición (...) un parámetro de investigación muy fecundo para ilustrar diversos aspectos sociológicos y políticos de la fenomenología de los de los derechos (...) La aproximación sociológica al tema de los derechos sistemáticamente ignorada por la cultura jurídica parece ignorar a su vez, de forma igualmente sistemática, los estudios jurídicos sobre los mismos problemas. Ello ha producido un uso de ‘ciudadanía’ y de ‘derechos de ciudadanía’ que se aleja sensiblemente del uso jurídico de estos mismos derechos”.

(47) Quintero Olivares, G. *Locos y culpables*. Aranzandi, Pamplona: 1999, p. 50. menciona al “ciudadano enfermo” como una forma de expresar la necesidad de que estos gocen de garantías. En efecto, en su opinión, el loco durante la historia de Europa fue considerado como objeto y no como sujeto, entendiéndose por este el que el sistema jurídico penal y procesal reconoce como portador de derechos subjetivos.

ponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar: entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva —prestaciones— o negativas —de no sufrir lesiones— adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas⁽⁴⁸⁾.

El autor señala que tal definición tiene el carácter “teórico”⁽⁴⁹⁾, ya que si bien hace referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, lo cierto es que prescinde de que estos derechos se encuentren consagrados en las constituciones o en las leyes fundamentales. En efecto, en su opinión, no se trata de una definición referida a un ordenamiento concreto.

(48) Ferrajoli, L. *Derechos fundamentales*. En: *Derechos y garantías*... op. cit., p. 37.

(49) Ferrajoli, L. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 2000, p. 17. En el prólogo del libro, Norberto Bobbio señala que Ferrajoli pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y el positivismo italiano del último cuarto siglo. Una tendencia marcada por un positivismo menos intransigente, corregido y más consecuente en cuanto al modo de proceder a la argumentación. Un positivista consciente de que, en la mayor parte de las constituciones modernas, la constitucionalización de los derechos naturales ha llevado a que el tradicional conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural, y entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo haya perdido gran parte de su significado, lo que implica “que la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico”. Para Bobbio, Ferrajoli establece un conjunto coherente que converge en la composición del sistema general de garantías basado, entre otros, en el positivismo jurídico, que no es igual al legalismo ético, en el método analítico y liberalismo político entendido como la doctrina de los límites y de los vínculos del poder del Estado. Como muestra de su perfil de positivista moderado se observa su posición respecto a los derechos fundamentales en Ferrajoli, L. *Derechos como sistema de garantías*. En: *Derechos y garantías*... op. cit., pp. 20 y ss. Considera que el derecho contemporáneo debe tener una racionalidad formal y sustancial. La primera entendida como la correspondencia con las normas formales para su formación, y la segunda entendida como la coherencia con contenidos sustanciales vinculados normativamente a los principios y a los valores consagrados en las constituciones. Es en este ámbito donde entran los derechos fundamentales, “la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no solo en el derecho sino también en la democracia”, en efecto, estos derechos configuran uno de los vínculos impuestos a la democracia política. De esta forma, como opina Perfecto Andrés Ibáñez en el prólogo de este libro, amplía la pirámide normativa al incluir un sistema de reglas sobre lo que deber ser el derecho positivo. En sentido contrario, Fernández Carrasquilla, J. *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 42. Bajo una dimensión “moral” y no “teórica” de los derechos —como se la atribuye a Ferrajoli—, el autor explica que la carta de los derechos corresponde a aquellos que son fundamentales y reconocidos por las normas de la Constitución material y los tratados públicos sobre los derechos humanos, los cuales no son creados por estos instrumentos del derecho positivo, sino solo reconocidos y protegidos, ya que le pertenecen moral y categorialmente a toda la especie humana sin discriminación alguna.

En su concepto, son fundamentales los derechos adscritos a todas las personas físicas, “en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”. De esta forma, un determinado ordenamiento jurídico totalitario no tendría derechos fundamentales. Así que la previsión en el derecho positivo, lo único que marca es la vigencia en ese ordenamiento, pero no influye en el significado del concepto de los derechos fundamentales⁽⁵⁰⁾.

Un segundo aspecto de la definición es la que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades, mediante su reconocimiento como derechos fundamentales basado únicamente en la connotación universal de la imputación. En concepto de Ferrajoli, tal definición tiene la ventaja de que, al prescindir de circunstancias de hecho, es válida en cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales que se prevean en este. En efecto, considera que es una definición que pertenece a la teoría general de derecho, que es independiente de valores, necesidades sustanciales tuteladas por derechos fundamentales, en fin, ideológicamente neutra⁽⁵¹⁾.

Al explicar la definición presenta a la universalidad, es decir, la extensión a todos los sujetos, como uno de los elementos característicos del que se desprende su carácter indisponible e inalienable, más no absoluto. Esto último se vincula a su reconocimiento, el cual depende de criterios como la “intención de igualdad” y la “extensión de igualdad” que tengan los ordenamientos⁽⁵²⁾. El primero se refiere a la calidad o cantidad de derechos que se consideran fundamentales, y el segundo opera según el “grado de democraticidad” del ordenamiento, extendiendo, suprimiendo o reduciendo las diferencias entre *status*⁽⁵³⁾.

(50) Ferrajoli, L. *Derechos fundamentales*. En: *Derechos y garantías*... op. cit., p. 38.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*, p. 39.

(53) *Ibidem*.

Adentrando un poco en este segundo aspecto, Ferrajoli explica cómo en el desarrollo de la historia los criterios para determinar el *status* han sido la personalidad, “la ciudadanía” y la capacidad de obrar. Estos lineamientos siempre han existido, variando solo su contenido según el “grado de democraticidad” del ordenamiento. De esta forma, en un inicio han tenido un carácter restringido y fuertemente discriminatorio y ahora es más extendido y progresivamente universal⁽⁵⁴⁾.

En otras palabras, estos parámetros han marcado la igualdad o desigualdad del ser humano respecto a los derechos fundamentales. Es así, como en un inicio se restringió el acceso a los derechos, sobre todo por la negación de la misma identidad de persona —los esclavos eran concebidos como cosas— y, secundariamente, mediante la negación de la capacidad de obrar o “ciudadanía” —con las diversas inhabilitaciones impuestas a las mujeres, los herejes, los apóstatas o a los judíos—. Fue así, como en 1789 la calidad de sujeto *optimo iure* solo se le dio a los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios.

Ante este presupuesto se deduce que, la limitación en las garantías frente al menor infractor está vinculada al nivel de “democraticidad” que han desarrollado los ordenamientos, constituyendo 1789 una época en que se estaba gestando una fuerte discusión contra los valores que sostenían el régimen tradicional y, por lo mismo, el concepto del niño no se ubicaba plenamente como persona independiente ni como “ciudadano”.

Este punto, en concreto, se vincula con lo expresado en su momento por Baratta respecto a la exclusión del niño del pacto social de 1789. Cotejando los argumentos expresados por Ferrajoli y Baratta y prescindiendo de algunas diferencias que no son objeto de este estudio, se observa que sus posiciones

(54) *Ibidem*, p. 41. García Méndez, E. *Infancia, ley y democracia*, op. cit., p. 26. En similar sentido, señala que el contenido real del concepto de ciudadanía debe ser entendido como un termómetro de la democracia.

convergen en un punto: la limitación en el acceso de los niños a los derechos fundamentales.

Mientras Baratta presenta esta limitación como resultado de la exclusión del pacto social, Ferrajoli lo hace por el “grado de democraticidad” existente incluso con posterioridad a 1789. Se podría decir que las tesis nos llevan a colegir la siguiente premisa: la limitación de los derechos fundamentales de que ha sido objeto el niño va unida al “grado de democraticidad” del ordenamiento, lo cual explica que para 1789 el niño estuviera excluido del pacto social.

*Al proponer
en el niño
una “relación social
o política
de democracia”,
está planteando
su participación
activa dentro
del proceso
democrático.*

Ahora bien, las tesis de los dos autores convergen también en la remisión al concepto de “ciudadanía”. Ferrajoli, desde una perspectiva crítica, la entiende vinculada a la noción de derechos fundamentales, constituyendo la ciudadanía el “último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación y no (...) de inclusión e igualdad”. Por lo anterior, considera que una forma de tomar en serio los derechos fundamentales —expresión de Dworkin— es “tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía”⁽⁵⁵⁾.

De lo anterior resulta lógico deducir que, la limitación de los derechos fundamentales de que ha sido objeto el menor se debe a esta asociación de derechos fundamentales y ciudadanía. Ciertamente, el menor, al no estar cobijado bajo el concepto de “ciudadanía”, resultaba excluido de la titularidad de derechos fundamentales.

A partir de esto, paso ahora a esbozar el criterio de Baratta referido a la “ciudadanía del niño” entendida como titularidad de todos los derechos

(55) Ferrajoli, L. *El derecho como sistema de garantías*. En: *Derechos y garantías...* op. cit., p. 32.

fundamentales, incluidos los derechos políticos y de participación.

4.2. Contenido de la ciudadanía

Como quedó señalado, Baratta, en desarrollo de su pensamiento sobre los derechos fundamentales de los niños, vincula el concepto de “ciudadanía del niño” con la titularidad de estos derechos. Tal idea la desarrolla dentro de la relación “infancia-democracia”.

Considera que el contexto democrático debe ser una premisa básica al momento de definir las estrategias de implementación de los derechos consagrados en la convención. Atendiendo a este presupuesto, plantea una concepción más precisa de la “ciudadanía del niño”⁽⁵⁶⁾. Como ya lo hemos visto en los primeros artículos que Baratta escribe sobre este concepto, el entendimiento del niño como objeto de derecho es una noción vinculada a su exclusión del pacto social, frente a lo cual propone involucrar su “ciudadanía”.

En el artículo titulado “Infancia y democracia”, publicado en 1999, se plantea un concepto de “ciudadanía del niño” vinculado a derechos concretos como los políticos y de participación⁽⁵⁷⁾. Considera que la titularidad de los derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia. Por lo anterior, propone la participación de los niños como sujetos activos dentro de una relación que llama “relación social o política, de autonomía, democracia y de autogobierno” o más sintéticamente “relación social o política de democracia”⁽⁵⁸⁾.

Social, porque debe estar referida a las instituciones de la sociedad civil, como por ejemplo la familia,

(56) En este sentido la introducción de García Méndez, E. y Beloff, M. En: *Infancia, ley y democracia en América Latina...*, op. cit., p. 2, plantea que la Convención es la base jurídica concreta para replantear el concepto de ciudadanía de la infancia en un concepto más acorde con estos tiempos.

(57) Baratta, A. *Infancia y democracia...*, op. cit., pp. 31 y 57.

(58) Baratta, A., op. cit., p. 40.

la escuela, etc.; política, en relación con el Estado y otros entes políticos territoriales; de autonomía, es decir, vinculada a las reglas sobre las cuales se puede tomar una decisión en nombre de la colectividad. Finalmente, de autogobierno, en cuanto a la capacidad de las personas de decidir en nombre del colectivo o a la participación directa en opciones colectivas.

En su concepto, un determinado grupo de sujetos está en una “relación social o política de democracia”, en la medida en que el consenso de sus miembros se considera determinante para la producción o “para la validez de las reglas que disciplinan las decisiones en nombre colectivo (...) y pueden participar en la toma de decisiones, directamente o por representación”⁽⁵⁹⁾. Por lo anterior, al proponer en el niño una “relación social o política de democracia”, está planteando su participación activa dentro del proceso democrático.

La propuesta de Baratta guarda relación con la discusión en torno a si “la democracia es buena para los niños”, o si los “niños son buenos para la democracia”⁽⁶⁰⁾. En efecto, esta polémica destaca la importancia de la infancia dentro del sistema democrático. No obstante, para Baratta, pese a la vinculación de la infancia y la democracia, lo cierto es que el menor no es tomado en cuenta en su papel de titular de derechos políticos y de participación⁽⁶¹⁾. Con ello se obvia que de la convención, se deducen los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, culturales y

(59) Ibidem.

(60) La expresión “La democracia es buena para los niños” fue pronunciada por el fallecido director ejecutivo de la Unicef, James P. Grant y la expresión “Los niños son buenos para la democracia” aparece referida a Emilio García Méndez y Antonio Carlos Gomes da Costa, según lo expresa Baratta en: *La niñez como arqueología del futuro*, op. cit., pp. 13 y ss. En su escrito hace un estudio sobre estas formulaciones y establece tres teorías: la primera sostiene que la política debe ser entendida como un proyecto en el cual se busque revisar los contenidos, hacer las redefiniciones sobre las relaciones sociales y las estructuras económicas existentes. En una segunda teoría propone la definición de democracia como la auto-organización de la respuesta pública a las necesidades reales de sus portadores. La tercera teoría propone la necesidad de que se reformule el pacto social hacia un Estado mestizo, basado en la marginación que se hizo a ciertos miembros en el pacto inicial. En su concepto las dos primeras teorías sustentan la posición que argumenta que la “democracia es buena para los niños”, en tanto que la última sirve de base para la expresión “los niños son buenos para la democracia”. Este giro lo sugiere, entre otros, Gomes da Costa, para quien la gravedad de la situación de los niños en América Latina incentivó los movimientos de promoción de los derechos humanos.

(61) Baratta, A. *Infancia y democracia...*, op. cit., p. 41.

sociales, que presuponen la condición para el ejercicio de estos derechos⁽⁶²⁾.

Por consiguiente, los adultos que han luchado por los derechos de los niños hacen referencia a los derechos civiles, económicos y sociales, dando un espacio muy pequeño a los derechos políticos y de participación⁽⁶³⁾. De hecho, ninguna teoría contemporánea de la democracia ha extendido los derechos políticos a los niños y adolescentes y, por esto, no se incluye al menor para formular las reglas del juego y los procedimientos que se le van a aplicar. Frente a esta contradicción que debe ser superada, Baratta propone un concepto de la “ciudadanía del menor”⁽⁶⁴⁾ que suponga la titularidad de todos los derechos, incluso los políticos y de participación⁽⁶⁵⁾.

Para el autor, desde una visión restrictiva, la ciudadanía se identifica como un estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y otros entes políticos territoriales. Supone la vigencia de derecho y de hecho de principios y normas constitucionales propias de un Estado social y democrático de derecho y la titularidad de todos los derechos fundamentales propios de esta forma de estado, dentro de los cuales se incluyen los políticos y de participación política⁽⁶⁶⁾.

En el proceso hacia la inclusión del niño dentro del proceso democrático, Baratta destaca ciertas

(62) *Ibidem*, pp. 50 a 52. En este punto remonta una sistematización propuesta por Klaus Stern.

(63) *Ibidem*, p. 46.

(64) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., p. 41. En su concepto, este planteamiento sugiere el tránsito de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral para niños y adolescentes. La expresión del “menor al ciudadano” está haciendo mención a un proceso en curso que aún no se ha cumplido, que se refiere no solo al acoplamiento de las normas internacionales y nacionales, sino también a la producción normativa y doctrinal.

(65) López Guerra, L. *Introducción al derecho constitucional*. Tirant lo blanch, Valencia: 1994, pp. 107 y ss. Dentro del derecho constitucional, los derechos políticos y de participación son entendidos como aquellos por virtud de los cuales el ciudadano es “co-autor” de la voluntad del poder, es decir que participa en la adopción de decisiones dentro de la comunidad. Esta potestad se enmarca dentro de los derechos a la ciudadanía activa —*ius activae civitatis*— y entre ellos se enuncia el derecho al voto. Este, a su vez, está condicionado por la existencia de otros derechos políticos y de participación, como por ejemplo la libertad de asociación y de reunión, de los cuales surgen las condiciones que permiten la formación de alternativas para elegir, al igual que el análisis libre y la discusión.

(66) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., pp. 42 y 43. Existe una relación entre la ciudadanía y la democracia, si bien la ciudadanía no es igual que la democracia lo cierto es que la ciudadanía no puede existir sin democracia y viceversa.

diferencias frente a otros grupos de sujetos en el camino hacia a la democracia⁽⁶⁷⁾. En primer lugar, los niños “pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él”, se les excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. En segundo lugar, la lucha de los niños por su igualdad se desvincula de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. De este modo, la diferencia ha traído beneficios mínimos, en tanto que, con el argumento de igualdad, se han dado efectos negativos, al ubicar en el mismo nivel a adolescentes y adultos, en temas tan delicados como el trabajo o la edad penal. Según su propia expresión: “El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia, impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho”⁽⁶⁸⁾.

La tercera anomalía que destaca Baratta se refiere a que la lucha por los derechos de los niños y los adolescentes no es una lucha propia, sino que depende del discurso de los adultos. “La experiencia de la lucha entre los grupos demuestra que el antagonismo se vuelve emancipatorio solo cuando toma la forma de un movimiento autónomo, colectivo y público y logra afirmar sus demandas, como demandas de derecho y de justicia”⁽⁶⁹⁾.

En efecto, los niños no se han vuelto un sujeto colectivo o un movimiento público que haya creado un discurso sobre las necesidades redefinidas como derechos. Los adultos que se han hecho cargo del proceso le han concedido gran importancia a los derechos civiles, económicos y sociales de los niños, pero no así a los derechos políticos y de participación política.

Baratta señala cómo no se les ha permitido a los niños intervenir en la formulación de las reglas del juego y procedimiento o de participar en las decisiones

(67) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., p. 44.

(68) *Ibidem*, p. 45.

(69) *Ibidem*.

en nombre del colectivo: "Les han otorgado todos los derechos del ciudadano, salvo el de participar en el gobierno de la ciudad. La democracia se ha convertido en un límite de la ciudadanía de los niños"⁽⁷⁰⁾.

Tomando en cuenta lo anterior, el autor pasa a determinar "¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la convención?". Al examinar la Convención observa que el artículo 12 establece el derecho del niño a: formarse su propio juicio, a expresar su opinión y a ser escuchado⁽⁷¹⁾. Nunca antes se habían reconocido los derechos de los niños a la autonomía, la subjetividad y al peso de su opinión sobre los adultos⁽⁷²⁾.

Pese a lo establecido en este artículo, otro grupo de normas aparecen como contrapeso. En ellas se establece que los adultos serán los que interpretarán en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño⁽⁷³⁾. Además, se condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no a los derechos y libertades de los otros, sino la interpretación que hagan los adultos de conceptos generales como la seguridad nacional, la salud o la moral pública⁽⁷⁴⁾.

Estos pueden considerarse límites externos al derecho del niño, a formarse su propio juicio, a expresar su propia opinión y a ser escuchado. Pero aparte de estos límites externos, existen otros internos. En primer lugar, está la articulación de estos derechos en el artículo 12 de la Convención. Si bien la libertad de formarse su propio juicio no tiene ninguna limitación, el derecho de expresar su propia opinión no se extiende a toda la visión del mundo, sino solo a las situaciones que afecten al niño, pero esto solo en razón

(70) *Ibidem*, p. 46.

(71) *Ibidem*, pp. 53 y ss. El artículo 12 estipula: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

(72) Esta situación también se refiere en los artículos 9.2, 13.1 y 14.1 de la Convención.

(73) Artículos 9.1, 18.1, 21 y 40.2b de la Convención.

(74) Baratta, A. *Infancia y democracia...* op. cit., p. 47. Artículos 10.2, 13.2b, 14.3 y 15.2 de la Convención.

de su madurez y edad, con lo que se está volviendo al fatal error del paternalismo. En palabras del autor, implica que se le escuche "cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si este resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro"⁽⁷⁵⁾.

En cuanto al derecho a ser escuchado, señala que no se refiere a las decisiones que tomen los adultos por él, sino a las decisiones que los adultos tomen en el ámbito institucional, en casos de "procedimiento judicial y administrativo", siempre y cuando afecten al niño.

En segundo lugar, existe un bajo grado de intensidad de estos derechos en la formulación del artículo. En efecto, en este punto, Baratta recurre a lo señalado por Alexy, según el cual existen derechos fuertes y derechos débiles. Solo algunos tienen la fuerza de "definitivos", lo cual se marca por la simetría o asimetría de las posiciones subjetivas del titular y del Estado.

Frente a esta definición, Baratta señala que el artículo 12 de la Convención reconoce derechos a los niños que no son "definitivos", "porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares"⁽⁷⁶⁾. En efecto, el derecho a hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado pero no corresponde a una "posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible"⁽⁷⁷⁾.

De otro lado se formula el derecho a que se tengan en cuenta las opiniones del niño, sin que se precise si los que deben tomarlas en cuenta son los funcionarios o los adultos que se hacen responsables de ellos. Por su parte, el derecho a ser escuchado, si bien es el único que no es formulado como un deber del Estado o de

(75) *Ibidem*, p. 48.

(76) *Ibidem*, p. 49.

(77) *Ibidem*.

otros sujetos, "está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella". Además se refiere con el término de "oportunidad" y no "derecho".

En tercer lugar, en cuanto a la función relativa que tiene el sistema de la Convención con respecto al principio democrático, para Baratta no hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. En efecto, la importancia de las opiniones del niño se enmarcan a situaciones y procedimientos que afectan sus intereses y no se extiende a intereses generales.

De esta forma, el niño aparece como un ciudadano potencial o futuro, al que se le garantiza el desarrollo libre, los derechos civiles, económicos, sociales y culturales bajo las reglas del gobierno de los adultos. Tomando en cuenta lo anterior y ante su propuesta de proponer en el niño una "relación social o política de democracia", Baratta considera que al realizar una interpretación sistemática de las reglas de la Convención se deduce que se puede hablar de una "ciudadanía del niño" —aun en sus etapas más pequeñas—, una ciudadanía plena y afín con la consideración de las especiales condiciones del menor.

Esta ciudadanía es compatible con las diferencias propias de la condición del niño. Ellas se pueden dar en el ejercicio de los poderes y funciones democráticas entre los niños y los adultos, se compensan a favor del niño "por el sistema de los derechos que se desprende de la Convención y por la centralidad del menor en una nueva fundación del Estado social y democrático de derecho"⁽⁷⁸⁾.

(78) Ibidem, p. 50.

*La legitimación
y la calidad en las
decisiones
que los adultos
adopten en nombre
de los menores
dependerán
del "vínculo
de comunicación y de
reciprocidad entre
adultos y niños".*

Tomando como base lo anterior, interpreta el artículo 12 de la Convención, deduciendo que el menor puede participar no solo de las políticas que a él se refieran, sino a las públicas en general⁽⁷⁹⁾, reconociendo de este modo su papel como miembro de una sociedad.

Lo anterior lo deduce partiendo de la teorías de los derechos fundamentales que define al principio democrático como el enfoque central para su clasificación y sistematización en el marco del Estado social de derecho. En desarrollo de esto se desprenden algunas premisas. La primera se refiere a que los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales son condiciones para el ejercicio de los derechos políticos y de participación. En efecto, si no está garantizado el desarrollo económico, social y cultural de los sujetos y de los grupos, la democracia política no puede funcionar⁽⁸⁰⁾.

En segundo lugar, los derechos políticos y de participación son los que condicionan y garantizan los demás derechos. En efecto, si los sujetos no tuvieran voz y acceso en el proceso de información, de comunicación y decisión, los sujetos y grupos no podrían influir sobre las condiciones de las que depende el ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales⁽⁸¹⁾.

De esta manera, el niño —al igual que los adultos— disfruta de manera plena y privilegiada de los derechos fundamentales, de los procesales fundamentales y de una parte importante de los de participación. Esto se desprende de la Convención, donde se reconocen en el niño todos los derechos que son base para el ejercicio de los derechos políticos y de participación.

Por otro lado, Baratta plantea que la Convención reconoce una diferente identidad⁽⁸²⁾ en el menor,

(79) Ibidem, p. 46.

(80) Ibidem, pp. 50, 51.

(81) Ibidem, p. 51.

(82) Ibidem, p. 52. "La manera específica con la cual está construida la ciudadanía plena del niño en el sistema de la Convención, depende de la identidad diferente de los niños, en sus distintas fases de desarrollo, con relación a los adultos".

tratando de forma específica y privilegiada el reconocimiento de los derechos civiles y de libertad, económicos, sociales y culturales, y los derechos comunicativos de libertad. En efecto, estas diferencias ventajosas son reconocidas en el preámbulo de la Convención en el que se parte de que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Adicionalmente, ellas también son reconocidas como prerrogativas positivas y no como debilidad o falta de madurez física y mental.

Lo anterior se ve reforzado con la idea de que el niño goza de ventajas en la protección de los tres grupos de derechos fundamentales —derechos civiles y de libertad, derechos económicos, sociales y culturales y derechos políticos y de participación— y además de prerrogativas de sus derechos de participación. Estos compensan las disminuciones que pueden afectar al niño en razón de su distinta identidad. “De esta tesis derivaría que la ciudadanía del niño, su participación activa en la democracia social y en la democracia política es diferente, pero no menor que la de los adultos”⁽⁸³⁾.

Es decir, el contenido del concepto “ciudadanía del niño” obedece a una interpretación diversa del artículo 12, con el que se le da un significado diferente y de máxima extensión al que se podía deducir de su análisis literario y estático. Por consiguiente, se debe hacer un análisis del artículo 12 de la Convención con el tercer párrafo del preámbulo de la misma que señala un “concepto más amplio de libertad”⁽⁸⁴⁾.

En opinión de Baratta, se debe interpretar el concepto de libertad contenido en el artículo 12, con el de libertad contenido en el preámbulo, ya que este configura la base del conjunto entero de los derechos humanos del niño formulados en la Convención. Acogiendo lo anterior, el autor propone interpretar el

(83) *Ibidem*, p. 52.

(84) El preámbulo establece: “Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

artículo 12 en el sentido de que el niño tiene derecho a hacerse un juicio propio y a expresarse, lo que conlleva al deber simétrico del adulto de escucharlo. Esta facultad debe extenderse a todos los asuntos que afecten directa o indirectamente al niño⁽⁸⁵⁾.

Lo anterior implica que existe “el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias —del adulto— opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas”⁽⁸⁶⁾.

El derecho del niño a ser escuchado y el deber de los adultos a aprender de él son conceptos que se suman a los de participación y representación. La ciudadanía, entendida como una forma de expresión de la libertad política, se desarrolla dentro de los derechos políticos y de participación a través de la participación directa o indirecta.

Cuando los adultos y las autoridades toman decisiones en nombre del colectivo, tomando como base el deber de aprender de los niños, están llevando a cabo una representación sin mandato. La legitimación y la calidad en las decisiones que los adultos adopten en nombre de los menores dependerán del “vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos y niños”⁽⁸⁷⁾.

El derecho de los menores a ser escuchados no implica que se niegue el deber a los padres y educadores de acompañar y favorecer el desarrollo fisiológico, afectivo e intelectual del niño, sino el reconocimiento de los límites al cuidado y a la función educativa, para que no choquen con procesos de manipulación y represión de las capacidades del niño⁽⁸⁸⁾.

(85) Baratta, A. *Infancia y democracia...*, op. cit., p. 53. Es más, se puede decir que podría extenderse a asuntos de los adultos, en razón del principio de la reciprocidad estructural de los intereses del niño y de los adultos.

(86) *Ibidem*, p. 53.

(87) *Ibidem*, p. 54. Por otro lado, tomando en cuenta los diferentes rangos de edades de los niños, para Baratta no hay una edad del niño donde la vigencia de estos principios sea menos intensa. Por esto, el adulto debe observar, no sólo la expresión verbal y las opiniones, sino también los signos de experiencia intelectual o motivo y las necesidades del niño conforme a cada edad y a cada situación.

(88) *Ibidem*, p. 55.

Sintetizando, las diferencias en el ejercicio de los poderes de las funciones democráticas del niño y de los adultos se ven compensadas por el interés preponderante del niño en “una nueva fundación del Estado social” y por el sistema de derechos que se deducen de la Convención. Al niño, por su condición, le son reconocidos derechos políticos de forma diferente al adulto, lo cual no implica prerrogativas inferiores. En sus palabras: “El análisis de la Convención permite establecer que el niño goza, no solo de manera plena sino de manera privilegiada con respecto a los adultos, de todos los derechos fundamentales con los que se realiza su *status negativus*, su *status positivus* y que, por lo que se refiere al *status activus*, el niño goza ciertamente de los derechos procesales fundamentales y de una parte importante de los derechos de participación”⁽⁸⁹⁾.

Es decir, el último planteamiento de Baratta sobre la “ciudadanía del menor” precisa los derechos políticos y de participación a que puede acceder el menor, partiendo de que su condición diferente del adulto se ve compensada con el “interés superior del niño”. De este planteamiento se deriva que la potestad de intervenir a través del derecho penal juvenil frente a los menores infractores se justifica en la medida en que se parta de que tal exigencia proviene de la participación de los menores dentro de la sociedad⁽⁹⁰⁾, la cual solo se logra a través del reconocimiento de sus derechos, convirtiendo al menor en un “ciudadano pleno”⁽⁹¹⁾ y no incompleto como venía sucediendo.

Así, un modelo de responsabilidad frente a los menores que cometan conductas antijurídicas debe tener

(89) *Ibidem*, p. 52.

(90) Reed Amar, A. *Cuarenta acres y una multa: una teoría republicana acerca de los derechos básicos*. En: *Derecho y grupos desaventajados*. Coordinado por Gargarella, R. A.A.V.V. Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, Barcelona: 1999, p. 38. Explica la necesidad de dar participación a los ciudadanos a través de la propiedad para que se interesen en el funcionamiento de la sociedad. De esta forma, se manifiesta la necesidad de que los “ciudadanos” se involucren en los asuntos sociales. De igual forma, se podrá aplicar a los menores la necesidad de que se les incluya en los procesos sociales.

(91) Siguiendo el contenido de este planteamiento, se puede ver en la exposición de motivos de la L.O. 1/96 de Protección Jurídica del Menor de España donde se señala que se “va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

en su base al menor entendido como “ciudadano”. Esto implica, su reconocimiento como titular de derechos fundamentales, dentro de una “relación social o política de democracia” que envuelva al niño en el proceso democrático⁽⁹²⁾, legitimando la intervención de los adultos en su representación, solo en la medida en que las decisiones que se adopten en nombre de los menores se hagan obedeciendo a un “vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos y niños”.

5. Algunas referencias al caso colombiano

Ahora bien, con el fin de materializar el anterior discurso, conviene hacer algunas apreciaciones sobre el caso colombiano.

Días después de la aprobación de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño* de 1989⁽⁹³⁾, se expidió en Colombia el *Código del Menor* a través del Decreto 2737 de 1989⁽⁹⁴⁾. Pese a que en su momento se consideró una legislación vanguardista⁽⁹⁵⁾ —por estar “aparentemente” inspirada en la Convención— lo cierto es que su contenido y forma mantienen las inclinaciones propias de las viejas legislaciones de menores. En palabras de García Méndez, “esta ley representa una mera adecuación formal a los principios de la Convención. Más aún, presenta una versión más elaborada y refinada de la obsoleta doctrina de la situación irregular”⁽⁹⁶⁾.

(92) En el artículo tercero de las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil se señala: “Los jóvenes deberían tener un papel activo participando en la sociedad y no siendo considerados como objetos de socialización o de control”. Cappelaere, G. y Grandjean, A. *Niños privados de la libertad. Derechos y realidades*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Comité Español. Unicef, Madrid: 2000, p. 453. Por otra parte, el respeto al niño involucra el espacio que tiene este para expresarse, en efecto, tener en cuenta la opinión del niño es reconocerle como persona plena en sus cualidades y potencial. También implica favorecer su reintegración.

(93) El texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

(94) Se expidió el 27 de noviembre de 1989 y entró a regir a partir del 1° de febrero de 1990.

(95) Cfr. referencias hechas en: *¿Le quedó grande a Colombia el Código del Menor?*. Ed. P. Hernando Maya R., y *Voces autorizadas*. En: *Revista Alborada* N° 271, julio y septiembre de 1990.

(96) García Méndez, E. *Derecho de la infancia...* op. cit., p. 29.

Tal apreciación puede catalogarse como repetitiva si tomamos en cuenta los copiosos pronunciamientos⁽⁹⁷⁾ en contra del contenido del Decreto 2737. Mas lo cierto es que, pese a lo manifiesto de la contradicción —entre su contenido y el espíritu de la convención— en Colombia todavía se mantiene vigente casi la totalidad del texto del *Código del Menor*⁽⁹⁸⁾. Se suma a esta discordancia, el que la Constitución Política de Colombia de 1991 contenga disposiciones⁽⁹⁹⁾ que, al contrario del Decreto 2737, se corresponden con este tratado.

En busca de zanjar la discusión, no han sido pocos los intentos para la reforma del *Código del Menor*⁽¹⁰⁰⁾ y, concretamente, han sido múltiples las iniciativas para la adopción de un sistema de responsabilidad penal juvenil⁽¹⁰¹⁾. No obstante, retomando lo dicho, a la fecha se encuentra pendiente el cumplimiento del compromiso internacional adquirido con la aproba-

(97) Entre ellos se pueden mencionar: *El tratamiento del menor infractor en Bogotá*, investigación realizada por Alain Meister con la colaboración de Beatriz Romero, Fundación Restrepo Barco y Fundación Fes, Universidad de los Andes, Bogotá, 1992, pp. 89 y ss., en donde se proponen modificaciones al *Código del Menor*; el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2001 —en el que reiteró la recomendación de armonizar el *Código del Menor* con lo establecido en la Convención, incluyendo lo relativo al menor infractor—; la niñez y sus derechos. Boletín N° 6 de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, junio del 2001, pp. 1 y ss.; Torres Tópaga, W. *Garantías procesales frente al menor infractor de la ley penal*. En: *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional N° 4, Bogotá: julio-septiembre del 2003, pp. 197 y ss.

(98) Retomando ideas planteadas en el principio, la Corte Constitucional ha decretado la inexecutable de algunos artículos, así como su exequibilidad “condicional”. Este último caso, se refiere a la Sentencia C-19 de 1993, que declaró la exequibilidad del artículo 167 que señala: “Los jueces de menores o promiscuos de familia conocerán en única instancia de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años”. Consideró la Corte la exequibilidad del artículo, siempre que se interprete y aplique en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia cuando en ellos no se decreta o imponga una medida privativa de la libertad. En caso contrario, se estará a lo dispuesto por la *Convención de Derechos del Niño*.

(99) Se puede citar, el artículo 44 que señala: “Son derechos fundamentales de los niños (...) Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados ratificados por Colombia (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

(100) El *Código del Menor*, no solo contiene normas sobre el menor infractor, sino que compilo temas básicos relacionados con menores, como por ejemplo: el menor que carece de representante legal, organismos de protección del menor, etc.

(101) Fue así como en febrero de 1995, la consejería presidencial para la política social junto con el Ministerio de Justicia y del Derecho convocaron una comisión con el fin de realizar de forma interinstitucional, la revisión del vigente *Código del Menor*. Posteriormente, se expide el Decreto 967 de 1995 “por medio del cual se conforma adscrita al Despacho del Ministro de Justicia y del Derecho, la *Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la Revisión y Reforma del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor*”. De la misma forma, el 15 de febrero del 2000 se integró a través de la Presidencia de la República un grupo de trabajo, para el mismo tema, conformado por la Defensoría del Pueblo, la Secretaría Jurídica de Presidencia, el Instituto de Bienestar Familiar y el Ministerio de Justicia y del Derecho. Actualmente, se encuentra en discusión el Proyecto de Ley 225 del 2004, por medio del cual se crea el sistema de responsabilidad penal juvenil.

ción de la Convención y de los demás instrumentos relacionados con el menor infractor⁽¹⁰²⁾.

Este conjunto de instrumentos jurídicos internacionales conforma el sustento ideológico de la llamada “doctrina de la protección integral”, cuyo pilar radica en partir de un concepto diferente de la infancia. La Convención constituye la base de esta doctrina y, si bien no es el primer instrumento internacional en el orden cronológico, sí es de vital importancia, pues tuvo el mérito de llamar la atención sobre el manejo de la infancia y supone una percepción radicalmente nueva de la condición del menor.

Ahora bien, de la aplicación de esta concepción viene el que se prediquen conceptos como el “menor como sujeto de derechos”. Entendiendo este como una premisa que, lejos de aparecer obvia, conlleva todo un significado histórico y jurídico que merece ser valorado. El estudio de estos contenidos —pretensión de este trabajo— es una necesidad previa para la elaboración de cualquier ley que busque aplicarse, partiendo de una estructura metodológica seria.

Sintetizando lo dicho, considero que partir del “menor como sujeto de derechos” supone la materialización de una postura que reconoce al menor como miembro de la sociedad, al que se le deben garantizar derechos, permitir su participación activa dentro de la misma y exigir responsabilidades en el marco de un Estado de derecho.

6. Conclusiones

La creación de una jurisdicción especial para los menores infractores no supuso una reforma radical, sino la confirmación de las instituciones existentes. Ciertamente, la caridad justificó la utilización de mecanismos difusos de control social para los pobres y alienados. Tales inclinaciones llevaron a hechos que se pueden calificar actualmente de antigarantistas, ya

(102) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 —Reglas de Beijing—, reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad, 1990, directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, 1990. —directrices Riad—.

que partieron del menor como un sujeto "inferior". Pese a esta identificación utilitarista del surgimiento de los tribunales de menores, lo cierto es que no se puede obviar que con ellos se materializó la necesidad de diferenciar el tratamiento penal para el menor infractor. Además, en definitiva, supuso la búsqueda de un mejor derecho para el menor infractor.

Para demarcar la transición de una respuesta no garantista, a una garantista del Estado frente al menor delincuente, se han señalado la "doctrina de la situación irregular" y la "doctrina de la protección integral". En la primera, manifestada en un modelo tutelar —con influencia positivista y correccionalista—, se paría del menor infractor como "objeto de tutela", dentro de un Estado protector que actuaba bajo el esquema protección-represión a través de los tribunales de menores. Lo anterior, en una clara "menorización" de todo el derecho respecto a la infancia. La segunda, se basa en un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que parten de un concepto diferente de la infancia: "El niño como sujeto de derechos".

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 es el pilar de la "doctrina de la protección integral". Si bien esta normativa no es la primera en el orden cronológico, tuvo el mérito de llamar la atención sobre el manejo arbitrario de la infancia. Planteó una percepción radicalmente nueva del menor, otorgándole una precisa categoría jurídica y abandonando el discurso pseudo-proteccionista que lo tomaba como una vaga categoría social y utilizaba eufemismos para cubrir un sistema punitivo sin límites ni garantías.

Dentro de la misma tendencia garantista que se pregona con la "doctrina de la protección integral" se

*La limitación
de los derechos
fundamentales
en el menor, dentro
de un "modelo
tutelar", se debe
a la exclusión
del niño del concepto
de "ciudadanía".*

encuentra la interpretación de algunos autores sobre la relación de la infancia y la democracia. Esta constituye una inclinación bastante interesante si tomamos en cuenta que, del estudio de la evolución de la infancia hacia la calidad de sujetos de derechos, se observa una relación con el modelo de Estado existente. De la relación infancia-democracia surge el estudio de un nuevo concepto de "ciudadanía del niño". Dentro de sus diferentes matices, acogemos el criterio según el cual la "ciudadanía" se vincula con la titularidad de los derechos fundamentales. Tal noción tiene que ver con el grado de "democraticidad" del ordenamiento, en el que la extensión a todos los sujetos de la titularidad de los derechos fundamentales depende de su reconocimiento, donde entra a jugar un papel importante el grado de "democraticidad" de un ordenamiento. De lo anterior, se entiende cómo la limitación de los derechos fundamentales en el menor, dentro de un "modelo tutelar", se debe a la exclusión del niño del concepto de "ciudadanía".

Esta "ciudadanía del niño" es compatible con las diferencias propias de su condición, en sus distintas fases de desarrollo en relación con los adultos. En efecto, las disparidades que se pueden dar en el ejercicio de los poderes y funciones democráticas entre los niños y los adultos se compensan a favor del niño por el sistema de los derechos que emanan de la Convención y por la centralidad del niño dentro de una reformulación de la fundación del Estado social y democrático de derecho.

El modelo de responsabilidad frente a los menores que cometan conductas antijurídicas debe tomar como base al menor entendido como "ciudadano". Esto implica su reconocimiento como titular de derechos fundamentales, dentro de una relación social o política de democracia, que implique al niño en el proceso democrático. De esta forma se legitima la intervención de los adultos en representación del niño, solo en la medida en que las decisiones que se adopten en nombre de los menores se hagan obedeciendo a un vínculo de comunicación y de reciprocidad entre los adultos y niños.

Bibliografía

- Baratta, A. *La niñez como arqueología del futuro*. En: El derecho y los chicos, compilador María del Carmen Bianchi, Cooperación Italiana, Fundación Pibes Unidos, posgrado en Problemáticas Sociales Infante y Juveniles (CEA-UBA). Espacio, Argentina: 1995.
- Baratta, A. *Infancia y democracia*. En: Infancia, ley y democracia en América Latina, coordinado por García Méndez, Emilio y Beloff, Mary. Temis Depalma, Bogotá: 1999.
- Barbero Santos, M. *Marginación social y derecho represivo*. Bosch, Barcelona: 1980.
- Beloff, Mary. *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el Ámbito Interno*. En: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Documento encontrado en internet: www.minugua.guate.net/derhum.
- Beristain Ipiña, A. *Jóvenes infractores en el tercer milenio*, compiladores Galván González, Francisco y Vidaurri, Manuel. Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México: 1996.
- Boletín N° 6 de la Defensoría del Pueblo. *La niñez y sus derechos*, Bogotá: junio del 2001.
- Cappelaere, G. y Grandjean, A. *Niños privados de la libertad. Derechos y realidades*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Comité Español. Unicef, Madrid: 2000.
- Cillero Bruñol, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: Infancia, ley y democracia en América Latina, coordinado por García Méndez, E. y Beloff, M. Temis Depalma, Bogotá: 1999.
- De Leo, G. *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Teide, Barcelona: 1985.
- Fernández Carrasquilla, J. *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá: 2002.
- Ferrajoli, L. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid: 2000.
- Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2ª Ed., Trotta, Madrid: 2001.
- García Méndez, Emilio. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis, Bogotá: 1994.
- García Méndez, Emilio. *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*. En: Infancia, ley y democracia en América Latina, coordinado por García Méndez, E. y Beloff, M., Temis Depalma, Bogotá: 1999.
- García Pérez, Octavio. *La evolución del sistema de justicia penal juvenil*. En: Actualidad Penal. N° 32, España: 2000.
- Giménez-Salinas, C.E. *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, Un derecho penal del menor*, director Juan Bustos Ramírez. Ed. Jurídica el Cono Sur, Santiago de Chile: 1992.
- Kelsen, H. *Teoría general del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada: 2002.
- López Guerra, L. *Introducción al derecho constitucional*. Tirant lo blanch, Valencia: 1994.
- Maya, Hernando. *¿Le quedó grande a Colombia el Código del Menor?* En: Revista Alborada. N° 271, julio y septiembre de 1990.
- Meister, A. y Beatriz, R. *El tratamiento del menor infractor en Bogotá*. Universidad de los Andes, Bogotá: 1992.
- Pavarini, M. *Control y dominación*. Traducción de Muñagorri, I. Siglo XXI editores, México: 1983.

- Philippe, A. *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime. El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*. Versión castellana de Naty García Guadilla: Taurus, Madrid: 1988.
- Platt, M. A. *Los salvadores de los niños. La invención de la delincuencia*. Siglo XXI editores, 2ª ed. En español, México: 1988.
- Quintero Olivares, G. *Locos y culpables*. Aranzandi, Pamplona: 1999.
- Reed Amar, A. *Cuarenta acres y una multa: una teoría republicana acerca de los derechos básicos*. En: Derecho y grupos desaventajados, coordinado por Gargarella, R. AA.VV. Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, Barcelona: 1999.
- Rivero Hernández, F. *El interés del menor*. Dikinson, Madrid: 2000.
- Rodríguez Pascual, I. *¿Sociología de la infancia? Aproximaciones a un campo de estudio difuso*. En: Revista Internacional de Sociología (RIS), Tercera Época, N° 26, España: mayo-agosto del 2000.
- Torres Tópaga, W. *Garantías procesales frente al menor infractor de la ley penal*. En: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional N° 4, Legis, Bogotá: julio-septiembre del 2003.
- Ventas Sastre, R. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid: 2002.

El exceso intensivo en la legítima defensa putativa

Carolina Bolea Bardón
Profesora titular de derecho penal
Universidad de Barcelona (España)*

Sumario

El error acerca de la existencia de una agresión ilegítima, no se desvirtúa por el hecho de que la persona que la sufre sea miembro de un cuerpo policial ya que psicológicamente es irrelevante pero no así para la posibilidad de vencer el error. Esto obliga al autor especial a llevar a cabo un examen más cuidadoso de la situación en atención a su especial preparación. Igualmente la profesión —como lo afirma la autora— puede influir en el examen ex ante de la situación al existir la posibilidad de elegir un medio alternativo e igualmente efectivo para repeler la agresión.

Temas relacionados

Error; error vencible; legítima defensa; legítima defensa putativa; cualidad personal del autor; error de prohibición; eximentes reales y putativas; exceso intensivo en la legítima defensa.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación N° PB 97-0897, de la DGICYT.