

VI- DERECHO PENAL DE MENORES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

.....

CARLOS TIFFER SOTOMAYOR

Professor da Universidade da Costa Rica.

1. Introducción

1.1. Delincuencia juvenil y entorno social

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina.

Para comprender el interés por el análisis y búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les han negado todos los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivencia, en fin, el derecho al desarrollo.¹

Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Quisiéramos mencionar, por lo menos, tres medios de apoyo que, con los cambios sociales, se han debilitado como para dar una respuesta efectiva al desarrollo de la niñez y de los adolescentes. En primer lugar tenemos que mencionar a **La Familia**. Los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales. Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. **La Escuela**, por su parte, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. Además, los **Sistemas de Asistencia y Recreación**, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.

Por último, quisiéramos manifestar que la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de violencia, agresividad,

competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia.²

1.2. Objetivo y obstáculos de la comparación

Cualquier investigación comparativa presenta problemas generales y particulares. Por ejemplo, el mismo concepto y extensión de América Latina es ya de por sí problemático. Las fuentes de información son muy variadas y no siempre confiables. Sin duda, es una región del mundo política y socialmente muy conflictiva, y aunque en esta década de los 90 se presenta con mayor estabilidad política, no siempre ha sido así en el pasado.³

América Latina históricamente se ha caracterizado por ser receptora de las concepciones europeas del derecho. Se ha desenvuelto en un mundo jurídico que, en muchas ocasiones, no corresponde a la realidad. Un derecho que se mantiene distanciado de la objetividad existente, de espaldas a la realidad cultural y social, desconocido e ignorado por enormes sectores de la población. Muy lamentablemente hay que reconocer que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre el discurso y la práctica. Por un lado se nos presenta un derecho liberal, democrático y garantista, el cual es rápidamente desvirtuado y distorsionado en la realidad por los factores verdaderos del poder. El derecho penal de menores no es la excepción en este divorcio entre lo teórico y lo práctico.

Pese a todos obstáculos, y otros que se pudieran mencionar, queremos presentar en esta ponencia, aunque sea de manera general e introductoria, un panorama amplio del derecho penal de menores latinoamericanos. En muchos casos no es necesario particularizar en un país determinado, ya que la legislación tiene un mismo origen, una misma doctrina inspiradora y una evolución muy similar.

El nivel de la comparación no quisiéramos que se quedara sólo en lo estrictamente formal de las particularidades de cada legislación, lo cual ubicaría la ponencia en un análisis puramente jurídico o normativo. Más bien nos parece, por el

contenido del programa del Congreso y sus objetivos, que la comparación debería hacerse en lo sustancial del derecho penal de menores - sin dejar pasar la oportunidad de presentar la situación del derecho penal de menores, y en general de la criminalidad juvenil latinoamericana, en el marco de los derechos humanos.

1.3. Antecedentes Históricos

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas, o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún "delito". Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular.⁴

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en los países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el Siglo XX primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en que se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo, Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores por una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.⁵

Las concepciones ideológicas del Positivismo y de la Escuela de Defensa Social fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común; con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa etc..

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989 (en adelante sólo la llamaremos Convención). Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se ha iniciado en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú y Costa Rica.

2. Legislación penal de menores

2.1. Características principales

Como anteriormente explicamos en la parte histórica, las primeras legislaciones de menores tuvieron una marcada influencia de las ideas positivistas. Un segundo período lo podemos ubicar posterior a los años cincuenta, recogiendo las ideas formuladas por la Escuela de Defensa Social. Y una tercera y actual etapa con la promulgación de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Vamos a mencionar algunas de las características principales de las legislaciones en cada uno de estos tres períodos, sin que signifique que no puedan existir algunas otras, ni que sean excluyentes, es decir, que alguno de estos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas se repitan o se encuentren entremezclados en estos diferentes períodos.

Los rasgos centrales en el primer período que podemos mencionar son los siguientes:

- a) La intervención legislativa se fundamenta en la necesidad de asistencia de un sector de la niñez y juventud desvalido, considerado incapaz, débil e indigente;
- b) Los delincuentes juveniles eran considerados con personalidad particular o anómala, caracterizada por una estructura psíquica y por ciertas deficiencias fisiológicas y morfológicas. Fueron considerados seres anormales;
- c) Las legislaciones penales de menores estaban apoyadas en criterios de peligrosidad y conductas predelictivas;
- d) Bajo el eufemismo de la intervención estatal por medio de las llamadas “acciones tutelares”, se impusieron castigos severos, trabajos excesivos y se desconoció a los menores infractores el carácter de sujetos de derecho y más bien se les consideró como objetos de protección.

Algunas características del segundo período, que queremos presentar aquí, son las siguientes:

a) La intervención legislativa se fundamenta en una supuesta “situación irregular” en la que se encuentran los jóvenes y niños, excluidos, generalmente en forma involuntaria, de los medios informales de protección, como la familia, la escuela, la comunidad;

b) Las leyes de menores se caracterizan por judicializar y en muchos casos penalizar situaciones de pobreza y falta de recursos materiales, o falta de vínculos familiares;

c) La figura del juez de menores es jerarquizada en una competencia casi sin límite, bajo una concepción de “buen padre de familia” y con poderes discrecionales;

d) Desconocimiento para los menores de las garantías procesales comúnmente aceptadas en el derecho penal de adultos, como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho de defensa etc..

El tercer período, en el que vivimos actualmente y que se inicia con la Convención Internacional de Derechos del Niño, marca un rompimiento, esperamos definitivo, con las concepciones de las legislaciones pasadas. Algunos rasgos de estas nuevas legislaciones son los siguientes:

a) Desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento, y es sustituida por la del sujeto-persona titular de derechos. Reconociendo a los infractores penales las garantías procesales comúnmente aceptadas internacionalmente para adultos;

b) Se separan las situaciones de naturaleza jurídica, que ameritan la intervención judicial, de las patológicas sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado;

c) Se homogeniza el concepto de niño, en todo ser humano menor de 18 años. Lo mismo que se establece una edad mínima para adquisición de la capacidad penal.

2.2. Fundamentos de la punición

Tal y como lo hemos afirmado la promulgación de la nueva Convención Internacional de los Derechos del Niño marcó un

hito en el desarrollo histórico de las legislaciones de menores. Siguiendo esa señal podemos separar las legislaciones antes y después de la Convención. Haciendo esa diferenciación, podemos encontrar cuales han sido los fundamentos de la punición en el caso de los menores infractores en América Latina.⁶

Antes de la Convención en la mayoría de las legislaciones, lo que justificaba la intervención jurídico-penal lo era la “situación irregular” y no necesariamente haber infringido las leyes penales. Esta particular categoría es considerada para todo niño o joven que carece de las necesidades básicas para su desarrollo. Bien pueden ser de carácter material o inmaterial. Por ejemplo, si se dedica a la mendicidad, si no tiene vivienda, o si no asiste regularmente a la escuela, es claro que carece de lo material necesario para su desarrollo pero también si no tiene familia o es abandonado, se encuentra igualmente en “situación irregular”. Es por ello que la mayoría de las legislaciones incluyen las categorías de abandono **material o moral**.

Sin entrar a analizar y criticar la llamada “situación irregular”, sólo quisiera manifestar que esta situación, llamada también por algunas legislaciones “peligro social”, se convierte en sinónimo de conducta delictiva o predelictiva. Sin duda, semejante comparación quebranta toda la teoría del delito y refleja desde luego un tipo especial de control social.

Después de la Convención el panorama legislativo y doctrinario latinoamericano se ha venido modificando. Pese a que casi todos, por no decir todos, los Estados latinoamericanos suscribieron la convención y la han ratificado, no sucede lo mismo en el ámbito de sus legislaciones internas. Tenemos conocimiento de que hasta la fecha, sólo en seis países de la región se han promulgado leyes especiales de menores nuevas o se han modificado las existentes, a efectos de ser adaptadas a la Convención de los Derechos del Niño.

A diferencia de las legislaciones anteriores a la convención, la nueva fundamentación de la punición se apoya en la **culpabilidad por el hecho**, que es la mejor garantía para el respeto de los Derechos Humanos. Como principio básico

para la intervención jurídico penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo - infracción que debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que supuestamente se cometió el hecho. De un derecho penal de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho de culpabilidad por el hecho. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad. También en las nuevas legislaciones se reconocen las garantías procesales internacionalmente admitidas para el derecho penal de adultos, además de aquellas garantías especiales que les corresponden por su condición de menores.

2.3. El caso de Costa Rica

En muchos países de la región las disposiciones relativas a menores se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legislativos, como el Código Penal, el Código de Familia, el Código de Trabajo etc.. En Costa Rica sucedía lo mismo. No fue sino hasta el año 1963 en que, como en otros países, se promulgó una ley especial de menores, con regulaciones principalmente en el ámbito penal.

Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensiva de la sociedad, fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años que se encontraran en situaciones de peligro social. No se establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en una culpabilidad del autor y se violaba el principio de legalidad al ampliar la competencia del Juez tutelar a situaciones no delictivas. Solamente existía en San José un Juzgado tutelar especializado en la materia, llamado inicialmente, en forma equivocada, Tribunal. La ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de inocencia. Sin embargo, de positivo hay que mencionar que la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa.⁷

También dentro del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Costa

Rica promulgó, el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa de la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Importante resaltar, de esta nueva legislación, lo siguiente: Limita la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones. Establece una edad de entre 12 y 18 años para la aplicación de esta nueva ley. Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad ni la imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal. El derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído, y a que la sanción que se le aplique se le imponga una vez comprobada su participación en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o al delito que cometió. También la nueva ley garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas. Lo mismo que el recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

Costa Rica cuenta con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para varones y otro para mujeres. En ambos se admiten menores entre los 12 y los 18 años de edad. El número de casos sometidos a la jurisdicción tutelar en los años 1990, 1991 y 1992 corresponde a un promedio de 1000 expedientes. De los cuales cerca del 16% fueron mujeres y el resto varones. El internamiento sigue siendo la medida tutelar menos utilizada, correspondiendo en el año de 1988 a un 10.7%, mientras que en 1992 fue sólo un 6.6%.

3. Perspectiva de la realidad social latinoamericana

3.1. Condiciones socioeconómicas del menor infractor

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas relativas a menores mantienen una orientación protectora y defensiva para la niñez y la juventud, lo cierto es que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables - presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para los menores, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y

moral. Estas condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse, el problema lejos de solucionarlo más bien lo agravan.

Pese al elevado número de población joven, menor de 17 años de edad, en América Latina, los Estados latinoamericanos no le dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas. Por ejemplo, según informes de CEPAL, en 1970 América Latina tenía 282 millones de habitantes, había en la región aproximadamente 112 millones de personas pobres, de las cuales 27.7 millones eran menores de seis años. En un informe posterior, el mismo organismo informa que en 1986 América Latina tenía 429 millones de habitantes. De éstos, 170 millones eran pobres y 81.4 millones eran indigentes. Siendo los menores de 17 años casi la mitad del número poblacional. Para 1992, América Latina cuenta con aproximadamente 450 millones de habitantes, de los cuales se calcula que más de la mitad vive en condiciones de pobreza, y la población menor de 17 años se ubica dentro del 40 al 50%, con una proporción siempre en aumento.

La relación entre las condiciones socioeconómicas y los menores infractores de la ley está sobradamente demostrada. Sólo quisiera presentar aquí el resultado de una investigación patrocinada por ILANUD, que recogió información de los sistemas de justicia de menores en 18 países de la región latinoamericana.⁸ La investigación que estamos citando confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores de estos países. Determinó que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de 4 años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de vivencia de clase baja, trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, contribuye al sostenimiento del núcleo familiar y el padre o la madre son desempleados o subempleados. En la mayoría de los casos vive en una familia que es incompleta o desintegrada, con ausencia de padre.⁹

Este mismo estudio que estamos citando determinó que el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las categorías de menor ingreso económico, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema, según definición que de éstas da el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.¹⁰

3.2. Breve exposición de indicadores generales

Tal y como se ha expuesto en la sección anterior, se constata que el perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población. De ahí que cualquier programa para la prevención del delito estará condicionado, directa o indirectamente, en buena medida, con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

Pese a que en América Latina se cuenta con un derecho penal de menores garantista, la misma realidad social nos demuestra las pocas posibilidades de alcanzar estos fines. A manera de ejemplo y para ilustrar lo anterior, vamos a presentar algunos indicadores sociales de la infancia en América Latina, tomando como muestra algunos de los países más representativos. En una publicación, patrocinada por la Comisión de Comunidades Europeas, titulada Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe¹¹, se establecen algunos indicadores básicos en el campo de la protección de menores que son: el ámbito de protección, salud, educación y trabajo. Estos indicadores reflejaron los siguientes datos de relevancia.

En el caso de **MÉXICO**, con una población de 88.598.000 habitantes en 1990, se constató que el 63% está ubicada entre el grupo de edad entre 0 y 14 años. Se calcula que en las zonas rurales viven unas 17 millones de personas en estado de miseria y 5 millones en las zonas urbanas. 12 millones de menores de 18 años se encuentran “a la deriva social”: callejeros, en mendicidad, prostitución, en albergues, sistemas precarcelarios, consejos tutelares, instituciones privadas etc.. Se

calcula que en todo el país trabajan aproximadamente cerca de 2 millones de menores de 14 años al servicio de algún patrón, esto sin tomar en cuenta los miles de menores que realizan algún trabajo en forma autónoma. Más de un millón de niños menores de 5 años murieron por desnutrición entre 1982 y 1988. El 45.1% del total de consulta externa en los hospitales corresponde a menores de 5 años. Para 1988 el 63% de la población entre 4 y 23 años estaba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Con respecto a **GUATEMALA** que, para 1989, alcanzó un total de 8.935.394 habitantes, con el 41.9% de población indígena y el resto latina, el tipo de familia predominante es la rural con el 82%, integrada por un promedio de 6 miembros. Pese a las dificultades para obtener información estadística confiable, según la Organización de Derechos Humanos Amnistía Internacional, se calcula que aproximadamente 5 mil niños y niñas deambulan por las calles. Muchos de ellos son huérfanos, abandonados o discapacitados. La UNICEF ha calculado que existen unos 3.700 menores institucionalizados en lugares públicos y privados. La tasa estimada de mortalidad infantil en 1988 fue de 51.3 por cada mil niños nacidos vivos. Para 1990 el 38% del total de población en edades de 4 a 23 años se encontraba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Una de las realidades más complejas y difíciles, no sólo de explicar sino de entender, es la de **BRASIL**. En 1990 la población total era de 150.368.000 habitantes, el 59% de los cuales eran menores de 14 años. En 1987 el 34% de las familias en el área urbana y el 60% de las familias en el área rural se encontraban en estado de pobreza. Aproximadamente 7 millones de niños viven y trabajan en las calles de Brasil, existen reiteradas denuncias de que diariamente estos niños son maltratados, torturados, mutilados y asesinados por escuadrones de la muerte, o estando bajo custodia policial. Se calcula que en 1990 unos 1.500 niños o adolescentes fueron asesinados por estos grupos. El 80% de las víctimas eran varones entre 15 y 18 años y el 82% eran negros o de raza mezclada. Según Amnistía Internacional centenas de menores son abatidos a tiros en las calles; sólo en el primer semestre de 1993 más de 300 niños y adolescentes fueron

asesinados en Río de Janeiro. Por otra parte, en 1990 el porcentaje de analfabetismo fue de 18.9% y el 57% de la población entre 7 y 23 años se encontraba matriculada en algún nivel de educación formal.

En **VENEZUELA**, con una población de 19.733.000 habitantes para 1990, el 66% era menor de 14 años. En 1986 el porcentaje de hogares bajo la línea de pobreza en todo el país era de 27%. La mortalidad de menores de 5 años para 1990 fue de 43 por cada mil (25 mil niños). El porcentaje de analfabetismo en ese mismo año fue de 11.9%. En 1988 el 60% de la población de 4 a 23 años estaba matriculada en algún nivel de educación. En 1985 el porcentaje de niños de 10 a 14 años de edad económicamente activos era de 2.5%, pese a que, según la legislación, la edad mínima para el trabajo de los niños es de 14 años.

A pesar de que **COSTA RICA** se encuentra ubicada entre los 30 países del mundo con mejores indicadores sociales, de acuerdo con el informe de 1994 de UNICEF, también es cierto que existen graves desajustes sociales. La población de Costa Rica en 1987 era de 2.790.635 habitantes, mientras que para 1992 se calcula en 3.160.405 habitantes. Los porcentajes de población de 0 a 18 años no han variado significativamente entre los años 1987 a 1992, manteniéndose aproximadamente en un 44%. En 1990 se reportaron un total de 151.153 familias en situación de pobreza (el 20% del total de familias) de las cuales un 11% se encontraba en extrema pobreza y no podía satisfacer sus necesidades alimentarias básicas. En el caso de la niñez y la adolescencia, para 1991 se estimó en situación de pobreza alrededor de 340.000 menores, siendo el 25% de la población de 0 a 18 años de edad. Aunado a la situación de las condiciones de vida de los sectores más débiles de la sociedad, el Estado costarricense de los últimos años se ha caracterizado por la reducción de la inversión en las áreas de salud, educación, nutrición, vivienda, cultura y recreación. Menores institucionalizados se calculan aproximadamente en el año 1992 cerca de 3.500 a 5.000, en instituciones públicas y privadas. No existen datos sobre trabajadores del sector informal específicamente sobre los de la calle; sin embargo se estima que hay unos 1.000 entre 7 y 17 años de edad en el área metropolitana.

4. Preceptos internacionales

4.1. Doctrina de las Naciones Unidas

Para llegar a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en noviembre de 1989, se tuvo mucho camino que recorrer. Casi prácticamente desde la fundación de las Naciones Unidas, esta organización se caracterizó por la defensa de los Derechos Humanos y particularmente por la protección de la niñez mundial, no sólo por medio de organizaciones internacionales de defensa sino también de promoción y de denuncia.

Un antecedente de la Convención lo constituye sin duda la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, adoptada en 1959. Constituye un documento que establece líneas fundamentales sobre la niñez, que como marco teórico de protección universal, fue configurando límites positivizados en las legislaciones nacionales y sobre todo en la conciencia jurídica universal. Por cierto, que estamos muy lejos aún de lograr tales ideales.

Producto de las reflexiones del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas 1980), fue la creación de las **Reglas Mínimas Uniformes para la Administración de la Justicia de Menores**, conocidas como “**Reglas de Beijing**”, aprobadas en las reuniones preparatorias (1984) para el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Las Reglas son normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes. Establecen una noción de “menor”, objetivos de la justicia de menores, garantías procesales y una orientación de política social de carácter preventivo.

En la reunión preparatoria interregional, celebrada en Viena, abril de 1988, para el Octavo Congreso Mundial de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990), se aprobaron dos importantes resoluciones de trascendencia en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los

menores. Una fue el proyecto de **Directrices de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil**, llamada “**Directrices de Riyadh**”, y la otra fue el proyecto de **Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad**.

Las Directrices de Riyadh deben aplicarse en el marco general de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Establecen principios fundamentales de política social, criterios de intervención oficial en caso de menores, lo mismo que líneas fundamentales para la legislación y la justicia de menores. Las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen los procedimientos mínimos para el ingreso, permanencia y egreso de menores en centros de detención. Establecen requisitos para los centros de detención sobre registros, clasificaciones, ambiente físico y comunicación con el mundo exterior, uso de la fuerza y relaciones con el personal de los centros.¹²

4.2. Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

Esta Convención tiene una relevancia única dentro del marco de la protección internacional de la niñez mundial. Tal y como lo hemos dicho, marca un hito en la historia de la niñez y sus efectos a nivel mundial ya se han reconocido. Es la declaración más completa y elaborada de los derechos del niño, y fue adoptada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Quisiéramos mencionar algunos rasgos fundamentales que caracterizan este importante instrumento jurídico, desde luego, tan sólo a manera de ejemplo:

a) La Convención es el resultado de toda la elaboración de normas jurídicas anteriores. Como tal, recoge toda la experiencia internacional y sirve como marco general de interpretación;

b) La Convención ha producido como efecto inmediato la adopción de una nueva legislación interna en cada país. Por lo menos se ha iniciado un proceso de reforma. Esto ha

obligado a erradicar viejos sistemas jurídicos, caracterizados por promover o facilitar las violaciones de los Derechos Humanos;

c) La Convención ha puesto en una línea principal de discusión o, podríamos decir, ha “internacionalizado” todos los aspectos relacionados con la infancia, y no únicamente el caso de los menores infractores de la ley penal;

d) La Convención no sólo establece las garantías procesales comúnmente aceptadas para el derecho penal de adultos, sino también toma en cuenta la particular condición de la infancia para la aplicación de la ley;

e) La Convención establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como un último recurso, siempre y cuando las otras posibles soluciones no sean factibles. Para todo caso, sean soluciones judiciales o no, deben respetarse los Derechos Humanos y las garantías legales.

5. Panorama actual del derecho de menores

5.1. Nueva concepción doctrinal

Como lo hemos manifestado en nuestra exposición, desde que se aprobó la Convención, se inició una nueva doctrina de la infancia, tanto a nivel internacional como a nivel de cada país que ha iniciado el proceso de reforma. Según opinión del experto y especializado en el tema de la infancia, Emilio García Méndez: *“La Convención aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente”*.¹³

Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la Convención, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. En especial a los instrumentos internacionales referentes a menores a que hemos hecho referencia en la sección de la doctrina de las Naciones Unidas. Es la doctrina de los Derechos Humanos que ha

alcanzado en este campo de la niñez un nivel positivizado. Es la doctrina que elimina las odiosas discriminaciones, creando una sólo categoría de infancia, que jerarquiza la función judicial y garantiza la participación del niño como sujeto pleno de derechos, como ser humano con dignidad propia.

Sin embargo, no podemos perder de vista la perspectiva realista. Las violaciones de los Derechos Humanos son múltiples, terribles y reiteradas. La positivización de los Derechos Humanos, sea de rango internacional o nacional, no significa su garantía ni su cumplimiento. Sería absurdo pensar que la ley por sí sólo limita los abusos y las desviaciones del poder político. Más en nuestra América Latina que, como decíamos, se ha caracterizado por la dicotomía entre lo que la ley dice y lo que se hace. Tan sólo permítaseme poner el ejemplo de Brasil, quien suscribió la Convención, la incorporó a su legislación nacional y promulgó un reciente estatuto del niño y del adolescente, que por cierto ha recibido muchos elogios; pero por otro lado tenemos que en ese país se comete, diariamente, una de las más terribles y monstruosas violaciones de los Derechos Humanos contra miles de niños. Sin duda no se puede ignorar la existencia de profundas diferencias sociales y múltiples violaciones de los Derechos Humanos.¹⁴

5.2. Proceso de Reforma Legislativa

Uno de los efectos casi inmediatos producidos por la adopción de la Convención, lo constituye el proceso de reforma legislativa que se ha iniciado en América Latina y probablemente en otras latitudes. Tenemos conocimiento de las siguientes reformas llevadas a cabo posteriormente a la fecha de la Convención: en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú y Costa Rica. Desconocemos cuales han sido los procesos internos en cada país para la promulgación de estas nuevas leyes, esperamos que hayan sido producto de un debate rico en ideas y reflexiones, con la participación no sólo de las organizaciones Gubernamentales, sino también de las no-Gubernamentales relacionadas con el tema de la infancia. Para también ir desapareciendo esa costumbre latinoamericana de la promulgación de leyes sin estudios ni discusión pública y más bien tradicionalmente hechas por “comisiones técnicas”

integradas por “expertos” nacionales o importados.

En **Colombia** se aprobó un nuevo Código del Menor por decreto N° 2737 del 27 de noviembre de 1989, tan sólo siete días después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Convención. En 1990, concretamente por la Ley Federal N° 8069 del 13 de julio, **Brasil** aprobó el Estatuto del Niño y del Adolescente, cuya principal fuente inspiradora fue la Convención.

En el año 1992, **Ecuador** aprobó un nuevo Código del Menor, el día 16 de julio. En diciembre de ese mismo año, también **Bolivia** y **Perú** aprobaron, el primero, un nuevo Código del Menor, y el segundo, vía decreto ejecutivo, lo que le podría restar vigencia, un Código del Niño y del Adolescente. La última reforma legislativa de que tenemos conocimiento es la de este año en **Costa Rica**; por ley N° 7383 del 8 de marzo de 1994, se reformó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores N° 3260 del 21 de diciembre de 1963. Mientras que también sabemos que actualmente en El Salvador existe un anteproyecto para la creación de una ley específica, que regula exclusivamente las relaciones de los menores infractores de la ley penal.

5.3. Nueva Legislación de Menores en Costa Rica

Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva Ley o Código de Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la Ley Tutelar vigente desde 1963, si se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. Esta ley, a diferencia de otras técnicas legislativas, regula exclusivamente los casos en los cuales se le atribuye a los menores entre los 12 y los 18 años la comisión de un delito o una contravención. Dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, de la Familia etc..

La nueva ley costarricense fijó la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal, estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles

ninguna infracción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil.

Se fijan, entre otras, las siguientes garantías procesales: El principio de legalidad penal, el principio de inocencia, la no privación de libertad sin que se cumpla el debido proceso, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra parientes, el respeto a su vida privada y de su familia, el derecho a la defensa, el derecho a no ser reseñado, la prohibición de imponer medidas indefinidas y la posibilidad de recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

La ley establece un capítulo de procedimiento que prevee la intervención de trabajadores sociales. Lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares. Las medidas que el juez puede imponer son las siguientes:

- a) Amonestación;
- b) Libertad Asistida;
- c) Depósito en Hogar sustituto;
- d) Colocación en un trabajo u ocupación conveniente; e
- e) Internación en un establecimiento reeducativo.

Para los casos de delitos contra la vida y delitos sexuales se aplican las medidas contenidas en los incisos c), d) y e).

A partir del primero de julio de este año, iniciaron las labores Juzgados Tutelares en todas las siete provincias del país. Aunque con recargo en la materia de familia, por lo menos cambia el panorama anterior a la ley, en el cual existía sólo en la provincia de San José un Juzgado con competencia especializada en materia tutelar. También el Departamento de Defensores Públicos ha creado 2 plazas en San José, para la atención exclusivamente de menores acusados por la comisión de un delito o una contravención.

Criticable de Costa Rica sigue siendo la situación de que el país hasta la fecha no cuenta con una ley de ejecución de penas, concretamente de la pena privativa de libertad. Además, tampoco cuenta con una ley para la ejecución de la medida tutelar del internamiento, para el caso de menores,

prestándose este vacío legal, sin duda, para la comisión de abusos y violaciones de los Derechos Humanos.

6. Comentario final

La historia del derecho penal de menores en América Latina está plagada de toda clase de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad y el desempleo, han sido convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del “peligro social” y de las “medidas” ha atentado contra los Derechos Humanos de

los niños y de los jóvenes, ha servido para estigmatizarlos como niños enfermos, niños problema o niños peligrosos. Pero a la misma vez ha servido para ocultar o negar la incapacidad de los Estados para solucionar los conflictos sociales, económicos y políticos de la sociedad.

Sin embargo, algo se ha avanzado, y el proceso de reforma, iniciado luego de la Convención, no debe quedarse sólo en el campo legislativo; debe, asimismo, convertirse en un factor desencadenante para las transformaciones de las condiciones reales en las que vive nuestra infancia latinoamericana.

Notas

1. UMAÑA LUNA, E. *El menor de edad. Estructura legal y coyuntura social*. Santa Fe de Bogotá, 1991, pp. 25 - 49.
2. HORACIO VIÑAS, R. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires, 1983, p. 42.
3. PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. Barcelona, 1993, pp. 79 - 97.
4. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una Reforma Legislativa*. Buenos Aires. 1992, pp. 7 - 20.
5. TIFFER SOTOMAYOR, C. y DÜNKEL, F. *Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica*. Berlin, ZStW 101, 1989, pp. 206 - 228.
6. BACIGALUPO, E. *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD, n^{os} 17 y 18, San José, 1983, pp. 57 - 68.
7. ISSA EL KHOURY, H. *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial, n^o 17, San José, 1980, pp. 59 - 66.
8. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. op. cit. (4), p. 5.
9. CARRANZA, E. *La prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia, 1989, pp. 305 - 325.
10. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. op. cit. (4).
11. BOLAÑOS MORA, A. y CAAMAÑO MORUA, C. *Situación de la infancia en América Latina y el Caribe*. San José, 1993. p. 41 y s.
12. MANAVELLA, C. y JIMÉNEZ, M. *Tutela judicial de los derechos humanos en América Latina*. San José. 1993. p. 33 y s.
13. GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia y Derechos Humanos*. Conferencia en el XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1993.
14. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe Anual 1994*. Madrid, 1994.

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1994) *Informe Anual 1994*. Madrid.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Guatemala. Los niños de la calle*. Madrid.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Brasil. Por encima de la ley*. Madrid.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Argentina. Niños desaparecidos*. Madrid.

BACIGALUPO, E. (1983) *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD N^{os} 17 y 18, San José.

BOLAÑOS MORA, A. y CAAMAÑO MORUA, C. (1993) *Situación de la infancia en América Latina y el Caribe. Breve exposición de indicadores generales*. San José.

CARRANZA, E. (1989) *La prevención y tratamiento de la delincuencia y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Cali, Colombia.

ESTADÍSTICA JUDICIAL (1992) *Juzgado tutelar de menores de San José*. San José.

GARCÍA MÉNDEZ, E. (1993) *Infancia y derechos humanos*. Conferencia. San José.

GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (1992) *Del revés al derecho. La condición jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires.

HORACIO VIÑAS, R. (1993) *Delincuencia juvenil y de derecho penal de menores*. Buenos Aires.

ISSA EL KHOURY, H. (1980) *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial, n° 17, San José.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (1990) *Boletín Infancia*. N° 230, Uruguay.

MANAVELLA, C. y JIMÉNEZ, M. (1993) *Tutela judicial de los Derechos Humanos en América Latina*. San José.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y POLÍTICA ECONÓMICA (1992) *Apuntes para una política integral con y por la infancia y juventud costarricense*. San José.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1990) *La lucha contra el trabajo infantil*. OIT, Ginebra, Suiza.

PIZZORUSSO, A. (1993) *Curso de derecho comparado*. Barcelona, España.

TIFFER SOTOMAYOR, C. y DÜNKEL, F. (1989) *Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica*. ZStW 101, Berlín.

UMAÑA LUNA, E. *El menor de edad. Estructura legal y conyuntura social*. Santa Fe de Bogotá.

UNICEF (1992) *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.

UNICEF (1994) *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.

