CAPÍTULO 8

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO A MÁS DE DOS DÉCADAS DE SU SANCIÓN(1).

POR MARY BELOFF

> *The United Nations, in its Convention on the Rights of the Child (1989), stresses not children's potentiality, but their vulnerability. It attributes a raft of rights to children, but the only ones that it makes sense to attribute to infants, as distinct from children, are the well-established right to life and two less well-established, more questionable rights proposed in the Convention: namely, a right to the protection and care necessary for wellbeing and a right to development (...) Certainly children's vulnerability imposes substantial obligations on us not imposed by those able to look after themselves.* (James GRIFFIN, *On human rights*)(3)

1. Este trabajo tiene por objetivo proponer una matriz de análisis respecto del proceso de incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la CDN o la Convención) al derecho interno de los países latinoamericanos.

Para comenzar la evaluación de las más de dos décadas transcurridas desde 1989 me parece útil señalar la necesidad de utilizar diferentes metodologías y enfoques. Por ejemplo, un abordaje antropológico del tema que consistiera en un estudio etnográfico concentrado en los actores sociales —estatales y no estatales— que tuvieron la responsabilidad o se involucraron de una u otra forma en la implementación de la CDN en América Latina, podría resultar esclarecedor respecto de algunas de las características de este proceso[(4)]. Un estudio de ese tipo ilustraría, además los brillos y las zonas opacas de ese proceso y permitiría, con una mejor y mayor comprensión de lo ocurrido, caminar con paso firme realmente hacia donde los niños necesitan y no hacia donde quieren ir los adultos.

Otro elemento relevante para el análisis es la época en la que tuvo lugar este proceso de incorporación de la CDN en los países de América Latina. Si uno se ubica históricamente en el momento en que comenzaron y se desarrollaron estos cambios, se comprende fácilmente por qué el enfoque prevaleciente puso el énfasis en las *libertades negativas*[(5)]. Éste presupone un modelo de Estado que tiende a reducirse a su mínima expresión, un Estado-gendarme[(6)]eventualmente eficiente pero no preocupado por las *prestaciones positivas* características del Estado de Bienestar en crisis que se pretendía transformar.

Señaladas la importancia de utilizar múltiples enfoques para explicar el proceso, en lo que sigue me concentraré en el tema que da título al trabajo.

2. Un producto claramente discernible de estos veinte años de vigencia de este tratado en la región es lo que llamo "la traducción latinoamericana de la Convención sobre los Derechos del Niño".

De forma resumida, ésta consiste en una lectura muy peculiar y específica del tratado, enormemente condicionada por circunstancias regionales y —como tales— no transferibles a otras partes del mundo.

Se trató, básicamente, de presentar a la CDN como un sustituto estructural del llamado complejo tutelar[(7)]o tutelarismo clásico. Eso explica que, entre muchas otras cosas, la Convención ha sido considerada en todo el mundo como punto de llegada en el reconocimiento de los derechos de los niños que presenta un avance cuantitativo

FERNÁNDEZ, Silvia E. (Dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Capítulo 8, Título I, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015

sustancial en términos de exigibilidad (con anterioridad esos derechos se encontraban en normas no convencionales) en tanto en América Latina se la ha presentado como un instrumento que rompe radicalmente con las ideas de protección especial a la niñez existentes hasta su irrupción a comienzos de los años '90.

Por esa razón después de un cuarto de siglo algo que debería considerarse para abordar el tema es que no hay una sola manera de comprender, analizar y traducir la CDN, como no la hay con ningún otro tratado. Ello se ve muy claro en las discusiones e informes del Comité de los Derechos del Niño que expresan la pluralidad de lecturas e interpretaciones que sobre la CDN se producen en las diferentes regiones del planeta. Sin embargo, cuando se estudia su impacto en América Latina se suelen presentar las lecturas que han tenido lugar en el continente bajo una pretensión de universalidad, como si en todo el mundo se la analizara e interpretara de esta misma forma.

No es la oportunidad de polemizar con esta manera latinoamericana de presentar y entender la CDN y su impacto. Simplemente es del caso señalar que esta interpretación no es universal y que sólo está presente en América Latina (ni siquiera en gran parte del Caribe franco y angloparlante).

Dada esta característica, a los fines de evaluar el proceso y pensar el futuro de la CDN en la región, resulta relevante, en primer lugar, reconocer que en nuestro medio se ha planteado sólo una forma de interpretar este tratado cuando, como todo texto —aún legal— es susceptible de muchas interpretaciones; y, en segundo lugar, debe tenerse presente que esa "manera latinoamericana" presentada como universal privó a la región de entrar en diálogo con otras lecturas de la Convención que se realizaron en otras partes del mundo[(8)], en una curiosa repetición de aquella autonomía "autista" del derecho tutelar de menores clásico.

En definitiva, conocer cómo la Convención sobre los Derechos del Niño es interpretada en otras regiones del mundo contribuiría sin dudas a una mejor y más rica comprensión de su texto, de sus límites y potencialidades.

3. La siguiente cuestión requiere concentrarse por un momento en las características de esta "manera latinoamericana" de interpretar la CDN. Ella consiste en un fenómeno que suelo caracterizar como de un doble reduccionismo, por un lado legal, por el otro penal[(9)].

3.1. En el primer sentido referido al reduccionismo legal es sabido que el articulado de la Convención, como el de cualquier otro tratado de derechos humanos, exige que cuando el país incorpora un pacto a su derecho interno adopte una serie de medidas para que los derechos en él contenidos sean efectivamente garantizados. Entre esas muchas medidas se incluye cambiar las leyes (art. 4º).

La CDN, en la misma lógica, no reduce el tema de su implementación a la modificación de las leyes sino que incorpora la reforma legal dentro de otras medidas dirigidas a garantizar derechos; sin embargo, la interpretación latinoamericana de la Convención implicó que la cuestión de la garantía de los derechos humanos de los niños, no exclusivamente pero en una importantísima proporción, se redujera a derogar las leyes tutelares de menores[(10)].

Éste es el primer reduccionismo al que llamo *reduccionismo legal*. Puede explicárselo por razones históricas (como reacción al tutelarismo clásico para el cual el tema legal era accesorio de las cuestiones psico-sociales) pero es enormemente

problemático, ya que reduce los derechos humanos a un tema de formalidades legales que, además, es monopolizado por las prácticas y saberes jurídicos (a todo evento debe quedar claro que este análisis se refiere a los discursos oficiales instalados respecto de la CDN y no a las formas en las que es aprehendida y utilizada por los diferentes operadores con trabajo territorial y atención directa a niños).

3.2. La siguiente cuestión que explica este doble reduccionismo que revela la traducción latinoamericana de la CDN en la dimensión de los discursos oficiales o instalados, es que dentro del reduccionismo legal el foco está puesto en la cuestión penal. Así, cuando se habla en general de los temas de derechos humanos de los niños —que son muchos y plurales— se advierte que en América Latina la mirada oficial y no oficial está concentrada en las cuestiones de la relación entre el derecho y la ley ni se focaliza en los derechos de niños y niñas en general (y por lo tanto en las diferentes leyes que abarcan los derechos de todos los niños) sino en la ley penal y en el problema del adolescente infractor[(11)]. A la vez no de éste, como problema social encarado de forma integral, sino estrictamente en cómo debe el Estado tratar al adolescente al que se le imputa un delito desde el punto de vista de sus garantías penales materiales (sustantivas) y adjetivas (procesales).

Cuando se focaliza en el adolescente infractor no se habla, por ejemplo, de su garantía a la reinserción social; por lo contrario, lo que se discute es, de forma simplificada y hasta banalizadora del tema, a partir de qué edad y por cuánto tiempo debe *privarse de la libertad* a un adolescente en nombre de la CDN. No se discuten ni analizan centralmente cuáles deberían ser los programas que el Estado debe garantizar en concreto —no sólo en la ley— para aquello que le ocurrió a ese joven (que es sin duda una tragedia no sólo para la víctima sino también para el infractor) signifique una oportunidad para que en el futuro ese joven se relacione de modo no conflictivo con su comunidad. Este tema también está presente con énfasis en otras normas sobre derechos humanos de la niñez y ocupa en ellos un lugar central. Sin embargo, no se lo aborda en América Latina o por lo menos no se lo trata como aspecto principal en el debate social sobre la delincuencia juvenil, el que —como señalé— se concentra en cómo castigar a los jóvenes en un marco de garantías legales.

De modo que, sin mayor abundamiento, queda establecido el punto relativo a la existencia de una *traducción latinoamericana de la Convención sobre los Derechos del Niño*caracterizada por este *doble reduccionismo legal y penal.*

4. En este apartado intentaré explicar las razones de esta dinámica que parece una especie de determinismo del que América Latina no puede aún escapar, un *karma* de la protección especial a la niñez.

Tal como lo refieren los miembros latinoamericanos del Comité de los Derechos del Niño, sólo en América Latina —en ninguna otra parte del mundo— los informes de los Estados presentan un discurso llamativamente parecido. Es lo que he llamado anteriormente la *narrativa oficial* que desarrolla algunas lecturas posibles pero con pretensión de teorías generales y por tanto universales acerca de la Convención, interpretaciones que no están presentes en África, en Asia ni tampoco en Europa o en la América anglosajona.

Los expertos ajenos a la región se preguntan en las reuniones del Comité de los Derechos del Niño a qué se refieren los informes sobre el grado de observancia y cumplimiento de la Convención (cfr. arts. 41 y ss.) de algunos países latinoamericanos

al utilizar una nomenclatura desconocida en otras regiones del mundo[12]. Me refiero básicamente a presentar a este tratado como un punto de partida, como el inicio de la historia de los derechos del niño en el sistema universal de protección de derechos humanos de niños y niñas.

Ello obedece, como se mencionó en el comienzo, a que la introducción de la CDN en América Latina fue presentada como el sustituto y en precisa oposición a lo que denomino *tutelarismo clásico,* expresión que alude al conjunto de teorías y dispositivos que estructuraban a la justicia de menores (por ejemplo, los desarrollados en los países que hoy forman parte del Mercosur) o los sistemas tutelares administrativos de menores latinoamericanos (por ejemplo, los implementados por décadas en México, la República Dominicana o Ecuador)[13].

Como es sabido, estos dispositivos construidos dentro del marco teórico general del positivismo de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, confundían la respuesta del Estado al delito con la relacionada con su intervención respecto de la pobreza y la marginalidad de los niños. La introducción de la Convención fue planteada en espejo y por oposición al conjunto de dispositivos que en el derecho continental —y en la América Latina sobre todo— son conocidos con el nombre de complejo tutelar.

Si bien en un primer momento la CDN fue presentada como una herramienta de ampliación de la ciudadanía justamente por la época que atravesaba el continente latinoamericano[14](caracterizada por el fortalecimiento del proceso democrático que tenía lugar en los diferentes países y la introducción de los derechos humanos para todos los habitantes), con el tiempo y debido en parte a las resistencia al cambio que reveló el tutelarismo clásico, la Convención se redujo a ser el sustituto estructural del complejo tutelar en el sentido de que fue utilizada para administrar el mismo segmento de la población infantil (aquélla considerada antes "peligrosa" o "en peligro" por usar la terminología de Jacques Donzelot[15]). De modo que sin imaginación para pensar lo nuevo en sí mismo sino limitado a ser la oposición total a lo que antes existía, lo "viejo" necesariamente condicionó lo "nuevo": si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía razonablemente ser parte de la solución.

Por ello en América Latina no se pensó la CDN como lo nuevo en todas sus potencialidades sino que se interpretó su sentido e impacto estrictamente a partir de lo que existía antes sobre una franja de la infancia. La consecuencia de tal enfoque estuvo condenada al fracaso desde el comienzo —aunque haya demorado años en advertirse— porque iba a perpetuar el fenómeno que suelo denominar el "autismo autoinducido" del derecho de menores, cuyo foco está en la marginalidad, en la carencia, en el niño o joven que comete el delito (o que según esas teorías podría cometerlo).

Así "lo nuevo" que pretendió construirse desde una posición radicalmente diferente a lo existente con anterioridad en todos los sentidos posibles, quedó condicionado a considerar que el principal problema de los derechos del niño era la ley que regulaba la cuestión (reduccionismo legal) y que dentro de las leyes el problema principal eran las leyes penales regulatorias del delito juvenil (reduccionismo penal).

Aún dentro del ámbito penal, este recorte se advierte también en la desaparición de las agendas públicas, por muchos años, de las víctimas menores de edad, actores importantes en el funcionamiento del sistema tutelar en su período dorado.

Obviamente pueden ensayarse muchas explicaciones sobre este proceso y esta dinámica; apenas he intentado ensayar una que creo arroja algunas pistas para comprender por qué la lectura latinoamericana de la CDN tuvo estas características y no otras, y por qué el tutelarismo clásico en otras regiones del mundo no fue decodificado del modo en que —con variaciones y matices— fue definido "oficialmente" en Latinoamérica.

5. Otro aspecto importante a considerar en el análisis de estos más de veinte años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su análisis corrobora la tesis de una traducción latinoamericana del tratado en análisis caracterizada por lo anteriormente expuesto.

Al respecto llama la atención que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos exista un artículo sobre la protección especial a la niñez —el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que fue escrito veinte años antes de la aprobación de la CDN[(16)]. Este dispositivo establece que los niños tienen derecho a una protección especial en el marco de un tratado que habilita acudir a un tribunal internacional por la violación de los derechos en él contenidos[(17)].

Es evidente que se trata de un artículo extremadamente importante que tiene más de cuarenta años de vigencia en el continente; sin embargo ¿qué sentencia dictó la Corte Interamericana exclusivamente sobre el art. 19 de la CADH o sobre la protección especial a la niñez (por ej. sobre explotación laboral de niños, sobre trata, abuso u otras formas diferentes de violencia que constituyen violaciones a este artículo)? ¿Por qué el sistema interamericano de protección de derechos humanos y en particular, el litigio ante ese sistema, se concentró casi exclusivamente en los casos de niños y niñas que tratan de aquello que los filósofos llaman las *libertades negativas*, los deberes del Estado de no interferir en la vida de las personas (donde se incluyen los temas penales) y no se focalizó en los derechos económicos, sociales y culturales de los niños que son muchos más y que presentan una mayor protección normativa en el mismo sistema? ¿Por qué el primer caso en el que la Corte Interamericana interpretó el art. 19 trató el tema desde la perspectiva de la delincuencia juvenil y no de los niños víctimas (por más que fuera un caso de adolescentes víctimas de crímenes atroces)?[(18)].

Por otro lado, existe un tratado complementario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales denominado "Protocolo de San Salvador"[(19)]que consagra estos derechos a la par que los de primera generación contenidos en la Convención Americana y, en particular respecto de niños, desarrolla la protección especial en mayor detalle en el art. 16[(20)]; sin embargo, durante los primeros veinte años las sentencias de la Corte Interamericana se refirieron, con una sola excepción[(21)], al tema penal juvenil[(22)].

Remarco que está fuera de discusión la importancia de esas sentencias que en cada caso implicaron un drama para los niños así como para sus comunidades y que eran necesarias por razones elementales de justicia. Lo que llama la atención es por qué no se han planteado, además, litigios y sentencias sobre todos los otros temas que también implican vulneraciones graves a los derechos humanos de niños y niñas en el continente. Este es otro ejemplo de lo que llamo el doble reduccionismo legal y penal que caracteriza la traducción latinoamericana de la CDN.

6. Mencionaré ahora el resultado de este enfoque.

Hoy existe un escenario bien diferente de aquel sobre el que impactó originalmente hace más de veinte años la CDN. Ello exige realizar el esfuerzo de recrear e inventar categorías sobre la base del presente y que puedan ser útiles para incidir a futuro. Para esa recreación debe tenerse en cuenta todo lo que cambió y sobre todo, en qué medida ese enfoque fue útil para transformar en concreto la vida de los niños y niñas de todo el continente en general y, en particular, aún en lo que se concentró la perspectiva, la vida concreta de los niños y adolescentes infractores de la ley penal[(23)].

Éste parece ser el punto crítico. Podría concedérsele algún éxito al enfoque que se construyó en su momento y que entonces parecía muy pertinente aunque fuera sólo en la cuestión relacionada con el adolescente infractor; pero a poco que se comienza a comparar con lo sucedido en otras partes del mundo se advierte que cuando ese enfoque (me refiero a la constitucionalización de la justicia juvenil y al reclamo por las garantías penales) comenzó a instalarse en la región a comienzos de los años '90, en Europa, en los Estados Unidos y en el resto de la América anglosajona, esa misma dinámica que había tenido lugar veinte años antes indicaba que no había sido un enfoque adecuado para impactar sobre la realidad en términos de menor violencia y mayor respeto de los derechos de la niñez[(24)].

La experiencia comparada demostraba a mediados de los años '90 que la relación entre derecho y cambio social sobre la que se depositaban las esperanzas instaladas en la Convención como herramienta transformadora de la difícil realidad que vivían gran parte de los niños del continente, no iba a generarse a partir de un enfoque limitado a las libertades negativas y metodológicamente reducido simplemente a cambiar leyes (sobre todo penales).

En América Latina se desconoció esa información o no se la tuvo en cuenta. Se insistió con una perspectiva que en definitiva se concentró en cuánto el Estado debe abstenerse de intervenir, pero que no focalizó en todos aquellos supuestos en los que el Estado tiene intensos deberes de prestación positiva para intervenir.

Éste sería el resumen: en los tratados de derechos humanos están presentes ambos enfoques. No sólo contienen artículos referidos a los supuestos en los que el Estado debe abstenerse de intervenir, interferir y dañar sino que, principalmente, los tratados de derechos humanos —y la CDN por excelencia—, se concentran en cuánto el Estado tiene que hacer para garantizar derechos fundamentales de niños y niñas. Eso es lo que técnicamente se conoce como *paternalismo justificado*[(25)]. Es claro que el tutelarismo clásico era un ejemplo de *paternalismo injustificado* pero todos concederíamos que para que los derechos de los niños estén efectivamente garantizados es necesario un Estado que cumpla con intensas prestaciones positivas hacia este grupo de edad. Éste es en definitiva el aspecto sustancial que se soslayó en este proceso y lo que explica sus actuales dificultades para transformar la realidad.

7. Para concluir es posible preguntarse: ¿Qué es lo que efectivamente se logró en la región en estas más de dos décadas de vigencia legal de la Convención sobre los Derechos del Niño?

A los fines de responder esta pregunta voy a utilizar la expresión de un abogado y académico chileno[(26)]. Cuando caracteriza el proceso chileno sostiene que con la reforma legal se logró criminalizar a los jóvenes con garantías. Creo que esa frase puede aplicarse al resto de los países ya que la reforma chilena (más allá de los matices de técnica legislativa) obedece a una matriz similar que todas las otras reformas anteriores

ocurridas en el resto de los países latinoamericanos. Ese logro puede ponerse entre signos de interrogación. Por eso cuando se trata de este tema me refiero a una "victoria pírrica" de los derechos humanos de la infancia latinoamericana.

Criminalizar con garantías para un penalista es casi una redundancia. No es posible criminalizar sin garantías.

Lo curioso de este proceso es el reclamo de la reducción de la edad penal (esto es, criminalizar a las personas desde más jóvenes) para que tengan garantías procesales y penales, cuando lo que exigen los tratados de derechos humanos y demás normas internacionales sobre el tema —en particular la CDN—, es que primero debe evitarse criminalizar a los niños mediante la prevención de los delitos. Por supuesto, una vez que ingresan al sistema penal (esto es, *criminalizados*), deben tener todas las garantías y derechos que tienen frente al sistema penal los adultos más garantías y derechos específicos. Ésta es una regla general de derecho. De modo que el razonamiento que parte de la base de que es preciso criminalizar a los jóvenes para que tengan garantías está invertido. Tiene un defecto lógico de base y no se deriva de las normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, tanto regionales como internacionales.

7.1. Por otro lado, en razón de este doble reduccionismo legal y penal que caracteriza la traducción en América Latina de la Convención sobre los Derechos del Niño, una foto de lo que era la situación de los adolescentes infractores antes de las reformas legales sobre justicia penal en general —y juvenil en particular— y una de la situación actual son idénticas. No hay cambios significativos entre una foto tomada hace veinte o treinta años y la que podríamos tomar ahora.

Sin embargo las leyes cambiaron sustancialmente. Prácticamente todos los países latinoamericanos cuentan con leyes técnicamente impecables y con mejores estándares de garantía que las leyes europeas. ¿Qué es lo que sucedió entonces? ¿Por qué leyes tan necesarias y tan adecuadas formalmente no impactaron en la realidad?

La población "usuaria" del sistema penal juvenil es la misma de hace diez o quince años. Un fenómeno curioso que se advierte en diversos países es que hay mucha mayor cantidad de adolescentes privados de libertad, por supuesto, "con garantías". De este modo los operadores del sistema de justicia juvenil que tienen formación como penalistas no encuentran ningún problema para trabajar en el nuevo sistema y con el nuevo marco legal. Respetan las garantías procesales y no tienen dificultades en ordenar la privación de libertad de los adolescentes. Aplican la ley. Eso es lo que se les exige y es lo que hacen. Ello explica, junto con la ausencia de dispositivos alternativos y otras razones, el aumento sensible del número de adolescentes detenidos.

¿Por qué la foto es la misma? En la interpretación que se somete aquí a la discusión no hay cambios en la foto (esto es, no hay cambios en la realidad) a pesar de que la ley cambió sustancialmente, precisamente por esta lectura reduccionista (legal y penal) a la que me referí anteriormente.

Cuando se transmitía la idea de que incorporar y aplicar la Convención significaba sólo cambiar la ley tutelar de menores, los diferentes actores en los diferentes países, una vez derogada tal legislación, quedaron con la idea de la tarea cumplida y sin energía política ni técnica para el día después. Aprobada la ley, ya se podía, en un sentido metafórico, descansar. Sin embargo, y de acuerdo con la CDN, una nueva ley debería

ser el punto de partida para empezar a trabajar, pero fue tan agotador ese proceso que da la impresión de que los Estados, los técnicos y la sociedad en general se quedaron sin fuerzas, sin agenda y sin teorías.

7.2. Hay otro fenómeno que debe mencionarse en esta evaluación del proceso de veinte años de impacto de un tratado en una región específica del mundo que se relaciona con la idea de presentar a la Convención en oposición radical con el dispositivo tutelar clásico.

Se planteó el cambio como una construcción desde cero. Ello implicó perder toda la experiencia acumulada en materia de protección a la niñez, parte de la cual podía no servir y debía desecharse, pero probablemente otra parte sin duda debería ser de utilidad, tal como sucede en todos los países del mundo en los que se entiende a la CDN como un paso más, de mayor intensidad, en el recorrido de la protección especial a la niñez en el derecho internacional de los derechos humanos.

No se pensó lo nuevo en sí sino por oposición al pasado.

Por ejemplo, en materia penal juvenil las nuevas leyes latinoamericanas preven salidas alternativas, mediación y otros recursos con el fin de utilizar al sistema penal como *ultima ratio* así como a la privación de libertad como última medida, de acuerdo con los estándares internacionales de protección de los derechos de los niños.

Los jueces aplican esas leyes pero al no generarse las condiciones para que haya programas, técnicos y toda la ingeniería institucional que en definitiva permita que se concreten esas leyes, el resultado es la misma foto que hace veinte años[(27)], una situación respecto de la cual el cambio de ley sólo tuvo impacto en los adultos operadores, pero no en los jóvenes ni en la sociedad.

8. En este sentido es fundamental recuperar una idea presente en todas las normas internacionales mencionadas. En este proceso debe retomarse la centralidad de la idea de prevención de los delitos de los jóvenes pensada como garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales. Hoy no existe prevención o bien, en algunos lugares, ocurre lo mismo que en los tiempos del positivismo tutelarista: allí, a pesar de todos los cambios legales sustanciales, sólo se tematiza la prevención como el retirar a los niños de la calle y encerrarlos para que no cometan delitos[(28)].

Un ejemplo de la ausencia de ruptura a la que me refería anteriormente es que la Convención sobre los Derechos del Niño no abandonó la idea de prevención; por lo contrario, la re-significó.

En este marco, si no se piensa la transformación con un fuerte énfasis en la prevención y en la especialidad en la construcción de lo nuevo —me refiero en esta parte específicamente a la cuestión penal—, ¿cómo es posible generar las condiciones para que niños y niñas puedan vivir vidas dignas de ser vividas —en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y no se involucren en delitos? Aún si se da el caso de que cometan delito[(29)], ¿cómo se logra que paradójicamente ese delito se convierta en una oportunidad para que en el futuro el joven o la joven no se meta en problemas? En este último sentido, prevención significa que una vez que se cometió el delito, puedan generarse las condiciones para que ese joven no repita su conducta conflictiva con la comunidad[(30)].

Nada de ello está construido. Se han aprobado muy buenas leyes, pero no hemos sido capaces de diseñar e implementar una respuesta con garantías centrada en la prevención y en clave de especialidad. Frente al delito juvenil, la ley y los operadores deben poder reconocer que se trata de una persona menor de edad con derecho a protección especial y a un trato diferente que el del adulto en términos de mayores derechos y garantías. En los nuevos sistemas latinoamericanos no se verifica este tratamiento diferencial. Si se analiza la justicia juvenil en todos los países, se advierte que operan formalmente con todas las garantías del sistema de adultos, pero sin reconocer dos garantías fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos que se han perdido de vista: la garantía de la especialidad y la garantía de la prevención. Todas las demás garantías se cumplen con los alcances y limitaciones de los diferentes sistemas penales latinoamericanos.

Esta pérdida de la especialidad que revela la tendencia latinoamericana es idéntica a la que tuvo lugar en los Estados Unidos en las décadas de los '60 y '70 y en gran parte de Europa, en España en particular como referencia de Hispanoamérica: el precio que pagaron los niños, niñas y adolescentes para ser respetados en sus garantías procesales fue perder la posibilidad de ser reconocidos como tales. A partir de la negociación por las garantías se los empezó a tratar como adultos y a transferirse los casos que los involucraban al sistema de justicia penal de adultos.

La historia muestra que en esa transacción los más perjudicados fueron los niños.

9. A fin de cambiar esta situación creo necesario que otras disciplinas ocupen el centro en las acciones vinculadas con la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales de la niñez en América Latina, además de la jurídica.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina a nuestras sociedades. El proceso relatado en estas páginas lo demuestra cabalmente. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen del proceso de cambio y de su implementación otros profesionales y otras disciplinas.

Por ello sugiero pensar la Convención sobre los Derechos del Niño a partir de lo sucedido con ella en diferentes regiones del mundo, con un enfoque interdisciplinario superador del reduccionismo legal y penal que caracterizaron su interpretación en América Latina en el último cuarto de siglo y, finalmente, no en espejo del pasado sino como un instrumento con una enorme potencialidad para construir en el presente.