

RECENSIÓN

Reflexiones a propósito de “EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL”, de Javier Llobet Rodríguez

Gloria González Agudelo
Profa. Titular de Derecho penal
Universidad de Cádiz

El cambio de perspectiva en la respuesta jurídica e institucional frente a las distintas problemáticas que afectan a niños y jóvenes iniciado a partir de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño (CDN), tiene en el principio del “Interés superior del menor” su principal valedor, pese a no ser un principio novedoso pues ya se había incorporado en la Declaración de Derechos del Niño de 1959 (párr. 2) y otros instrumentos jurídicos previos, con dudosos resultados. Las consecuencias de la nueva concepción han sido ambivalentes, puesto que a pesar de ser un principio indeterminado y flexible, generando serias dudas en su interpretación, al mismo tiempo ha permitido una progresiva profundización en el reconocimiento de los derechos del colectivo y -esto es lo más relevante-, ha permitido individualizar y modular ese interés en muchos casos concretos conforme a interpretaciones acorde con los mismos.

Una muestra efectiva de la vacilación de su evolución en la justicia penal de menores la sintetiza el estudio que el profesor Javier Llobet Rodríguez presenta sobre: “El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el que realiza un interesante recorrido por los orígenes del principio y su interpretación histórica, coincidente en muchos casos con la doctrina de la situación irregular vigente casi todo el siglo XX en el ámbito de la justicia penal juvenil y disecciona con maestría una jurisprudencia vacilante que incorpora avances notables en relación con las garantías de los derechos reconocidos por la CDN y otros instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales, a la vez que de forma ambivalente pareciera retrotraerse a épocas anteriores dando prioridad a elementos o concepciones anclados en la doctrina de la situación irregular, cuyos resultados negativos pueden rastrearse hasta nuestros días.

Gran parte de la incertidumbre que caracteriza el principio del interés superior del niño es la necesidad de compatibilizar ese interés, siempre indeterminado, con otros principios de actuación jurídica también relevantes y/o otros principios generales de interpretación de la propia Convención, especialmente, si esos otros principios afectan

de manera especial al niño en la situación concreta que se dirime, por ejemplo, el de protección o el de autonomía, y estrictamente en el ámbito penal, el principio preventivo-educativo, o el de proporcionalidad, máxime si consideramos que las situaciones comprometidas para los derechos del niño y los propios criterios que deben servir como guía en la toma de decisiones están en constante evolución, por ejemplo, aquellos que afectan a los derechos de la personalidad del niño o a los derechos sexuales y/o reproductivos, o debe decidirse en situaciones complejas donde operan otros derechos y principios como en el ámbito de la vida familiar, la inmigración, etc.

La labor de dilucidación que se ha venido realizando en el marco de los estudios sobre la infancia ha permitido desentrañar y entender los procesos de asignación de status y de derechos a este colectivo, especialmente por la incidencia de dos principios básicos de configuración social y jurídica sobre los que aún hoy se sustenta la representación paternalista de la infancia –con gran influjo en el sistema penal–: el desarrollismo o paradigma evolutivo y el de su vulnerabilidad intrínseca. Por otra parte, desde el punto de vista político y social, cada vez con mayor claridad, podemos situar también a los niños en el proceso común a través del cual determinados grupos sociales han sido negados a través de las diferentes dinámicas de consolidación del estado capitalista y sus instituciones, y en el caso de los niños, al mismo tiempo, han sido paralelamente invisibilizados en las arduas luchas emancipadoras de estos grupos: esclavos, mujeres, trabajadores, LGTB, comunidades indígenas, minorías étnicas, etc., pues, extrañamente, cuando se logran hitos relevantes, siguen sin alcanzar a los niños y jóvenes.

Estas observaciones pueden aplicarse en el ámbito del sistema penal, específicamente, el análisis del modelo de Justicia Penal Juvenil o de Menores y/o su reforma debe enmarcarse dentro de un estudio más amplio sobre la política criminal seguida por el legislador en esta materia, y en general, ubicarlo en las líneas actuales por donde transcurre la evolución del Derecho Penal, pues se privilegian otros intereses como la defensa social y en momentos de gran conflictividad como el presente, predomina la orientación preventivo-general, respondiendo a demandas de Ley y Orden, que tiene en los jóvenes infractores un chivo expiatorio adecuado para explicar y controlar la conflictividad social.

El sistema de Justicia Juvenil o de menores es un lugar en permanente conflicto pues en él colisionan principios no siempre compatibles entre sí. La consagración de una serie de corolarios como consecuencia del entendimiento actual del interés superior del niño conforme a la CDN, no ha impedido por ejemplo, la posibilidad del procesamiento y detención de menores sin una causa penal y los ejemplos no hay que buscarlos en aquellos países más alejados del sistema de garantías y protección de derechos

humanos, pues es posible encontrar supuestos muy graves en aquellos que se autodenominan adalides de los mismos. Así, asistimos diariamente en Europa y otros países “avanzados” a la iniquidad de la detención *sine die* de cientos de miles de niños en centros de detención para extranjeros, campos de refugiados, aeropuertos o fronteras, todo ello con el aval de la legislación de extranjería cuyos principios orientadores no tienen nada que ver con el interés superior del menor.

El interés superior del niño entendido ya sea como derecho, como cláusula jurídica o como garantía, debe ser interpretado en el marco del instrumento internacional que la contiene, es decir la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, esa interpretación debe ser consistente con el conjunto sistemático de protecciones que este instrumento consagra, junto al marco más general de protección que emanan de los Derechos Humanos y nunca puede darse una interpretación jurídica del interés superior del menor que implique una disminución a la vigencia de sus derechos. (Cillero, 2006, pp. 133-136; Observación general N° 14 (2013), par. 36).

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación N° 14 de 29 de mayo de 2013 sobre: *“El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”*, después de definirlo como dinámico, establece que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Específicamente señala que cuando se evalúa ese interés debe hacerse caso a caso e individualmente atendiendo todas las circunstancias pertinentes, por lo que los distintos elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto, especialmente entre los factores de protección y los factores de empoderamiento, lo que exige su ponderación, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño y atendiendo al propósito general de la evaluación en la determinación del interés superior del niño que es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño.

Es interesante resaltar la interpretación realizada por esa misma Observación cuando señala que al igual que en el caso de niños individualmente considerados, el interés superior debe servir como criterio orientador en todas aquellas decisiones que afecten a los niños como colectivo (par. 23). Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan. Ello atañe en particular a todas las medidas de aplicación. El interés superior de los niños debe ser analizado, entonces, desde una doble perspectiva como un derecho colectivo y como un derecho individual, y en ambos casos el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente, incluso cuando se valora como grupo.

Así pues, debe entenderse referido a priorizar todo aquello que resulte ser más beneficioso para el niño, nunca aquello que pueda perjudicarlo, bien como sujeto individual, bien como sujeto colectivo, considerando todas las circunstancias concurrentes, en aras de garantizar también para él su dignidad como persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad. Puede afirmarse que el interés superior del niño se constituye en un límite en la toma de decisiones, pues ninguna debe adoptarse a costa de los derechos del niño, si bien, aquí volvemos a topar con la indeterminación de muchos de los derechos y la imposibilidad de la universalización de la interpretación, lo que dificulta el empeño de concretar el concepto para dar cabida a una aplicación basada en derechos válida en términos generales, pues, necesariamente, debe ser individualizada.

Es llamativo que el sistema penal y, especialmente, la dogmática, haya desarrollado a lo largo del siglo XX una serie de teorías, instituciones y elementos que dan cuenta de los avances y retos de la sociedad posindustrializada y, sin embargo, haya sido incapaz de incorporar a los menores como personas con plenos derechos, manteniendo a lo largo de tiempo una clara discriminación con el argumento de la protección, que no sólo ha afectado a los menores como colectivo en relación con los adultos, sino que ha implicado, de hecho, una doble discriminación, pues ha actuado especialmente sobre los marginados y excluidos.

Como ha mostrado el profesor Llobet a través de un cuidadoso análisis jurisprudencial, especialmente sobre la sentencia de 14 de mayo de 2013 del caso Mendoza contra Argentina y sobre la Opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002: “Los temores de que el afán protector de los derechos de los niños, expresado el principio del interés superior del niño, en vez de ampliar los derechos ante la justicia penal juvenil, opere restringiendo derechos, como sucedía en la doctrina de la situación irregular”, tiene un reflejo en la jurisprudencia y esto no deja de entrañar un peligro en lo atinente a la justicia penal juvenil donde la doctrina de la situación irregular se agazapa como un reclamo permanente.

Desde esta perspectiva coincidimos con el profesor Llobet cuando señala que la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos sobre el principio de interés superior del niño en el marco del sistema de la justicia penal es cuando menos, ambigua, dando lugar a lagunas interpretativas que pueden ser completadas desde perspectivas tutelares aún vigentes, bien expresamente en algunas legislaciones latinoamericanas a pesar de la CDN, o bien, en visiones paternalistas de jueces y funcionarios alentados por un ideal exacerbado de protección en el que los

derechos del niño son obstáculos para el logro del bien mayor que sería su total salvaguardia, entendida según sus propios parámetros subjetivos de bienestar.

Por estas razones, el autor apela a la necesidad de una nueva interpretación conforme a la consideración del niño como sujeto de derechos entendiendo: “la consideración del interés superior del niño en el nuevo paradigma debería llevar a derechos adicionales que los otorgados a los adultos y no a restringir derechos que se conceden a estos”.