

EL PERFIL DEL JUEZ EN EL NUEVO DERECHO  
DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

1

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA 2

Material digitalizado con fines de docencia e investigación.  
Distribución sin fines de lucro.

### 1. Introducción

A partir de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>3</sup> se estableció un nuevo paradigma de actuación del sistema de justicia en los asuntos de la niñez y de la juventud, en el que quedaron comprendidos todos los operadores de este sistema, en razón de su contenido interdisciplinario –operadores judiciales, del Ministerio Público, de la seguridad pública, del servicio social, etcétera–.

La CDN tiene una historia de diez años de elaboración. Su origen se remonta al año 1979, año internacional del niño, en que surgió una propuesta originaria de Polonia para realizar una convención referida al tema. La Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas organizó un grupo de trabajo abierto para estudiar el asunto. En este grupo podían participar delegados de cualquier país miembro de las Naciones Unidas, además de los representantes obligatorios de los cuarenta y tres Estados integrantes de la CDH, los organismos internacionales como el UNICEF, y los grupos *ad hoc* de las organizaciones no gubernamentales (ONG). En 1989, en el trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en Nueva York, aprobó la CDN. Desde entonces, los derechos de los niños quedaron establecidos en un documento global, con fuerza coercitiva para los Estados signatarios, entre los que se cuentan la mayoría de

*1 Presentado bajo este mismo título, en el II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires llevado a cabo del 22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)*

*2 Juez de Derecho en el estado de Rio Grande do Sul (Brasil), profesor de la Escuela Superior de la Magistratura del estado de Rio Grande do Sul y de la Universidad de Derecho de Santo Angelo, Brasil. Disertante en el tema de Derechos del Niño, autor de Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.*

*3 Como lo destacó la Dra. Mary Beloff, en conferencia realizada en Salta –Argentina– en ocasión de la Primera Reunión del Foro de Legisladores Provinciales para los Derechos del Niño y del Adolescente, la CDN no constituye el primer instrumento internacional que proclama y afirma estos derechos. El status y el tratamiento de los mismos han sido considerados por largo tiempo entre los principales intereses por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Liga de las Naciones en 1924, y es el primer instrumento internacional importante en la materia. En 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales y globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia, o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos de los niños. (Sobre el tema, véase:*

Mary Beloff, "Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. Tendencias y perspectivas", Salta, marzo de 1998, mimeo).

los países de América Latina. Así, se inauguró una nueva era histórica en relación con el tratamiento de los asuntos de la infancia. Se estableció un "Nuevo Derecho".

Me referiré aquí al perfil del juez de este Derecho de la Niñez y la Juventud. Para ello tomaré como referencia los principios y mandamientos que incluye la CDN y el nuevo orden que impone su doctrina. En ella quedó definitivamente erradicada la figura del niño o adolescente entendido como *menor* y su condición de objeto del proceso, para ser inserto en una nueva categoría jurídica en la que resulta titular de derechos y obligaciones y es respetada su peculiar condición de ser una persona en desarrollo.

## 2. Una cierta manera de definir el perfil del juez de niños y adolescentes

La premisa del título es ineludible al momento de delinear el perfil del juez de la niñez y la juventud de cara al nuevo orden establecido y en el contexto del nuevo paradigma que fija la CDN para su actuación; con ella pretendo superar, preliminarmente, el esfuerzo que implica la búsqueda de explicitar el contenido de esta nueva postura. Nos ayudan a su mejor comprensión los dichos de Michel Miaille cuando enseña, en su *Introducción*

*al Estudio del Derecho*, que toda proposición de presentación, de exhibición, supone que se hace de "una cierta manera", y se remite entonces a la parábola de la visita al castillo. Miaille dice:

"Introducir es conducir desde un lugar para el otro, hacer penetrar en un nuevo lugar. Ahora bien, a diferencia de lo que fácilmente podría pensarse, esta dislocación desde un lugar hacia el otro, este movimiento, no puede ser neutral. Ninguna introducción puede imponerse tal cosa, por sí misma, y esto así, por la lógica de las cosas. Tomemos un ejemplo para convencernos de esta declaración.

"La visita a una casa desconocida, bajo la orientación de un guía, es siempre una experiencia

extraña. El guía los introduce en la casa, hace que la recorran; los guía, de hecho, para que descubran sus habitaciones, sus diferentes divisiones. Pero hay siempre puertas que permanecen cerradas, zonas que no se visitan, y muchas veces, un orden de la visita que no se corresponde con la lógica del edificio. Para abreviar, ustedes descubrieron

esta casa 'de una cierta manera': esa introducción fue condicionada por imperativos prácticos y no necesariamente por la ambición de conocer verdaderamente el edificio. Y, seguramente, es aceptable que si ustedes conocieran bien al guardia de la casa, hubiesen podido pasear sin restricciones por ella, abrir las puertas prohibidas y visitar las zonas cerradas al público. Quiere decir que entonces ustedes tendrían otro conocimiento de esa casa porque se hubieran introducido de una manera diferente. ¿Qué decir, entonces, si ustedes fueran uno de los habitantes de esa casa? Ellos la conocen 'desde adentro' –sabrían sus rincones familiares, sus escaleras ocultas, el desgaste que produjo el tiempo y la atmósfera íntima—. Si ocurrieran las tres hipótesis que acabamos

de imaginar, no habría para nosotros una casa, sino tres diferentes edificios; muy distinto uno del otro, debido al distinto conocimiento que tenemos de ellos”. 4

En esta línea de razonamiento, propongo la disertación sobre el perfil del juez en este nuevo derecho e ilustro con lo que el propio Miaille afirmó en su propuesta de hacer una introducción crítica al estudio del derecho:

“El derecho no tiene la consistencia material de una casa, no está delimitado en el espacio por paredes o puertas. Cuando tomo la iniciativa de introducirlos en el derecho, tomo la responsabilidad de abrir ciertas puertas, de conducir sus pasos en cierto sentido, de llamar su atención para este elemento y no para otro. Ahora, ¿quién podrá decir que las puertas que abrí eran buenas? ¿Si el sentido de la visita era instructivo para el visitante?”5

Así las cosas, la pretensión de trazar el perfil del juez en este nuevo orden, parte, evidentemente,

de una visión personal, de la experiencia particular que he tenido en el Brasil en la búsqueda de la efectivización en todos los niveles del Estatuto del Niño y del Adolescente 6 (ECA)7 que establece en el plano infraconstitucional la normativa nacional relativa a las cuestiones de la infancia y la juventud.

Pasados casi diez años de la promulgación de este texto, todavía se advierte en el Brasil la resistencia de diversos sectores a dejar a un lado los principios de la vetusta *doctrina de la situación irregular*, aún presente en la cultura nacional y, evidentemente, en sectores del propio Poder Judicial, espacio donde la resistencia a lo nuevo e innovador (sea en el Brasil o donde quiera que fuera), siempre se hace de una manera más obvia; a veces, de una manera expresa y otras, subliminalmente. Esta última, de hecho, más perversa, pues se dice estar cumpliendo con el nuevo orden, sin embargo, apenas existe una apariencia de estar cumpliéndolo mientras que lo que se aplica es la vieja doctrina travestida de nueva.

Luego, el perfil del juez se condice con una visión comprometida con la efectividad de la *doctrina de la protección integral*, con la efectividad de la normativa internacional y nacional, que recibió en su actuación en el Poder Judicial. En lo que respecta al compromiso,

no quiero dejar de referir aquí una figura del lenguaje utilizada por el educador Ernest Sarlet. Sarlet establece un paralelo entre lo que es comprometerse y lo que es participar, para ello usa la parábola del *omelette* con tocino. Dice Sarlet que en esta elaboración el pollo participa porque entra con el huevo; pero el cerdo se compromete. Por cierto, la propuesta que nos mueve no tiene que ver con una propuesta de muerte, como la del puerco, que se sacrifica, pero sí es una propuesta de vida, de entrega.

4 Michel Miaille, *Uma introdução crítica do Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979, p. 12.

5 *Ibidem*, p. 13.

6 *Ley Federal 8069 del 13 de julio de 1990*.

7 *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

De cualquier manera, lo que se busca cuando se pretende trazar el perfil del juez en este nuevo modelo, parte de una visión comprometida con este ideal.

Así, retomo nuevamente a Michel Miaille cuando nos dice que hay que comprender que cuando se habla acerca del perfil de este juez se hace desde cierto punto de vista, *una cierta manera* de verlo, en otros términos, comprometido con la efectivización completa de la *doctrina de la protección integral* en una sociedad todavía contaminada por el germen de la *doctrina de la situación irregular*.

### 3. De menor a ciudadano

En la definición del perfil de este juez hay que tener en mente el cambio paradigmático establecido por la CDN. Este cambio en trance requiere, para su efectivización, una alteración: supone un cambio conceptual. En el Brasil, esta modificación pasa conceptualmente

por la adopción en el texto legal de conceptos como *niño* y *adolescente* y el abandono de la antigua conceptualización de *menor*.

En el nuevo orden, no se admiten titulares de periódico del tipo “*Un menor asaltó a un niño*”, de manifiesto cuño discriminatorio, donde el *niño* era el hijo *bien nacido* y el *menor* era el infractor. Esta especie de expresiones, comunes todavía en el Brasil, aún están presentes en el lenguaje de los propios tribunales y constituyen el legítimo producto de una cultura excluyente –e inspirada en el sistema anterior– que distinguía entre los *niños* y *adolescentes* y los *menores*; trazando de tal forma, una división entre aquellos que se encontraban en *situación regular*, de los otros, que se encontraban en *situación irregular*.

Emilio García Méndez indica en su análisis de la vieja doctrina y en confrontación con el nuevo orden establecido en la CDN:

*“En el contexto socioeconómico de la llamada década perdida, resulta superfluo insistir con cifras para demostrar la existencia de dos tipos de infancia en América Latina. Una minoría con las necesidades básicas ampliamente satisfechas (los niños y adolescentes) y una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores)”.*<sup>8</sup>

En estas condiciones hay que tener en cuenta las conclusiones alcanzadas por el “Taller de Trabajo sobre la Justicia de la Niñez y Juventud”, en ocasión del “III Seminario Latinoamericano del Revés al Derecho –de la situación irregular a la protección integral de la Niñez y Adolescencia en América Latina”, llevado a cabo del 19 al 23 de octubre de 1992, en San Pablo, ya que estas conclusiones permanecen en toda vigencia:

*8 Emilio García Méndez, Legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular, en: Cuadernos de Derecho del Niño y del Adolescente, vol. 2, 1998.*

*“a) Los sistemas de justicia “tutelar”, por estar basados en la doctrina de la situación irregular, no atienden a las expectativas; en los pueblos de América Latina, en los que esta justicia permanece –es decir, en todos sus países– es considerada como una justicia de menor importancia.*

*b) En los países de América Latina, incluso en aquellos donde fueron incorporados los principios de la CDN, la legislación interna todavía guarda flagrantes conflictos con la misma. En esos mismos países se observa que los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos en sus constituciones, no son respetados en relación con los niños y adolescentes.*

*c) Se ha demostrado que el sistema de justicia de menores no ha sido diseñado para proteger ni promover los intereses del niño y del adolescente, sino como instrumentos de control social de la pobreza.*

*d) El sistema de la situación irregular ha estado provocando la judicialización de asuntos exclusivamente sociales, haciendo del juez un cómplice de la omisión de las políticas públicas más que un ejecutor de la justicia.*

*e) En los países de América Latina se observó que los problemas de los niños y adolescentes no han sido enfrentados por el sistema de justicia como sujetos de derecho, sino considerándolos como objetos de la intervención estatal”.*

Ese taller recomendó:

*“I) Que los principios de la CDN sean incorporados con urgencia a los sistemas de distribución de Justicia, y que en forma urgente los países signatarios incorporen reglas autoaplicables y no meramente programáticas, máxime, si ya están previstas en la constitución respectiva.*

*II) Que se estimule la movilización popular en busca de los cambios necesarios en los sistemas judicial y legislativo, para la incorporación de los principios de la CDN.*

*III) Que se dé prioridad absoluta a la adecuación del sistema judicial en los países que adoptaron la doctrina de la protección integral.*

*IV) Que sea incluido en los cursos de los profesionales del sistema de formación de justicia, el estudio de la CDN, como la parte integrante de la doctrina de los derechos humanos.*

*V) Que los profesionales de la actuación del sistema judicial sean orientados en una postura ética y de compromiso social”.*

Establecida así la premisa de que la CDN convirtió a los niños y adolescentes –hasta entonces entendidos como *objetos del proceso*– en *titulares de derechos y obligaciones* que les son propios –de acuerdo con su condición peculiar de ser personas en desarrollo– y que ello importa una repercusión inmediata en los ordenamientos jurídicos

internos de los países signatarios, se hace posible entonces, esbozar algunas consideraciones

sobre el perfil del juez en este nuevo contexto.

#### 4. Un nuevo derecho, ¿un nuevo juez?

Por lo menos hasta la llegada de la CDN, el llamado Derecho del Menor y, por consecuencia,

la Justicia de Menores, eran vistos por los operadores de derecho como una justicia menor. Recuerdo, por ejemplo, mi experiencia personal, cuando en 1991, después de las promociones sucesivas por el mérito en mi carrera, anuncié a mis amigos que había aceptado postularme como juez de infancia y juventud. Pude ver la sensación que les causó la noticia en sus caras; algunos hasta lo verbalizaron, consideraban que “enterraría” mi carrera en esa jurisdicción menor.

Realmente el imaginario que orienta a muchos operadores del derecho –aún vigente– es que el juez de la Justicia de la Niñez y la Juventud no está dentro de la “nobleza del mundo jurídico”, pues considera que trata cuestiones no jurídicas, no científicas, en la línea de aquella idea de que esta jurisdicción es una jurisdicción subalterna. Esta concepción errada se convirtió en el sello de la organización judicial latinoamericana –porque éste no es un mal exclusivamente brasileño, esto ha quedado dicho en el Taller de Trabajo ya citado–. Se demuestra con ella una ignorancia total de lo que es el Derecho de la Niñez y Juventud, y peor aún, la ignorancia dentro del propio sistema de justicia acerca de que este Derecho está orientado, nada menos, que por el Derecho Constitucional.

Así, ante la existencia de un nuevo derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez. El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema.

El juez de este nuevo derecho no actúa en una esfera parajudicial o meramente administrativa,

sino que lo hace en pleno ejercicio de la jurisdicción, cumple el papel de juzgador de conflictos, esté en la órbita civil o en la penal. Le son exigidos conocimientos sólidos para que pueda actuar en el área del derecho penal juvenil, que tiene incorporadas todas las garantías y prerrogativas propias del derecho penal y del proceso penal, aun cuando en ella no se apliquen penas sino sanciones cuya naturaleza son propias de este ordenamiento. Con esa misma intensidad debe respetar los derechos fundamentales atinentes a las garantías debidas a la convivencia familiar y comunitaria lo que supone, por ejemplo, un sólido conocimiento del derecho civil y procesal civil.

Asimismo, debe estar capacitado para pronunciarse sobre conflictos que versen sobre derechos colectivos o difusos, donde prevalecen los intereses del niño; conflictos éstos afines a un segmento especializado del derecho.

Por consiguiente, el perfil de este juez para la aplicación de este nuevo derecho –don-de el Poder Judicial es reubicado en su debido papel, impuesto por el sistema de tri-partición de poderes– supone un profesional altamente calificado. Destaco, en este punto, el progreso de las acciones civiles públicas en el Brasil, en la órbita de la competencia

de la Justicia de Infancia y Juventud, que incluyeron decisiones que determinaron al Poder Ejecutivo en la creación de programas de servicio para adolescentes infractores.  
9

Resta por decir que, a la par de esta formación profesional, este nuevo juez debe estar comprometido con la transformación social y apto para asegurar, en el ejercicio de esta jurisdicción, las garantías propias de la ciudadanía a cualquiera de sus justiciables, independientemente de su condición económica o social. Se extingue, así, la vieja figura del juez de menores como mero instrumento de control de la pobreza, con sus decisiones carentes de fundamentos y procedimientos regidos por la inobservancia de las garantías constitucionales y procesales.

En fin, intentar dibujar el perfil de este juez, nos hace hablar de un magistrado calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional. Este profesional no podrá, en ningún momento, dejar de indignarse con la injusticia ni dejar de emocionarse con el dolor de los justiciables, sin perder por ello su posición de juzgador. Aquellos que se endurecieron en su acción, que ya no se emocionan, no sirven más para lo que hacen.

Si existe un nuevo derecho debe existir un nuevo juez. De hecho, de no existir un nuevo juez capaz de operar este nuevo derecho, el nuevo derecho no existirá; pues es el juez quien debe dar eficacia a sus normas.

##### 5. Consideraciones finales

En su ensayo “Contra la pena de muerte”, Norberto Bobbio cita a John Stuart Mill:

*“Toda la historia del progreso humano fue una serie de transiciones a través de las cuales los hábitos y las instituciones, uno después de otro, dejaron de ser considerados necesarios para la existencia social y pasaron a conformar la categoría de injusticias universalmente condenadas”.* 10

9 A propósito destaco aquí la decisión unánime de la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul, en apelación interpuesta por el Estado, en la que mantuvo la decisión de primer instancia que condenó al Ejecutivo

para construir una unidad de atención a los infractores y mantener un programa especializado. Esta decisión tuvo gran

repercusión en el mundo jurídico, en la medida en que enfrentó dogmas como los principios de conveniencia y oportunidad

del administrador público, fue publicado en diversos periódicos jurídicos, incluso en lengua hispana. La traducción de Julio

Cortés se encuentra en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago, 1999, p. 177.

10 Norberto Bobbio, A era dos direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 177.

La doctrina de la situación irregular y el viejo juez de menores cumplieron, en determinado momento histórico, su papel de colocar al Derecho de Menores al servicio del Estado. Esta etapa ya fue concluida. En el nuevo derecho, la doctrina de la protección integral condujo a que el niño y el adolescente fueran considerados en su condición de sujetos de derecho y dio por concluida la vieja doctrina y el viejo derecho, que cumplieron ya su etapa.

En su actuación, este juez debe conducirse con la mejor hermenéutica, tan bien explicada por Lênio Luiz Streck <sup>11</sup> al hacer foco en la necesidad de una interpretación del Derecho a la luz de los principios constitucionales, que contamine las normas y las cubra con sus alas. Así, en la aplicación e interpretación de la ley este juez debe tener siempre en mente la lección de Carlos Maximiliano, <sup>12</sup> que enseñaba que la relación existente entre el juez y el legislador es la misma que existe entre el actor y el dramaturgo, *el juez es para el legislador, lo que el actor es para el dramaturgo*. De la calidad de la interpretación

del texto, de la carga creativa aportada en esta interpretación, del comportamiento jurídico del operador jurídico, se extraerá la calidad del trabajo, que en el caso de la ley es la Justicia.

En la afirmación de un nuevo derecho, para el cual se exige un nuevo juez, se constata que las “conquistas” del pasado serán plenamente superadas en la medida en que se afirmen los derechos de la ciudadanía y se extiendan esos derechos a todos los ciudadanos,

sobre todo a aquellos que se encuentran en particulares condiciones de desarrollo, como también, sea respetada esta condición sin serles negadas las garantías de la ciudadanía.

Y para operar en este nuevo derecho se espera un nuevo juez, no necesariamente un juez nuevo; pero sí un juez capaz de actuar e interactuar en la sociedad, en su condición de magistrado, investido y empapado de un nuevo orden de derechos, calificado y, sobre todo, comprometido con un ideal.

<sup>11</sup> Lênio Luiz Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

<sup>12</sup> Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forenses, 1994, p. 59. *El pasaje del texto referido,*

*reza: “Existe entre el legislador y el juez la misma relación que entre el dramaturgo y el actor. Debe éste atender a las*

*palabras de la pieza e inspirarse en su contenido; pero un verdadero artista no se limita a una reproducción pálida y servil:*

*da vida al papel, encarna de modo particular el personaje, imprime su trazo personal en la representación, aporta a las escenas*

*cierto colorido, variaciones de matiz casi imperceptibles; y de todo hace que resalte a los ojos de los espectadores*

*maravillados, bellezas inesperadas, imprevistas. Como éste, el magistrado no procede como un insensible y frío aplicador*

*mecánico de los dispositivos; sin embargo como el órgano de perfeccionamiento de éstos, intermediario entre la letra muerta*

*de los Códigos y la vida real, es capaz de plasmar, con la materia prima que es la ley, una obra de elegancia moral y útil*

*a la sociedad. No deben ser considerados autómatas, sino árbitros de la adaptación de los textos [...] mediador esclarecido entre el derecho individual y social”.*

## BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary, *Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. Tendencias y perspectivas*, Salta, marzo de 1998, mimeo.

Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Campus, 1992.

García Méndez, Emilio, “Legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación

irregular”, en: *Cuadernos de Derecho del Niño y del Adolescente*, vol. 2, 1998.

Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Río de Janeiro, Forenses, 1994.

Miaille, Michel, *Uma introdução crítica do Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979.

Streck, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

“Sentencia de la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul”, con traducción al español de Julio Cortés en: *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, UNICEF/Ministerio de Justicia de Chile, Santiago de Chile, 1999.