

ADOLESCENTES Y SISTEMA PENAL. PROPOSICIONES DESDE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL¹

1. Introducción

Es característico de los sistemas jurídicos modernos establecer un sistema diferenciado de atribución de consecuencias jurídicas a las infracciones a la ley penal según si las infracciones son cometidas por *menores* o por adultos. Ya desde la antigüedad se aprecia la existencia de disposiciones destinadas a excluir a los niños de ciertas penas o atenuar las mismas, situación que se mantiene en la Edad Media.²

Un análisis retrospectivo general, nos permite reconocer tres grandes sistemas que se suceden y entrelazan. La primera respuesta es un régimen penal mitigado de profundas raíces históricas que se consolida con los Códigos decimonónicos que incorporan el criterio del discernimiento;³ a este régimen lo sucede un sistema tutelar, entre cuyos fundamentos está responder a la antigua aspiración humanitaria de otorgar al *menor* un trato diferenciado al del adulto. Este sistema tiene cierta presencia en instituciones jurídicas del siglo XVIII, pero su máxima expresión se verifica en los sistemas tutelares de menores desarrollados a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX en toda América y parte de Europa. Durante el siglo XX se formula también un Derecho Penal Juvenil, cuyo mayor exponente se encuentra en la Ley Penal Juvenil de la ex Alemania Occidental y que pretende reunir la tradición derivada de la dogmática penal con las corrientes humanitarias y correccionalistas predominantes en los sistemas tutelares.

Este panorama general se mantiene invariable hasta la incorporación progresiva –en los sistemas jurídicos destinados a la infancia– del enfoque de los derechos humanos y, en particular, de la recepción de instrumentos específicos sobre los derechos de los niños, en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, que considera como niños a las personas menores de 18 años. Una clasificación, cada vez más común en la región,

¹ Miguel Cillero Bruñol es abogado, profesor universitario y consultor del Área de Derechos del Niño del UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay.

² Sobre el tema véase R. Cantarero, *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 85 y ss.; M. Barberos Santos, *Delincuencia juvenil*, Universidad de Compostela [s.l.], 1973; y J.R. Mendoza, *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1969, pp. 1-7.

³ Véase A. Bunster, "Sobre el régimen tutelar para menores infractores", en: *Escritos de Derecho Penal y Política Criminal*, México, 1994, p. 237; y R. Cantarero, *ibidem*, pp. 92 y ss.

habla de niños y adolescentes, y entre estos últimos, quedan comprendidas las personas mayores de 12 y menores de 18 años.

Es posible afirmar que el análisis histórico jurídico aporta suficientes evidencias de que el sistema de atribución de consecuencias jurídicas a la comisión de infracciones a la ley penal, cometidas por niños y adolescentes, se ve radicalmente modificado a partir del reconocimiento progresivo de sus derechos.⁴ En consecuencia, la argumentación que se desarrollará se basa en la observación de que el sistema de control social de las conductas penalmente punibles cometidas por niños y adolescentes se encuentra fuertemente influido –entre otras múltiples consideraciones– por la concepción jurídica dominante sobre la infancia y la correspondiente posición normativa que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño y al adolescente.

Así, los sistemas penales mitigados y los sistemas tutelares, más allá de sus diferencias, tienen como característica común el hecho de reconocer en el menor de edad a un sujeto incapaz, definido por lo que no es, es decir, por aquello que no tiene para ser considerado jurídicamente adulto.

En el ámbito penal, la teoría de la incapacidad se expresa en la consideración del niño como inimputable y en la elaboración de un complejo sistema de control y protección en que el niño es un sujeto pasivo de la intervención del Estado, dotado de infimas garantías frente a un sistema judicial que investiga y resuelve sin contrapeso. Con la consolidación del sistema tutelar se sobreponen dos tipos de respuestas que, pese a parecer contrapuestas, se convierten en complementarias: la respuesta punitiva y la tutelar.

En las legislaciones de menores, especialmente en América, al amparo del positivismo naturalista⁵ se fundamenta la aplicación de métodos propios del sistema punitivo (con fines de corrección y enmienda), que se administran en el marco de una jurisdicción centrada en la autoridad del juez y la aplicación discrecional del criterio de peligrosidad social. Además, se produce una notable confusión entre la función asistencial y jurisdiccional del Estado.

⁴ Véase E. García Méndez, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum-Pacis, 1994; P.H. Veerman, *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*, *The Netherlands*, Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, 1992, pp. 3-11; G. Therborn, "Los Derechos de los Niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de los países occidentales", en: L. Moreno (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993, pp. 77-143; M. Cillero, "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera editores, 1996, pp. 477-543.

⁵ Al hacer referencia al positivismo naturalista, se alude a la corriente de pensamiento que se estructura a partir del evolucionismo sociológico de corte organicista y a las explicaciones del fenómeno de la criminalidad de la denominada "antropología criminal". Tanto en Europa como en los Estados Unidos existe evidencia de la influencia de las teorías de autores como Herbert Spencer, Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Gardafalo y otros, en el surgimiento de la legislación especial de menores a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Véase para los Estados Unidos, A. Platt, *Los salvadores de los niños o "la invención de la delincuencia"*, México, Siglo Veintiuno, 1962, pp. 44 y ss. y para el caso italiano, G. De Leo, *La Justicia de Menores*, Barcelona, Teide, 1985.

La irrupción del enfoque de los derechos humanos de los niños y adolescentes significa que aquella concepción, basada en identificar la infancia y la adolescencia con la incapacidad, ceda su lugar a una concepción del niño y del adolescente como sujeto de derecho. En el ámbito penal esta transformación se expresa en el reconocimiento de una responsabilidad especial a partir de cierta edad (inicio de la adolescencia), en el reforzamiento de la posición jurídica del niño y del adolescente ante la jurisdicción y, en general, en la incorporación de un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y orientan una reacción ante el delito juvenil que promueva la integración social y la vigencia de los derechos del niño y adolescente.

Un rol fundamental en esta evolución le cabe a la CDN, que constituye un "cambio de paradigma fundamental [...] un salto cualitativo en la consideración social de la infancia".⁶ En toda América Latina luego de la ratificación de la CDN se produce un interesante y aún inacabado proceso de reforma legislativa, uno de sus componentes principales es el establecimiento de un nuevo sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.⁷ La clave del nuevo sistema es la incorporación de la idea de responsabilidad, de la que se colige la legitimidad del reproche jurídico de los actos constitutivos de infracciones a la ley penal aunque, simultáneamente, se reconozca la ausencia de exigibilidad de los efectos penales propios de los adultos.

El enfoque de los derechos del niño, aplicado al ámbito de las infracciones a la ley penal lleva a la proposición de un nuevo modelo jurídico, alternativo al "correcional" o "proteccional de menores", al que es posible denominar como "modelo jurídico de la responsabilidad", cuyo fundamento se encuentra en la *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia* emanada de la CDN e instrumentos afines.

2. Legislaciones de menores en el siglo XX. Surgimiento y crisis de los sistemas tutelares de menores

Prácticamente toda la literatura especializada sobre el tema reconoce como el momento que marca el inicio de las legislaciones tutelares o protectoras de menores, la creación del Tribunal de Menores de Chicago en 1899 aunque, como se dijo, antes de su funcionamiento existieron múltiples expresiones de un trato diferenciado de menores y adultos en la aplicación del sistema penal.⁸

⁶ Emilio García Méndez, *ob. cit.* p. 82.

⁷ Ejemplos de este movimiento de reforma legislativa, son entre otras –y con distinto éxito–, las nuevas leyes de Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia, El Salvador, Costa Rica, Venezuela, todas dictadas a partir de 1989 y bajo la inspiración de la CDN.

⁸ Véase al respecto, A. Platt, *ob. cit.*, pp. 120 y ss.; G. De Leo, *ob. cit.*, pp. 8 y ss.; E. García Méndez, *ob. cit.*, p. 44; E. Giménez-Salinas, "La Justicia de Menores en el siglo XX. Una gran incógnita", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, pp. 11 y ss.; Luigi Fadiga, "Cento anni di giustizia minorile: un centenario da ricordare", en: *Cittadini in Crescita*, anno 1, núm. 1, 2000, pp. 11 y ss.

El modelo desarrollado en Chicago obtiene rápida difusión y se crean prontamente, en América y Europa, sistemas de protección a la infancia que reúnen aspectos legislativos, judiciales y administrativos. El elemento distintivo de la conformación del nuevo sistema es la creación de Tribunales de Menores.⁹ Sin embargo, estos Tribunales de Menores no responden a los principios que estructuran modernamente a los Tribunales de Justicia –en especial en el ámbito criminal–; más que Tribunales destinados a atribuir consecuencias jurídicas a infracciones a la ley, ellos se estructuran para el control/protección de una determinada categoría residual de niños que es definida como problemática o irregular.

Con este razonamiento, se desarrolla un sistema de justificación del tratamiento jurídico del conjunto de las infracciones a la ley penal con otras derivadas del riesgo social o la amenaza o violación de los derechos de los niños. La legislación asimila jurídicamente al infractor de la ley penal con el niño víctima de la negligencia familiar o el descuido social. Esta característica se encuentra, con algunas variantes de no mayor relevancia, en todas las legislaciones de la época. A modo de ejemplo se citan las siguientes disposiciones:

El Estatuto de Illinois (1907) señalaba que:

"Es delincuente el menor que infringe cualquier reglamentación del Estado; o es incorregible; o conocidamente se asocia con ladrones; o sin justa causa, ni permiso de sus padres o guardadores, se aleja de su casa; o crece en la ociosidad o el crimen; o manifiestamente frecuenta una casa de mala reputación, o donde se venden bebidas tóxicas; o vaga de noche".

La Ley de Patronato Argentina (1919):

"A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fuesen, en las calles o lugares públicos o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud".

La Ley de Protección de Menores chilena (1928) es aplicable a los menores de 20 años que se encuentren en situaciones especiales como ser: a) menores inimputables inculcados de cometer un crimen, simple delito o falta (art.18); b) menores abandonados (art. 22); c) menores cuyos padres se encuentren en caso de inhabilidad física o moral (art. 22); d) menores en peligro material o moral –caso en que se entenderá que am-

⁹ Los Tribunales de Menores se crean en 1905, en Inglaterra; 1908, en Alemania; 1911, en Portugal; 1912, en Francia; 1922, en Japón; 1924, en España; 1921, en Argentina; 1923, en Brasil; 1928, en Chile. En 1928 sólo dos estados de los Estados Unidos no los habían creado. Para mayor información véase: E. García Méndez, *ob. cit.*, p. 45; y A. Platt, *ob. cit.* p. 154.

bos padres se encuentran inhabilitados– (art. 22). Respecto de todos estos niños el Tribunal dispone de un mismo catálogo de medidas que incluye desde la devolución a sus padres hasta la internación en un reformatorio (art. 21).

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores española de 1948, señala que:

Art. 9: "La competencia de los tribunales se extenderá a conocer: [...] b) De las infracciones de cometidas por menores de la misma edad (16 años); c) De los casos de los menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos siempre que a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora".

Art. 11: "Los indisciplinados menores de dieciséis años denunciados por sus padres, tutores o guardadores".

Respecto de todos ellos es posible la aplicación de medidas privativas de libertad.

Un reflejo de la tendencia dominante en el Derecho Tutelar de Menores es la afirmación de Cuello Calón de que:

"Tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso".¹⁰

En un mismo sentido se pronunciaba Jiménez de Asúa, al afirmar que:

"Debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso [...] como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles [al que] debe darse el más amplio arbitrio [...] para determinar la forma en que haga las investigaciones. [El Juez] no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor".¹¹

Este tipo de argumentos domina, por entonces, la discusión jurídica sobre el tema e incluso logra superar las dudas de constitucionalidad que se plantean ante la flexibilidad de los procedimientos¹² hasta que, en 1967, con la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Gault, se objeta, entre otras materias claves, la falta de garantías en el procedimiento y, en particular, la ausencia de defensa jurídica.¹³ Esta resolución marca un hito decisivo para el inicio del desarrollo de una nueva época consagrada a fortalecer la protección de los derechos de los jóvenes.

¹⁰C. Cuello Calón, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1917, p. 38.

¹¹L. Jiménez de Asúa, *Cuestiones de Derecho Penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1953, p. 85.

¹²En este sentido véase Platt, A., *ob. cit.*, p. 153, en su cita a los casos de la Corte de Pensilvania y de Illinois respaldando la constitucionalidad de la Ley.

¹³In *Re Gault*, 378, USA, 1967, citado en A. Platt, *ibidem*, pp. 173 y ss.

El Comité de Derechos Humanos, en 1979, reafirma esta nueva doctrina. Efectivamente, el Comité dispone que lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías, que deben ser reconocidos a las personas frente al sistema penal, no se mide por la circunstancia de que el derecho interno reconozca determinado procedimiento como sistema penal, ni que por medio del mismo se determine o no el carácter delictual de ciertas conductas. Lo que define la aplicabilidad imperiosa de los derechos y garantías son las consecuencias que la aplicación de ese sistema puedan implicar para el interesado¹⁴ y por ello, las garantías penales, sustantivas y procesales, deben respetarse en todo proceso en que pueda afectarse a la libertad personal o aplicarse al interesado alguna otra consecuencia de tipo punitivo. De este modo, no es posible excluir a la persona menor 18 años de las garantías procesales, bajo el fundamento de que a ellas no se aplican penas sino medidas de protección. Con lo dicho, se pone término al fraude o estafa de etiquetas en que caía la legislación de menores.

También se pronuncia en favor de las garantías el Tribunal Constitucional español que, en Sentencia 36/1991, declara inconstitucional el art. 15 de la Ley Tutelar de Menores, que sustrafía la aplicación de las garantías procesales de rango constitucional en los procesos seguidos a menores infractores.¹⁵

En América Latina, a las críticas constitucionales y doctrinarias, se suma la existencia de un conjunto de investigaciones sobre el sistema penal que abordan, desde una perspectiva multidisciplinaria, los sistemas de justicia en la región. Estas investigaciones revelan a la justicia de menores como uno de los sectores más deficitarios.

En 1985 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos emite un informe¹⁶ sobre los sistemas de justicia penal. En este informe se destacan, como características fundamentales de la legislación tutelar de menores, su dispersión y falta de coherencia así como la existencia de grandes diferencias entre los fines que se proclaman y los medios para realizarlos. Un ejemplo característico es que, pese a que desde hacía mucho tiempo se habían consagrado los Tribunales de Menores, no se encuentran, por entonces, lo suficientemente extendidos. Toda la argumentación que sustenta la flexibilidad de procedimientos en la supuesta especialidad del juez y de las medidas que aplica, tiene su revés más fuerte en la inexistencia de recursos para establecer tribunales y medidas especiales. Los estudios específicos sobre el sistema tutelar también revelan que, en la práctica, se trata de una justicia que no consigue, aún a fines de la década

¹⁴ Así resolvió el problema de la aplicación de las garantías procesales a los menores que, por ser "inimputables", no podían ser "personas acusadas de delito", el Comité de Derechos Humanos al interpretar el art. 14.2. del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, en *Salgar de Montejó con Colombia* (64/1979), párr. 10.4, citado en: E. O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, 1989, p. 327.

¹⁵ González Zorrilla, C. "Los menores entre protección y justicia. El debate sobre la responsabilidad", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, p. 133.

¹⁶ E. R. Zaffaroni (coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.l.), Depalma, 1986, pp. 239 y ss.

de los ochenta, el ideal de especialización judicial y ostenta una extremada carencia de medios en los sistemas de "tratamiento especializados para menores".¹⁷

El informe de 1985 critica que se trate de una legislación basada en el concepto de "irregularidad social" –término vago e impreciso que sirve para reunir un conjunto de situaciones disímiles– y aboga por la consagración de una legislación dirigida hacia la infancia en su conjunto. Esta crítica debe unirse a la numerosa evidencia existente en cuanto a que los sistemas tutelares de menores sólo se utilizan para controlar socialmente a los sectores de niños y jóvenes pertenecientes a los sectores más marginales de la sociedad. En los aspectos normativos, como principales defectos del sistema, aparecen la falta de garantías procesales y la indeterminación de los presupuestos y duración de las medidas de protección. En general, los estudios demuestran que en el sistema tutelar de menores se aplican nociones abandonadas en la teoría penal por considerárselas contrarias a los derechos humanos. En este orden se encuentran: la responsabilidad de autor, las medidas predelictuales, los criterios de peligrosidad y los procesos inquisitivos.¹⁸

En síntesis, se puede afirmar que en la década de los ochenta las críticas al sistema tutelar de menores evidencian una crisis de legitimidad jurídica, debida a la inconstitucionalidad de sus preceptos fundamentales; y una crisis de legitimidad social, en vista de los resultados deficitarios del sistema tutelar y a partir de la conciencia –cada vez más arraigada– que lo considera profundamente discriminatorio y autoritario, destinado al control de un sector de la infancia. Asimismo, surge en el amplio universo de las ciencias sociales y de la conducta, un movimiento de aguda crítica y denuncia a los sistemas de control y tratamiento de las distintas formas de "desviación".

La crítica que emprende este movimiento demuele los fundamentos del positivismo naturalista que sustentaba, hasta entonces, el ideal de tratamiento puesto en práctica por el movimiento de los Tribunales de Menores. Obras como "Estigma" e "Internados" de Goffman,¹⁹ representativas del interaccionismo simbólico, continuador de la *Escuela de Chicago*, producen un profundo impacto en la consideración de los beneficios del internamiento y la vigilancia como formas de control y tratamiento.

¹⁷ Al respecto véase: E. García Méndez, E. Carranza (compiladores), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, UNICRIM/LANUD (s.l.) De Palma, 1991. También véase: F. Pilotti e I. Rizzini, *Arte de gobernar crianças*, Rio de Janeiro, IIN, 1995. M. Cillero, "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile" en: F. Pilotti (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, IIN, 1994, pp. 75-138. H.D. Mc. Kay, *Report on the criminal careers of Male Delinquents in Chicago*. Task Force Report, *Juvenile Delinquency and Youth Crime (s.f. y s.l.)*, pp. 107-13, citado en A. Platt, *ob. cit.* p. 173. M. Cillero y P. Egenau, "Administración de justicia juvenil y daño psicosocial", en: *Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática*, Santiago, SENAME (s.f.), pp. 272-289.

¹⁸ En este sentido véase: M. Cillero "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: "Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos", Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera Editores, 1996, pp. 477-543; R. Schurmam, "El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite del control social"; y R. Maxera "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica". Ambos en AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRIM/LANUD, Galerna, 1992.

¹⁹ E. Goffman, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Nueva York, Doubleday, 1961; y *Stigma. Notes on the Management of spoiled identity*, Nueva York, Doubleday, 1964

En esta línea, Franco Basaglia²⁰ desarrolla en Italia una fuerte oposición teórica contra los manicomios y lleva estos conceptos a la práctica mediante el impulso de nuevas formas de intervención que rompen con los paradigmas tradicionales. En la base del pensamiento y práctica contrarios a la internación hay en Basaglia una honda crítica a la forma de construir el concepto de *marginado*, que parte del presupuesto de la existencia de "personalidades originariamente anormales" y delinea la tendencia que lleva a agruparlas bajo este concepto:

*"Entre nosotros [se entiende al] marginado como aquel que se encuentra fuera o en el límite de la norma, se mantiene en el seno de la ideología médica o judicial que consiguen abarcarlo, explicarlo y controlarlo".*²¹

Para estos autores existe una relación directa entre el control de la desviación y la construcción de dispositivos médico judiciales. Nadie mejor que Foucault pone de manifiesto esta relación entre la pericia médica y el juez y, probablemente, en ningún ámbito del derecho este análisis adquiera tanta realidad como en la práctica de los Tribunales de Menores. Foucault señala que gracias a la pericia:

*"[El juez] podrá darse el lujo, la elegancia, o la excusa, como lo prefieran, de imponer a un individuo una serie de medidas correctivas, de medidas readaptativas, de medidas de reinserción. El bajo oficio de castigar se convierte así en el hermoso oficio de curar".*²²

En este contexto legislativo, científico y social, la promulgación como Ley de la CDN, que en los países de América Latina se da en el marco de los procesos de recuperación y transición democráticas, son fenómenos que confluyen hacia fines de los años ochenta y comienzos de los años noventa. Por aquellos años se provoca un movimiento de reforma legislativa que puede caracterizarse como un vigoroso proceso de expansión de los derechos humanos que favorece a las personas menores de 18 años, quienes constituyen una importante porción de los habitantes del continente.

3. El debate actual: seguridad ciudadana, políticas públicas y reforma legislativa

En la realidad de América Latina es posible observar que el sistema de reacción ante la criminalidad o delincuencia juvenil es un asunto que despierta alto interés en los medios de comunicación, en los círculos científicos y jurídicos, en los estamentos políticos y judiciales, y en la opinión pública en general. Aquella crisis –ya descrita– de los sis-

²⁰ F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro, *La mayoría marginada. La ideología del control social*, Turín, G. Einaudi, 1971.

²¹ Basaglia y Basaglia, *ibídem*, p. 16.

²² M. Foucault, *Los anormales*, Buenos Aires, FCE, 2000, p. 35.

temas tutelares de menores, genera dos efectos negativos de signo diverso: por una parte, una sensación de inseguridad y de impunidad frente a la delincuencia juvenil y, por otra, un descrédito de los mecanismos de reacción estatal debido a la falta de racionalidad de las sanciones y a la inexistencia de garantías.

Estos efectos toman urgente el debate, la formulación de nuevas políticas al respecto y la reforma del sistema legal institucional. Lamentablemente esta discusión es muchas veces deformada y reducida a un debate marginal acerca de la seguridad ciudadana y a los mecanismos policiales o de corrección; parece ser que la alarma social –producida por delitos graves, desórdenes en las cárceles o centros especializados para menores– es el detonante de nuevas medidas y, lo más inconveniente, el impulso principal para nuevas propuestas legislativas.²³ Por ello, para enfocar adecuadamente este asunto es conveniente prescindir de esta imagen de "tema de impacto público", objeto de múltiples interpretaciones, deformaciones y mistificaciones y adentrarse en los fundamentos más profundos del fenómeno, aquellos que permiten justificar una preocupación jurídica y política del más alto nivel.²⁴

Los fundamentos de una política específica acerca de la criminalidad juvenil no pueden ser sino aquellos que justifican la convivencia social y el control del delito en una sociedad democrática, esto es, aquellos que remiten directamente a los elementos constitutivos del orden jurídico: el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos, la organización del poder estatal, los modos de solución de conflictos y los límites de la intervención del Estado. En este sentido, las políticas públicas destinadas a la prevención y control de la criminalidad juvenil son mecanismos complejos que integran componentes valorativos, políticos y jurídicos, que se influyen recíprocamente.

En el plano de las valoraciones, como muy bien señala Antonio Carlos Gomes Da Costa,²⁵ sólo una sociedad que aprende a respetar a los "peores" es capaz de respetar a todas las personas. Por eso, el grado de desarrollo ético de una sociedad puede medirse según cómo trata a los considerados "peores" entre sus miembros, a los que cometen hechos definidos como contrarios al sistema normativo. De ahí, que la forma en que el sistema jurídico de control social reacciona ante la criminalidad, y en particular ante la crimi-

²³ Véase: E. García Méndez, *ob. cit.*; G. De Leo, *La justicia de menores, Barcelona, Teide (s.f.), pp. 4 y 5. Igualmente la mayor parte de los estudios existentes sobre historia de las leyes de menores revelan como uno de los fundamentos para las reformas legislativas es la existencia de indicios de aumentos en la criminalidad juvenil. Véase: M. Cillero, *ob. cit.*; A. Platt, *ob. cit.*; y E. García Méndez y E. Carranza, *ob. cit.**

²⁴ Lechner plantea que el miedo a la violencia delictual puede ser, más allá de su dimensión real, el reflejo de los miedos interiores de una sociedad. Probablemente ninguna representación del imaginario colectivo es tan funcional a esta interpretación como la delincuencia juvenil, que resulta emblemática –por su irracionalidad e imprevisibilidad– de una sociedad que se tensiona por una violencia sin sentido, de la cual se ignoran sus causas reales y que brota, según las explicaciones dominantes, desde la sociedad, la ciudad y las familias con una fuerza que parece irresistible. Esta puede ser una explicación del impacto social de los hechos delictivos cometidos por los adolescentes y su fuerte repercusión pública, que en muchas ocasiones excede los marcos de proporcionalidad respecto de la preocupación por la criminalidad adulta, la corrupción, el comercio ilícito de drogas y otras expresiones de violencia que afectan a nuestra región. Para una mayor profundización sobre el tema: N. Lechner, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política, México, FCE, 1988.*

²⁵ Distinguido educador del Brasil, experto en políticas de infancia.

nalidad juvenil, es un reflejo del grado de respeto que la sociedad tiene por la dignidad personal de sus miembros y un indicador del grado de desarrollo de su sistema jurídico.

Una segunda valoración recae sobre la consideración del adolescente infractor. Durante mucho tiempo, en especial en el siglo XX, este asunto divide las opiniones de los especialistas. En un extremo, se ubican los que califican al adolescente como culpable y peligroso por lo que es lícito (y ven necesario) castigarlo y reprimirlo; en el otro extremo, la posición se estructura sobre la consideración del adolescente infractor como una víctima del abandono social y, por lo tanto, debe ser protegido y, eventualmente, corregido. El contenido de estas valoraciones define el carácter y el énfasis de los sistemas de reacción ante la criminalidad juvenil.

El componente político refiere a la relación concreta, jurídicamente determinada, entre el adolescente y el Estado que se replantea a partir de la CDN, pues regula en forma expresa los derechos de niños y adolescentes ante el sistema de reacción y control de las infracciones a la ley penal. Esta relación entre el adolescente y el Estado se vincula con las concepciones acerca del orden y con el respeto a las normas de convivencia socialmente aceptadas, a su vez, se relaciona también con los sistemas sancionatorios establecidos jurídicamente.

Sin embargo, la democratización de la sociedad lleva a que la cuestión de la conformación del orden pase desde la esfera exclusivamente político estatal a la social –al control de la sociedad desde sus raíces– y que este orden tenga representaciones normativas e institucionales, es decir, que se exprese a través de estructuras jurídicas.²⁶ En consecuencia, bajo el concepto de orden subyacen, conjunta e indisolublemente, aspectos sociales, políticos y jurídicos.

Siguiendo esta argumentación, el problema de la construcción del orden, y en particular de la respuesta a las transgresiones al orden social y a la violencia, puede articularse desde una concepción jurídico normativa que tiene dos fundamentos: el poder y los derechos de las personas. Los sistemas de reacción y control social de la delincuencia pueden clasificarse según el elemento predominante.

Un sistema que pone el énfasis en el concepto de soberanía, entendida como autorización a la autoridad para el uso de la fuerza, tenderá hacia formas autoritarias de con-

²⁶ Véase: D. Melossi, *El Estado del control social, México, Siglo Veintiuno, 1992, pp. 15-20. En este argumento Melossi se basa en Kelsen que establece como única definición posible de "Estado" la que se fundamenta en una conceptualización jurídico normativa de éste. Kelsen refutó la aspiración de los sociólogos de distinguir entre "Estado jurídico" y "Estado sociológico", argumentando que: "de modo especial puede decirse que las acciones humanas no son consideradas como 'Estado' más que en el caso que el criterio valorador sea el orden jurídico normativo estatal. Según esta teoría (sociológica) existe un 'Estado', desde el punto de vista 'sociológico'—es decir, como complejo de un específico obrar común—, en tanto que determinados hombres orientan su obrar en el sentido de representarse que existe el Estado como orden jurídico normativo, es decir, de admitir que hay un sistema de normas dotadas de validez ideal [...] En lugar de la contraposición corriente de Derecho y Estado, se ofrece aquí la distinción entre un 'Estado jurídico' y un 'Estado sociológico', concluyendo que 'nada puede justificar una terminología que designa con la misma palabra dos objetos supuestos totalmente como diferentes'". Sobre el tema, también véase: H. Kelsen, *Teoría general del Estado, México, Editora Nacional, 1979, pp. 24-25.**

trol reactivo que se centran en la idea del poder de la autoridad para inhibir o censurar las conductas de los sujetos; por el contrario, un sistema que se base en las ideas de ciudadanía, de los derechos de los individuos, tenderá hacia formas de control social activo, que buscan producir un comportamiento en lugar de prohibirlo.²⁷

El sistema tutelar de menores negaba o debilitaba el carácter de ciudadanos de los niños y los adolescentes, por lo que eran sometidos, en general, sin contrapeso ante un sistema autoritario centrado en reprimir sus actos ilícitos y promover, por la vía de tratamientos coactivos, la modificación de su conducta.²⁸

La historia política muestra que existe una tensión permanente entre "poder soberano" y "derechos de los individuos", entre violencia legitimada por el derecho y derecho a limitar la violencia.²⁹ Los niños, en la medida en que la CDN refuerza su posición jurídica de sujetos de derecho, pueden aspirar a transitar desde sistemas autoritarios que actúan ilimitadamente sobre su persona y derechos, hacia sistemas limitados por un conjunto de garantías que sirvan de control a la actuación del Estado.

En el contexto latinoamericano, algunos de los componentes fundamentales de una política específica destinada a los adolescentes infractores son: estimular la construcción del orden pacífico –en oposición al orden de la violencia que impone la criminalidad– y consolidar el orden democrático –en oposición al orden autoritario impuesto por legislaciones basadas en la idea del niño como un sujeto incapaz–. Se trata de una política jurídica basada, en primer lugar, en el reconocimiento del derecho de todas las personas a la protección jurídico estatal frente a actos de violencia y, como consecuencia de ello, en el reconocimiento del derecho de los niños a limitar y oponerse jurídicamente a la pretensión estatal de castigarlos o corregirlos. En síntesis, se trata de la creación de un sistema de garantías, tanto para los autores, como para las víctimas.

Sin embargo, el potencial transformador político jurídico de la CDN no se agota en el reconocimiento de un catálogo de derechos. Permite, además, enfrentar el problema de las infracciones a la ley penal desde la perspectiva de la participación del niño y del adolescente en la vida social y de su evolución progresiva como "ciudadano" con derechos y responsabilidad. En este ámbito, se considera que el logro del desarrollo y la in-

²⁷ Sobre el control social activo y reactivo, véase D. Melossi, *ibidem*, p. 17.

²⁸ En este plano se han aplicado preferentemente técnicas provenientes de la criminología positivista de imposibilitar al delincuente, amputándole las características que lo llevan a delinquir, o bien, las técnicas correccionales centradas en el ideal de rehabilitación. Al respecto véase: N. Morris, *El futuro de las prisiones*, México, Siglo Veintiuno, 1978; A. Platt, *ob. cit.*; R.E. Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993; y el clásico de M Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno, 1975.

²⁹ La relación entre violencia y reacción estatal, lo ponen de manifiesto diversos enfoques de justificación de la actividad punitiva del Estado. Hegel afirma que "la violencia se anula a través de la violencia; por tanto ella no está condicionada jurídicamente, sino necesariamente; es decir, como segunda violencia ella es la eliminación de una primera violencia", G. F. Hegel *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1987, parág. 93. E. Resta, por su parte, pone de relieve el carácter ambivalente de la violencia, asimilándola al "pharmakon" griego: la violencia como veneno y como antídoto, "la violencia del soberano [...] como el único remedio, el único antídoto eficaz contra la violencia". Sobre esta postura, véase: E. Resta, *La certeza y la esperanza. Ensayos sobre el derecho y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 1995, pp. 28-30.

tegración social del adolescente requiere la adquisición progresiva de un sentimiento de propiedad y responsabilidad por los propios actos, que debe favorecerse a través de un sistema de reacción formalizado frente a las infracciones a la ley penal.

Estas razones, contenidas en la CDN, constituyen la orientación clave de cualquier conceptualización sobre el tema, no sólo por su valor jurídico de garantía en el ámbito de los límites al poder punitivo, sino también, por su valiosa contribución para el desarrollo de una respuesta social que favorezca la integración del adolescente infractor y la convivencia social.

Así, frente al modelo de "Ley y Orden" que a veces se impulsa a cualquier costo (rebajas de la edad de la imputabilidad, ingreso de adolescentes a cárceles de adultos, desconsideración de factores sociales), la CDN insinúa la existencia de una solución diferente que pasa por una redefinición del tema de la "seguridad ciudadana" como un problema de reconstrucción de la convivencia en un orden que, si bien puede tornarse severo en algunos casos, se funda en el reconocimiento de la dignidad humana y de la resolución jurídica y legítima de los conflictos originados en la vida social; un orden social en que el niño y el adolescente son reconocidos, en todos los ámbitos, como sujetos de derechos y de responsabilidad.

Otro criterio de análisis importante es que el fenómeno de la delincuencia juvenil se debe abordar desde el ámbito jurídico de los derechos civiles y políticos y no desde el de los derechos sociales y de la justicia social. Éste es un rasgo central en el modelo de responsabilidad que deriva de la Convención y demás instrumentos de derechos humanos, pues marca la diferencia con la fundamentación jurídica usada normalmente para conceptualizar el problema de los llamados "menores infractores" en las leyes de menores de la región. La realidad de la región nos muestra que, bajo los fines asistenciales, concurren mecanismos de "protección" disímiles que van desde el apoyo social hasta la privación de libertad.³⁰

Esta confusión de planos provoca un doble ocultamiento, por un lado el discurso asistencial social niega el control jurídico penal y por otro lado el discurso jurídico protectorial niega los conflictos jurídicos reales, al asimilar, bajo el concepto de irregularidades, situaciones tan diversas como el abandono y la infracción a la ley penal.

Al develar el contenido –y el rol– económico social de las leyes de menores, es posible separar el ámbito judicial del ámbito de las políticas sociales y por eso se promueve la desjudicialización de la resolución de conflictos de exclusivo contenido económico social. Posibilita también la separación de competencias penales y protectoriales que, en el ámbito judicial y administrativo, tradicionalmente se encuentran confundidas.³¹

³⁰ Un caso extremo en ese sentido lo constituía Chile, que debió dictar en 1994 una ley específica que prohibiera el ingreso de personas menores de 18 años en cárceles de adultos por motivos de "protección", situación que se producía al amparo de la Ley de 1967, aun cuando el adolescente o niño no haya sido siquiera imputado de haber cometido un ilícito penal.

³¹ Para una mayor precisión, véase: J. Couso, "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y pro -

Por tal motivo es importante reformar las políticas y la legislación destinadas a las infracciones a la ley penal, y hacer esto desde la perspectiva de los derechos civiles entendidos en un contexto social también regido por derechos sociales. Al centrar el punto de vista en los derechos civiles, se hace necesario construir un sistema de garantías que regule los límites de la actuación del Estado: cuáles son sus presupuestos y la licitud o ilicitud de los mecanismos que utiliza.

En resumen, la política pública específica para la prevención y reacción ante la criminalidad juvenil pasa, necesariamente, por el restablecimiento del principio de legalidad³² y la construcción de un complejo sistema de garantías para la adjudicación de consecuencias jurídicas a los adolescentes que sean declarados responsables de cometer actos considerados en la ley como infracciones a la ley penal. Este sistema de garantías permitirá orientar y limitar las decisiones del Estado, y se constituye en un marco de referencia de gran utilidad para el resto de las políticas públicas. El marco asistencial aplicado a la criminalidad juvenil, en cambio, no permite tomar decisiones jurídicamente racionales.

No existe fundamento para "asistir" mejor, más o menos, al autor de un homicidio que al de un hurto; en la lógica asistencial, el hecho cometido –la violación de un bien jurídico protegido por el sistema penal– es indiferente, es un mero síntoma de la desviación del sujeto e, incluso, no es exigido como requisito para legitimar la intervención del Estado. Lo que interesa para la asistencia es determinar las necesidades para, según su carácter, proveer beneficios sociales.

4. El aporte de la Convención sobre los Derechos del Niño: el modelo jurídico de la responsabilidad de los adolescentes

El enfoque de los derechos del niño llevado al ámbito de las infracciones a la ley penal permite superar la crisis a la que había llegado la justicia tutelar de menores. Este enfoque vehiculiza la proposición de un nuevo modelo jurídico al que es posible denominar como "modelo jurídico de la responsabilidad", cuyo fundamento se encuentra en la *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia*. En América Latina se dio el nombre de *doctrina de la protección integral* al conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia. En general se reco-

gramas. *Entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos*, en: AAVV *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, Opción/UNICEF, 1998, pp. 71 y ss.

³² *La vigencia del principio de legalidad es clave porque en el sistema de control penal positivista a través de la pericia se legitima "en la forma de conocimiento científico, la extensión del poder de castigar a otra cosa que la infracción"*, M. Foucault, *Los anormales*, ob. cit., p. 37.

nocen cuatro instrumentos como los que configuran esta nueva doctrina que viene a reemplazar a las antiguas concepciones sobre la infancia. Ellos son:

1) La CDN, de 1989, que por la universalidad de su contenido y rango normativo es el instrumento de mayor jerarquía y ordenador del conjunto.

2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985.

3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad), aprobadas por resolución 45/113 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).

4) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de Riad) aprobadas por resolución 45/112 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).

El punto de partida del modelo de la responsabilidad basado en la CDN es la consideración del niño y del adolescente como sujeto de derecho al que se le reconoce una particular posición ante el sistema normativo. Esta posición surge de los instrumentos particulares de derechos humanos. En la estructuración de este modelo es esencial considerar que sólo es aplicable a los adolescentes, no a los niños, ya que ellos, de acuerdo con la propia CDN, deben ser excluidos de toda reacción a través del sistema penal (art. 40.3.a).

El modelo emanado de la Convención supera propuestas garantistas limitadas, como las del derecho penal juvenil tradicional o las de un derecho penal mínimo de menores, porque les agrega una concepción jurídica –reconocida normativamente– del sujeto a quien se aplica: el adolescente. No es posible construir un derecho penal mínimo para adolescentes, que reconozca todas las limitaciones y garantías, sin una correcta comprensión del *status* jurídico del adolescente ante el Estado.

Este aporte insustituible de la CDN es recogido por los códigos, estatutos o leyes integrales para la infancia y adolescencia dictadas en América Latina, que aportan un reconocimiento explícito de la situación jurídica del niño y del adolescente ante el Estado, la familia y la sociedad. Los componentes esenciales del *status* jurídico de los niños y adolescentes son: su posición frente a las normas que prohíben –bajo la amenaza de la pena– la realización de determinados ataques a bienes jurídicos y las consecuencias que se derivan de la realización de ese particular grupo de actos.

Sin embargo, estas definiciones no pueden desvincularse de la situación global de niños y adolescentes ante el derecho en una sociedad determinada; la cuestión de las reacciones ante la delincuencia juvenil no es un asunto que se pueda resolver, exclusivamente, desde la teoría del derecho penal y sus límites sino que debe abordarse en el marco de una perspectiva jurídica, social y política amplia. Esta perspectiva es la que constituye lo que modernamente se entiende por Estado Constitucional de Derecho. Si el sistema de

reacción ante la delincuencia juvenil se limita a señalar la inimputabilidad para efectos penales, y no considera la perspectiva jurídica del adolescente como sujeto de derecho dotado de una cierta autonomía en el ejercicio de sus derechos, se estructura una respuesta jurídica que se desentiende del acto ilícito y se centra en consideraciones psicologistas del sujeto, de su capacidad de querer o de entender, de su "peligrosidad".

La ausencia de una verdadera política jurídica y social, destinada a proteger y favorecer el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, produce una hipertrofia de los sistemas de control y reacción ante la delincuencia juvenil que excede los límites de su acción hacia ámbitos sociales y, en pos de una supuesta función educativa, pretenden convertirse en sistemas complejos orientados a lograr la socialización adecuada de niños y adolescentes definidos como desviados o necesitados.³³ De este modo no se sancionan hechos sino la subjetividad desviada de la persona,³⁴ el reproche implícito en la atribución de medidas a los inimputables, sea que se las llamen educativas o sanciones, se desplaza del acto al autor, de la desvalorización de un acto concreto del adolescente hacia el reproche de sus características personales.

Esta concepción deriva en sistemas de control que pueden ser más o menos humanitarios, según las circunstancias en que se apliquen, pero que, por lo general, privilegian la segregación del sujeto de su medio social cuyo reintegro sólo podrá (o debería) producirse una vez que el sistema haya logrado corregir o amputar las características inadecuadas o desviadas por las que se dispuso su ingreso.³⁵

Como se revisó, el sistema tutelar de menores contiene gran parte de estas ideas; también ellas se pueden encontrar en el sistema de derecho penal juvenil alemán. Este último, si bien se basa en las ideas de responsabilidad juvenil y protección de bienes jurídicos, justifica la intervención estatal por fines educativos. Así, se ve debilitado el régimen de garantías al no reconocer, en los derechos del joven, los límites a la intervención estatal sino que los desprende de los fines educativos del propio Estado: el Estado puede intervenir en cuanto estime que puede educar.

Este debilitamiento del régimen garantista se revela, por un lado, en la existencia de disposiciones sobre la imposición de las penas en las que se prescinde del hecho y se

³³ Ya V. Listz en 1892 dejaba de manifiesto el problema al señalar que "no se puede dudar de que la bondad del mejoramiento es independiente de la perpetración de una acción punible. ¿No es más que equivocado impartir únicamente el cuidado estatal a aquellos que han caído en delito?". Citado por P.A. Albrecht, *El derecho penal de menores*, ob. cit. p. 95.

³⁴ Ferrajoli desarrolla ampliamente lo que denomina una epistemología inquisitiva o genéricamente antigarantista que se "reflejan en una desvalorización del papel de la ley [...] que desembocan en una disolución del propio comportamiento criminoso como presupuesto de la pena hasta identificar más allá de aquél, al tipo de sujeto o de autor como delincuente desde un punto de vista ético, naturalista o social, y en todo caso, ontológico". L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 41 y ss.

³⁵ Ferrajoli describe tres vertientes doctrinarias de estas ideas: las doctrinas pedagógicas de la enmienda, las doctrinas terapéuticas de la defensa social y las del pragmatismo teleológico resocializador entre los que ubica a Von Listz. "Los resultados de estas tres tendencias doctrinales son singularmente convergentes. Los tres consideran el delito como patología, poco importa que sea moral, natural o social y las penas como terapia política a través de la curación o la amputación". Ferrajoli, *ibidem*, pp. 264-270.

enfoca en el autor, por lo que –según Maurach– la pena juvenil pasa de ser una pena de acto a una pena de autor; y por el otro, paradigmáticamente, su debilitamiento se revela en la consagración de penas indeterminadas, que se justifican por ser consideradas la expresión de la adaptación del sistema penal a metas preventivas especiales en el marco educativo.³⁶

En cambio, si el sistema de reacción ante las infracciones a la Ley Penal se encuentra en consonancia con una verdadera teoría de la "ciudadanía" de la infancia y la adolescencia expresada en el reconocimiento de derechos ante el Estado y del derecho a participar como un sujeto activo en las decisiones que lo afectan, se tendrá un sistema basado en la existencia de garantías específicas que orientan y limitan el control del Estado. Esto significa una creciente diferenciación del derecho de la infancia y adolescencia y un repliegue de la intervención coactiva penal del Estado que, en este contexto, sólo puede operar, como máximo, ante las mismas conductas que autorizan su intervención en el caso de los adultos, e idealmente, debería reducir aún más su intervención y limitarla sólo a hechos que, siendo posibles de punir en el sistema de adultos, tengan especial significación antijurídica para los adolescentes.

Por su parte, y esto es lo más innovador y difícil de lograr, el objetivo de la intervención pública será el desarrollo de la responsabilidad y el fortalecimiento del sujeto para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos y cumplir con las obligaciones emanadas de los derechos de las demás personas (art. 40 de la CDN), es decir, promover lo que Albrecht llama el "comportamiento legal", en lugar de la "socialización" o reeducación, que no son fines que, legítimamente, puedan obtenerse con recursos propios del derecho penal.³⁷

El modelo jurídico de la responsabilidad supone que, en un ámbito paralelo y diferenciado, el sistema jurídico desarrolle mecanismos que garanticen a los niños y adolescentes el ejercicio integral de sus derechos, es decir, su desarrollo integral a través de un conjunto de dispositivos que no tienen relación alguna con el sistema de adjudicación de responsabilidad por infracciones a la ley.

El segundo elemento central de la propuesta de la CDN se deriva del reconocimiento que los derechos subjetivos de niños y adolescentes importa un límite para el Estado,

³⁶ R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 603 y ss. En una visión más reciente y crítica de la legislación alemana Albrecht señala que la consagración legal de la pena de menores relativamente indeterminada (de 6 meses a 4 años) es un símbolo "del derecho penal educativo de autor" de la Ley alemana. Este tipo de pena, desconocido en el derecho penal general, lo introdujo el legislador nacionalsocialista, y tiene por presupuestos las "tendencias dañinas" del penado y la imposibilidad de determinar "qué tiempo es requerido para educar al menor". Sostiene también que la indeterminación de la pena es un mal adicional al de la pena, utilizado en los casos en que parece que los jóvenes no serán influenciados por el sistema. Concluye recomendando su extinción ya que es una norma cuestionable en un Estado de Derecho. Sobre el tema, véase: P.A. Albrecht, *El derecho penal de menores*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, pp. 351 y ss.

³⁷ P.A. Albrecht, "Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–", en J. Bustos (director), *Un derecho penal del menor*, ob. cit., p. 63. "El único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la dirección parcial del comportamiento en el sentido del comportamiento legal. Desde una perspectiva científico social esto último no es 'educación' (socialización) sino exclusivamente control social".

de modo que el sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal se construye a partir de la identificación del sistema de responsabilidad con un sistema de garantías. Se entiende por tales en este trabajo, según las define Ferrajoli, los vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos.³⁸ Los derechos subjetivos que hay que asegurar o proteger efectivamente son, además de los derechos humanos que al niño le corresponden por ser persona humana, los que se agregan por el hecho de ser niño.

Propongo el nombre de "modelo jurídico de la responsabilidad" por dos razones: la primera, y menos importante, para distinguirlo de cualquier rastro positivista de responsabilidad social y enfatizar el carácter jurídico de la intervención frente a los modelos asistenciales, terapéuticos o educativos; la segunda, y fundamental, porque la idea de una responsabilidad jurídicamente definida exige considerar integralmente la condición jurídica del niño, el conjunto de sus derechos y obligaciones y el de sus relaciones con el Estado, la familia y la sociedad.

5. Los fundamentos del modelo jurídico de la responsabilidad

5.1. El niño sujeto de derechos. Principio de la progresividad. Distinción entre niños y adolescentes

Mucho se ha proclamado que la CDN y las legislaciones que la implementan permiten que el niño deje de ser un objeto de protección y se constituya en sujeto de derechos. Al aplicar esta idea a los infractores de la ley penal hay que señalar no sólo que el niño es portador de derechos sino, además, que el ejercicio de esos derechos es progresivo según la evolución de sus facultades (art. 5 de la CDN). De modo que a la progresiva autonomía en el ejercicio de los derechos va unida una creciente responsabilidad por sus actos.

Si el niño es sujeto de derechos y los ejerce autónomamente de un modo progresivo según la evolución de sus facultades, también su responsabilidad es progresiva. Aquí se trata de valorar o juzgar los actos de los niños en relación con su realidad jurídica y no en comparación con la de los adultos, por lo que ya no es posible considerar, como lo hacen las *leyes de menores* –basadas en la idea de incapacidad–, que existe una inimputabilidad jurídicamente equivalente entre los 0 y los 18 años (o respecto de cualquier otra edad que se establezca).

Ante el derecho penal de adultos, tan inimputable es una persona de 3 años como la que se encuentra en el límite superior del rango de la inimputabilidad; en cambio, ante

³⁸ L. Ferrajoli, *ob. cit.*, p. 28.

el derecho de la infancia y la adolescencia, muy diferente es su situación jurídica tanto en sus derechos como en su responsabilidad. Para una mayor precisión conceptual, la CDN establece que debe ser garantizado por los Estados "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (art. 40.3.a). Este límite no se refiere al asunto de la imputabilidad penal de adultos sino al de la atribución de un hecho material a un niño. Esto es así porque, según se desprende del art. 40.1, se supone la distinción entre infringir la ley penal y ser responsable de su violación.³⁹

La interpretación conjunta de estas disposiciones permite aseverar que la idea de una franja de responsabilidad especial se encuentra contenida en los instrumentos internacionales sobre los derechos de la infancia, que recomiendan que, bajo cierta edad, se declare que existe incapacidad de realizar actos típicos (violación de la ley en un sentido objetivo o material) y que sobre esa edad, y hasta la edad de 18 años, se establezca un sistema de responsabilidad especial.

Para recoger esta distinción jurídica en América Latina se desarrolla, como se dijo, una tendencia legislativa de diferenciar entre niños, generalmente hasta los 12 o 14 años, y adolescentes, para los mayores de esas edades y menores de 18 años. El modelo jurídico de la responsabilidad se basa en esta distinción y por ello sólo es aplicable a los que la ley califica como adolescentes; se hace necesario, además, que se declare que son incapaces de infringir la ley penal a los niños (menores de 14 o 12 años) y se garantice que sólo se les podrá aplicar a los adolescentes las medidas derivadas de la declaración de su responsabilidad por la infracción a la ley penal.

5.2. El principio de la atribución de responsabilidad por actos determinados legalmente

El segundo fundamento del modelo es el reconocimiento de que el mismo se estructura sobre la técnica jurídica de asignar o atribuir determinadas consecuencias a ciertos hechos. Es decir, se está en presencia de un sistema formalizado (judicial) de atribución de responsabilidad por la participación en un hecho legalmente descrito. Esta responsabilidad se traduce en la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas contenidas en la ley, a las que comúnmente se las denomina medidas o sanciones.

La nueva tendencia legislativa, que se expande en América Latina desde la ratificación de la CDN, tiende a afirmar la responsabilidad del adolescente, intentando "reconciliar" su derecho a la protección con el carácter de titular en el ejercicio de sus derechos.⁴⁰

³⁹ Para la historia de la redacción de esta parte del art. 40 véase: Sh. Deetrick, *The United Nations Convention on The Rights On The Child, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 478-479.*

⁴⁰ Al respecto véase el interesante trabajo de J. Eekelaar, *The Interests of The Child and The Child's wishes: The role of Dynamic self-determinism*, en: *The Best Interests of The Child (s.l.) UNICEF/Oxford University Press, 1994, pp. 42-61.*

Se superan, de tal forma, los sistemas tutelares basados en las ideas de irresponsabilidad y educación. En el ámbito penal esto se expresa en el reconocimiento de un sistema de responsabilidad juvenil por actos que, de haber sido cometido por adultos, serían objeto de sanción penal.

El paso teórico más complejo es superar la identificación de niño o menor con "inimputable"; para ello se propone una distinción entre inimputabilidad y ausencia de responsabilidad, posición explorada por Bustos, Baratta y García Méndez, entre otros.⁴¹ Desde el punto de vista normativo, esta distinción ya se encontraba presente en los sistemas de derecho penal juvenil, en particular el alemán y, en mi opinión, no cabe duda de que es la asumida por la CDN (art. 40) y demás reglas dictadas por las Naciones Unidas antes citadas.

Esta distinción es consistente con la formulación del niño como un sujeto de derecho, que participa activamente en la vida social con derechos y obligaciones cuyo ejercicio adquiere progresivamente. Además, ella permite modificar la terminología y pasar, no como un mero ejercicio semántico, de la idea de menor inimputable (de 0 a 18 años) a la de adolescente responsable. El niño es inimputable penalmente e irresponsable, en cambio el adolescente no es imputable desde un punto de vista penal de adultos, pero sí es responsable de sus actos.⁴²

Para aclarar el debate propongo una aproximación desde una perspectiva general, desde la teoría del derecho, y no desde alguna de las disciplinas que tradicionalmente se han ocupado del asunto: derecho penal o derecho de menores.

Hans Kelsen destaca que la vinculación entre delito y sanción no se basa en una relación de causalidad sino de imputación, que consiste en que la sanción debe seguir al acto ilícito, esto es, al acto ilícito se le atribuye –por medio de la norma– una consecuencia jurídica: la sanción. La relación entre acto ilícito, imputación y responsabilidad es explicada por Kelsen de la siguiente forma:

"Hemos dado a esta relación (entre acto ilícito y sanción) el nombre de Zurechnung y proponemos en francés el de imputation, puesto que la sanción es imputada al

⁴¹ Sobre esta diferencia véase J. Bustos, "Imputabilidad y edad penal" en: Homenaje a Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 449-452, en donde distingue entre responsabilidad penal criminal y no criminal; A. Baratta, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia a propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brasil", en Capítulo Criminológico, vol. 23, núm. 1, enero-junio de 1995. También véase: E. García Méndez, Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales, Bogotá, 1997, pp. 209-227.

⁴² El problema de la definición de la naturaleza de la responsabilidad que se le atribuye al joven ha sido, y probablemente seguirá siendo, uno de los puntos más arduos en el debate del modelo. En todo caso, parece importante considerar la rotunda afirmación de Albrecht en el prólogo de la edición alemana al libro Derecho penal de menores (ob. cit.): "El derecho penal de menores es derecho penal. No es derecho social, no está programado para la 'ayuda' sino que sirve al 'control social'. En nuestra opinión las características propias de los medios que puede utilizar (en particular la privación de libertad) y los presupuestos normativos objetivos de su actuación (el injusto penal) sitúan a lo que denominamos modelo jurídico de la responsabilidad, dentro del ámbito del sistema penal del Estado, por lo que deben aplicarse todas las garantías que limitan el poder punitivo y, aún más, reforzarlas".

*acto ilícito. También decimos que un sujeto es zurechnungsfähig (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o unzurechnungsfähig (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta".*⁴³

Por ello, a decir de Kelsen:

"El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado, hacer penitencia o ser penado [...] Esa imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o el crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado".

De este modo se concluye que, para poder vincular el acto, la sanción y el autor, es necesario considerar al sujeto en relación con su acto tanto como con el acto delictivo en sí mismo. La pena no es una reacción al delito, es una consecuencia del delito imputado válidamente al sujeto responsable de él.

En consecuencia, la condición de imputable de un individuo es una condición determinada jurídicamente por un acto, generalmente legislativo o, en ocasiones, judicial, como ocurre en aquellos sistemas en que se prevé que el juez resuelva qué sistema se aplica en cada caso concreto según los rangos de edad.⁴⁴ En este sentido, es posible afirmar que la imputabilidad cumple la función de barrera o frontera político criminal entre dos sistemas de reacción: el penal de adultos y el de reacción ante infracciones cometidas por adolescentes. Se supera así la visión más tradicional de inimputabilidad del *menor* entendida como la incapacidad de conocer la ilicitud del acto y de actuar conforme a ese conocimiento. Este modo de entender la inimputabilidad como incapacidad supone desconocer al adolescente como una persona a la que el ordenamiento jurídico le reconoce derechos y responsabilidad.

Esta necesidad en reconocer a los jóvenes derechos y responsabilidad se deriva de la evolución de la noción culpabilidad en la teoría del delito. Desde la adopción de una teoría normativa de la culpabilidad, la declaración de culpabilidad no se funda en la relación anímica del acto al autor (como sostenían las teorías psicológicas de la culpabilidad) ni en la subjetividad desviada del sujeto (negación de la culpabilidad sostenida por el positivismo). Finalmente, se funda en un criterio "normativo" de culpabilidad que, en definitiva, refiere a la posición jurídicamente reconocida del sujeto frente los sistemas normativos y de consecuencias jurídicas.⁴⁵

⁴³ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, p.19.

⁴⁴ El ejemplo característico de estos sistemas es el de responsabilidad basada en el discernimiento, aún vigente en Chile. También el sistema argentino permite la aplicación alternativa (sucesiva) de penas o medidas a los mayores de 16 años, aun que no recurre al criterio del discernimiento para justificarlas.

⁴⁵ Véase al respecto una breve síntesis de este debate en: E. R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 511-515.

Esta conclusión concuerda con las observaciones hechas anteriormente sobre la necesidad de considerar integralmente la situación jurídica de un adolescente al momento de declararlo responsable de una infracción a la ley penal. En el mismo sentido, Juan Bustos propone definir la idea de culpabilidad como responsabilidad a través de la construcción de un concepto crítico de culpabilidad que denomina del "sujeto responsable":

*"Al plantear que culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto y, por tanto, se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto en relación a su personalidad, carácter o forma de vida)".*⁴⁶

Para culminar el análisis de la imputabilidad conviene revisar un criterio proveniente de la teoría del delito y del estudio de las leyes penales de América Latina. La noción "imputabilidad", entendida como capacidad penal o conjunto de condiciones biopsíquicas de la persona menor de edad, no tiene fundamentos normativos claros en los códigos penales de la región que, normalmente, se limitan a señalar "quienes no son punibles o están exentos de responsabilidad", sin diferenciar categorías como las causales de justificación o de exculpación. Así, hay autores que señalan que la edad, en las concretas formulaciones legales, sería una "causa personal de exclusión de responsabilidad".⁴⁷

Esta diversidad de argumentos permite afirmar el carácter de "barrera" o "frontera" de la edad penal. Esta "barrera" puede fundarse en un criterio de madurez (inimputabilidad en sentido clásico) y ser, entonces, una causal personal de exclusión; o puede fundarse también en algún criterio político criminal. Tampoco hay que olvidar que la finalidad de la estructuración de la teoría del delito es entregar elementos para limitar el poder punitivo del Estado y garantizar los derechos subjetivos de los individuos y no para crear categorías segregadas de sujetos, basadas en la posibilidad o imposibilidad de dirigirles una sanción. Por esta razón el concepto de edad penal no tiene por finalidad negar al adolescente el carácter de persona autónoma con derechos y responsabilidad sino impedir que una determinada sanción –la penal de adultos– pueda ser dirigida contra él.

Esta argumentación teórica encuentra su fundamento normativo más claro y rotundo en la mencionada fórmula utilizada por la CDN para referirse a las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, en el encabezado del art. 40, alude a "todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes" y precisar en el –también citado– art. 40.3.a, que

⁴⁶ J. Bustos, *Manual de Derecho Penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984.

⁴⁷ E. R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 109.

es necesario establecer una edad bajo la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

En estas aproximaciones al concepto de responsabilidad es posible encontrar las claves esenciales del "modelo":

a) el concepto de responsabilidad es un mecanismo que permite limitar el poder sancionatorio del Estado, es decir, cumple una función de garantía;

b) la responsabilidad permite vincular jurídicamente el acto a su autor y a este último con la consecuencia jurídica atribuida; y

c) el "sujeto responsable" debe ser considerado en su concreta situación jurídica y social. El adolescente responsable no es una abstracción teórica sino que un sujeto jurídico que se constituye a partir del reconocimiento efectivo de que sus relaciones sociales se estructuran a partir de la atribución de derechos y obligaciones.⁴⁸

Como garantía, la noción de responsabilidad exigirá la plena aplicación de los requisitos estructurados por el derecho penal general en la atribución de responsabilidad: realización probada de la conducta tipificada en la ley penal; ausencia de una causal de justificación que borre la antijuricidad del hecho; ausencia de alguna causal de exclusión de culpabilidad distinta a la menor edad y exigibilidad de otra conducta.

Igualmente, la idea de responsabilidad garantiza que la sanción tenga vinculación, e incluso su máximo se determine proporcionalmente, con el hecho probado.

Finalmente, la concreta situación del infractor permite asegurar que la responsabilidad del sujeto es correspondiente con la evolución efectiva de sus facultades jurídicas y la situación social en que se realizó el hecho.

En síntesis, la noción de responsabilidad tiene como función primordial permitir la incorporación, de un modo particularmente extenso e intenso, de las garantías que el sistema jurídico ha elaborado para restringir el poder del Estado.

5.3. Principio de reconocimiento de un conflicto jurídico penal.

Principio de legalidad

En el sistema tutelar de menores son funcionalmente intercambiables las categorías de "menor abandonado" con la "de menor infractor", ya que ambos pueden ser objeto de las mismas consecuencias jurídicas. El fundamento de esta equiparación es la concepción del delito como patología y de la pena como tratamiento. El sistema de responsabilidad, en cambio, se basa en la estricta tipificación de las infracciones a la ley penal

⁴⁸ Esta idea del sujeto responsable deriva del reconocimiento de que la noción de culpabilidad no es una cualidad o atributo esencial sino que, como concluye Hassemer, "el objeto del reproche de culpabilidad deja de ser un dato evidente y mensurable para convertirse en una construcción". Al respecto, véase: W. Hassemer, Fundamentos de derecho penal, Bosch, 1984, p. 288.

como hipótesis exclusiva de aplicación de las consecuencias jurídicas (medidas) de la declaración de responsabilidad.

Tan importante como el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y el reconocimiento del principio de responsabilidad es considerar que los hechos que motivan la intervención del Estado son constitutivos de un conflicto regulado por la ley penal. En estos conflictos están en juego bienes jurídicos protegidos a través de la amenaza de la pena y acciones específicas atentatorias o dañinas de estos bienes, que se encuentran expresamente tipificadas en la ley penal. Señalar, entonces, como lo pretendieron los defensores del sistema tutelar de menores, que los "menores salieron del derecho penal",⁴⁹ es un eufemismo insostenible. Lo que realmente ocurre es que estos conflictos se encuentran definidos –o identificados– en la ley penal, mientras que sus consecuencias y condiciones en que ellas se aplican, se encuentran en otros instrumentos legales como el derecho penal juvenil o las leyes de menores. Entonces, se trata de conflictos jurídicos regulados a través de un conjunto de normas heterogéneas provenientes de distintos ámbitos del ordenamiento legal.

El reconocimiento de la existencia de un grave conflicto de derechos exige que el Estado actúe ya que, como indica Hassemer:

*"La administración de justicia se justifica por la formalización de la elaboración del conflicto, es decir, por su capacidad para desarrollar y elaborar graves conflictos interpersonales con una tranquilidad relativa, con distanciamiento y garantizando los derechos de los protagonistas".*⁵⁰

Al establecer que el Estado debe intervenir para dar solución al conflicto de intereses, ese conflicto debe ser considerado por el Estado en su globalidad, tanto desde el punto de vista del adolescente como de los intereses sociales y particulares involucrados. La respuesta jurídica ante la delincuencia juvenil no puede ser parcial o unilateral sino que debe integrar, dentro de lo posible, los distintos componentes del conflicto. Por esta razón la respuesta debe ser jurisdiccional, ya que el juez, a través de un debido proceso, puede efectivamente dar protección a este conjunto de intereses contrapuestos, jerarquizándolos y declarando la primacía de unos sobre otros, sin perder de vista los especiales derechos del niño y su responsabilidad.

Esta consideración del conflicto permite separar dos ámbitos tradicionalmente confundidos en las leyes de infancia: el de la tutela de los derechos de los niños amenaza-

⁴⁹ Frase muy recurrida y que fue asumida como slogan por el correccionalista español Dorado Montero: "el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y jóvenes delincuentes, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere de pedagogía, de la psiquiatría y del arte del buen gobierno". Véase: Dorado Montero, *Los peñitos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, p. 211. Actualmente, este slogan fue retrucado al señalarse que los menores salieron sólo de las garantías del derecho penal, por lo que el sistema tutelar de menores constituiría un sistema penal reforzado. Sobre esta posición, véase: Andrés Ibáñez, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", en: F. Jiménez Burillo y M. Clemente (compiladores), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Afanza Universidad, 1986, pp. 209-228.

⁵⁰ W. Hassemer, *ob. cit.*, p. 300.

dos o vulnerados en sus derechos y el de la reacción ante las infracciones a la ley penal. La justicia y la asistencia social deben ser definitivamente separadas en atención a la naturaleza de los hechos que originan la intervención del Estado en cada uno de sus ámbitos.

Sólo una exacta y precisa construcción del conflicto jurídico que debe resolver el Tribunal permite limitar las posibles consecuencias jurídicas que serán atribuidas al adolescente. En particular, la consideración de la privación de su libertad como último recurso, será efectiva en la medida que la ley sólo autorice su utilización ante los más graves conflictos jurídico penales: aquellos que pongan en peligro concreto o dañen la vida o integridad física de las personas.

El nexa entre conducta punible y principio de legalidad es puesto de manifiesto por Ferrajoli:

*"La desviación punible [...] no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la fórmula clásica nulla poena et nullum crimen sine lege".*⁵¹

La aplicación del principio de legalidad, en el ámbito de la delincuencia juvenil, limita absolutamente la posibilidad de aplicar sanciones en casos que no se encuentren previamente tipificados y sancionados en forma estricta y precisa por la ley, con anterioridad a la ocurrencia del hecho concreto que se trata de sancionar. Este mandato se extiende tanto a los jueces (principio de mera legalidad o de reserva legal) como al legislador, a quien prescribe taxatividad y precisión empírica de las formulaciones legales (principio de estricta legalidad).⁵² En virtud de este principio son ilegítimas las descripciones legales como *irregularidad, conductas desviadas* y otras que contienen las leyes de menores.

El principio de legalidad pretende establecer un grado mínimo de certeza jurídica, impidiendo que la consideración del disvalor –y, por lo tanto, de la posibilidad de sanción– quede entregada a la discrecionalidad de la autoridad. La CDN reconoce de modo expreso el principio en su art. 40.2.a):

"Los Estados Partes garantizarán, en particular, a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron".

En el art. 37.b, se aplica el principio, y se limita con él el uso de los recursos punitivos:

⁵¹Ferrajoli, L., *ob. cit.*, p. 34.

⁵²Ferrajoli, L., *ob. cit.*, p. 35.

"Se garantiza [...] que ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo en conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 9, también dispone que nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no eran consideradas delictivas según el derecho aplicable, disposición semejante a la que se encuentra en el art. 15.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, los instrumentos específicos reconocen y recomiendan una "tipificación delegada", es decir, la aplicación de los tipos penales de adultos para definir las infracciones del sistema juvenil. La correcta aplicación de esta técnica requiere consagrar la prohibición de establecer conductas que sólo son objeto de sanción cuando son cometidas por menores de edad (conocidos como delitos en razón de la condición de su autor).

Por el contrario, cada vez existe una posición más clara de la doctrina para reducir el catálogo ilícitos para los jóvenes y descriminalizar, respecto de ellos, conductas definidas como punibles para los adultos. En consecuencia, el catálogo de hechos punibles de los jóvenes nunca podrá ser más amplio que el de los adultos, pero sí se recomienda que sea más restringido. Las razones para postular esta descriminalización primaria para adolescentes se derivan de su particular situación jurídica frente al Estado y sus normas.

La existencia de derechos humanos específicos de los niños y adolescentes constituye una protección normativa especial para ellos. La amplitud de este programa normativo de protección a la infancia, del que la CDN es el instrumento fundamental, tiene por finalidad proteger su desarrollo integral a través del disfrute de los derechos, los cuales son estrictamente interdependientes, y exige su satisfacción conjunta para la consecución efectiva del desarrollo de los más jóvenes. Esta interdependencia exige una protección integral de los derechos del niño.⁵³ A su vez, obliga a evaluar cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de los derechos protegidos, como también impone al Estado la promoción y protección del desarrollo del niño y el adolescente.

De este modo la infancia y adolescencia, como etapas vitales, se encuentran protegidas especialmente por el derecho que exige una tolerancia mayor ante las transgresiones de los adolescentes, especialmente, en atención a que ellos tienen una competencia de acción social delictiva disminuida; que los delitos que realizan, en gran medida, son simples y poco meditados y que, por regla general, si se trata de conductas com-

⁵³ A esto alude la afirmación, común en América Latina, de que son legislaciones basadas en la "Doctrina de la Protección Integral". Al respecto véase: E. García Méndez, Derecho de la infancia adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral, *ob. cit.* A nivel normativo, se puede revisar el "Estatuto da Criança e do Adolescente" del Brasil, aprobado por Ley Federal el 13 de julio de 1990.

plejas, cuentan con escasas posibilidades de conducir los cursos causales propios de la acción delictiva.⁵⁴

5.4. Aplicación del principio de oportunidad

El cuarto elemento fundamental del modelo es que la "persecución" o la "pretensión" del Estado, en materia de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, se rige por el principio de oportunidad y no por el de legalidad. Según el principio de legalidad, las autoridades estatales tienen el deber absoluto de perseguir y castigar a los culpables por lo que se excluye toda discrecionalidad por parte de los órganos encargados de la persecución.

En el ámbito de la justicia tutelar de menores, ni siquiera se pretendió la aplicación del principio de legalidad de la persecución, sin embargo, no se hizo una regulación racional de la selección de casos. La mayoría de las leyes de menores contenía alguna norma de descarte referida a las condiciones sociales o materiales del niño: "familia bien constituida", "peligro material o moral" u otros similares.

Es decir, se alentó una selectividad en el sistema (que ha sido suficientemente documentada) que se tradujo en la absoluta impunidad de los hechos delictivos cometidos por adolescentes de sectores sociales medios o altos y en un control punitivo ampliado o reforzado para los adolescentes que provienen de sectores marginales.

Las legislaciones tributarias de la CDN abordan este asunto al disponer la aplicación del principio de oportunidad como regla o excepción, teniendo como modelo la "remisión de casos" prevista por la Regla 11 de las Reglas de Beijing y la disposición del art. 40.3.b, de la CDN, que señala la posibilidad de adoptar medidas relativas a infractores "sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

En este caso, se trata más de una remisión del procedimiento que de una aplicación del principio de oportunidad, porque se llega a un sistema de adjudicación de medida, sin proceso. Es importante señalar, sin embargo, que la propia CDN restringe la posibilidad de aplicar determinadas medidas al margen de revisión judicial, como por ejemplo la separación de los padres (art. 9 de la CDN) y las restricciones a la privación de libertad (art. 37).

Para una correcta aplicación del principio es importante que las leyes nacionales contengan dispositivos expresos sobre su procedencia. Esto, a fin de que las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de responsabilidad, por la comisión de una infracción a la ley penal, sólo puedan ser establecidas por sentencia judicial, a la que se arribe

⁵⁴ En un sentido similar véase: P. A. Albrecht, "Respecto del futuro del derecho penal de menores -peligros y chances-", *ob. cit.*, p. 63. Para una completa visión sobre delincuencia juvenil, sus causas y sistemas de control, véase: M. Rutter y H. Gilmer, *Delincuencia juvenil*, Barcelona, Martínez de Roca, 1988.

luego de un debido proceso. Como consecuencia, que ninguna medida coactiva pueda aplicarse por autoridad alguna a causa de la comisión de un acto descrito como infracción a la ley penal, al margen de una sentencia judicial emanada de un debido proceso.

Es importante destacar que existe evidencia de que la aplicación del principio de oportunidad no es una influencia negativa para el incremento de la criminalidad juvenil, como lo demuestra el que, durante su aplicación en Alemania en la década de los ochenta, disminuyó la criminalidad de menores, tal como fue reconocido por el Gobierno Federal.⁵⁵

Sin embargo, es claro que la aplicación del principio de oportunidad puede dar lugar, y de hecho existen investigaciones que lo demuestran, a prácticas arbitrarias que agudizan el carácter selectivo del sistema penal juvenil. El principio de oportunidad no puede traspasar los estándares mínimos de igualdad que se exigen para la legitimidad del sistema punitivo. Por esta razón el principio de oportunidad es sólo un complemento a la acción descriminalizadora del legislador que, como se dijo, no puede extender la punibilidad para adolescentes más allá que la de los adultos, pero sí restringirla.

5.5. La aplicación intensiva de las garantías penales y procesales.

El debido proceso

Las garantías penales y procesales se encuentran estrictamente relacionadas entre sí y constituyen un conjunto de técnicas de definición y comprobación de los presupuestos de la reacción del Estado. Tienen por objeto reducir lo más posible la arbitrariedad por vía de establecer los presupuestos del juicio de responsabilidad y las condiciones para que este juicio no sea arbitrario, de modo que se funde en juicios que recaigan sobre hechos y normas susceptibles de verificación empírica.⁵⁶ El sistema de responsabilidad que aquí se propone exige la utilización intensiva de estos mecanismos que permiten asegurar los derechos de los adolescentes.

En el ámbito sustancial, es necesario asumir los principios de legalidad y humanidad y construir, de una manera específica, un principio garantista de culpabilidad. Del principio de humanidad se hablará al analizar las medidas; de la legalidad y sobre la responsabilidad ya se desarrollaron las ideas fundamentales.

El uso de las garantías procesales llevará a la construcción de un debido proceso en materia penal de adolescentes. La CDN consagra expresa y taxativamente un conjunto de garantías que aseguran la vigencia del debido proceso: a) presunción de inocencia (40.2.b.i); b) prueba legal como derecho a presentar pruebas para su defensa y a debatir las pruebas de cargo (40.2.b.i y iv); c) atribución y notificación de cargos

⁵⁵ P. A. Albrecht. "Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–", *ob. cit.*, p. 57. Sobre este punto es interesante revisar los artículos contenidos en AAVV, El Ministerio Público en el Proceso Penal (s.l.), 1993. En particular, en esta compilación, véase: F. O. Guariglia "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", pp. 83-95.

⁵⁶ Véase Ferrajoli, *ob. cit.*, pp. 36 y 40.

(40.2.b.ii); d) derecho a la defensa jurídica u otra asistencia adecuada (40.2.b.ii.y 37 d); e) órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial (40.2.b.iii); f) resolución sin demora de la causa (40.2.b.iii); g) audiencia equitativa en conformidad a la Ley (40.2.b.iii); h) derecho a ofrecer testigos, solicitar que se interroguen y participar en su interrogatorio (40.2.b.iv); i) derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable (40.2.b.iv); j) derecho a la revisión e impugnación de lo obrado (40.2.b.v); k) derecho a que se respete su integridad e intimidad personal durante el procedimiento (40.2.b.vii); l) derecho a que existan medidas alternativas a la internación durante el proceso (37.b y 40.4); m) principio de la proporcionalidad de la reacción tanto respecto del delito como de las circunstancias del niño (principios reguladores de la sentencia); n) derecho a ser juzgados de acuerdo a leyes, procedimientos y autoridades aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales.

El amplio catálogo contenido expresamente en la CDN unido a la aplicación, en virtud del principio de la norma más favorable, de cualquier otra garantía contenida en otro instrumento nacional o internacional que contenga garantías procesales, permite afirmar que el modelo jurídico de la responsabilidad se encuentra suficientemente dotado de mecanismos normativos como para estructurar un debido proceso.

La existencia de este conjunto de mecanismos hace suponer que es posible superar los procesos inquisitivos autoritarios predominantes en los sistemas tutelares de menores, basados en el poder del juez de decidir y construir soluciones jurídicas sin participación del afectado, que refieren referencia a categorías vagas y no susceptibles de verificación empírica como peligrosidad, irregularidad, capacidad de readaptación y otras semejantes.

Así como el elemento central del sistema tutelar de menores fue el tribunal, como órgano de poder y de decisión, toda la construcción garantista del modelo jurídico de la responsabilidad debe desembocar en un proceso que se estructure en la lógica de la participación del afectado, del reconocimiento de las garantías, del conocimiento de la verdad empírica y de estricto encuadre de las decisiones judiciales a la ley.⁵⁷

6. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad

6.1. Fundamentos y directrices

La CDN, en su art. 40, contiene lo que, considero, la síntesis más completa que se ha formulado sobre política criminal en el ámbito de la naturaleza y finalidades de las con-

⁵⁷ En este sentido véase: L. Ferrajoli, *ob. cit.*; y A. Binder, "Menor infractor y proceso... ¿penal? Un modelo para armar", en: *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, San Salvador, 1995 pp. 83-98.*

secuencias jurídicas aplicables a adolescentes declarados responsables de infringir la ley penal. Este artículo contempla tres principios fundamentales que deben dirigir la intervención:

- a) la intervención debe fomentar el sentido de la dignidad y el valor del adolescente, principio que puede traducirse en que las medidas no deben buscar su degradación o sometimiento, lo que lo convierte en una garantía complementaria a la prohibición de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principio de la humanidad o dignidad de la persona);
- b) la intervención debe fortalecer el respeto del joven por las reglas de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos de las demás personas; es decir, si el adolescente está inserto en relaciones sociales regidas por derechos y deberes, la infracción de estos últimos tiene que recibir un tipo de consecuencia que promueva su sentido de respeto a la convivencia social; y
- c) la intervención tiene un objetivo específico a realizar: promover la integración social del joven y que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Este principio es positivo, en cuanto ordena un contenido a la intervención, pero también es limitador, ya que impide que se apliquen medidas desocializadoras o despersonalizantes que atenten contra el desarrollo integral del adolescente.

De la propuesta general de la CDN es posible rescatar un último principio general que si bien no está explícitamente señalado se desprende de diversas normas: de que no se puede privar de más derechos que aquellos estrictamente restringidos por la sanción impuesta.

Este principio es de radical importancia en el momento en que el juez impone la medida, pues lo obliga a elegir la menos gravosa para la situación general de los derechos del adolescente y a restringir a casos calificados la privación de su libertad. Finalmente, el principio debe ser considerado para regular los derechos del adolescente privado de libertad, de modo que la privación de este derecho no se transforme en la privación o restricción de todos sus derechos. En consecuencia, el adolescente infractor, aun cuando se encuentre privado de libertad, no está privado de su derecho a la educación, al juego, a la profesionalización ni a ningún otro derecho más que los que expresamente se le restrinjan por sentencia judicial que declare su responsabilidad.

El fundamento de este conjunto de exigencias para el sistema de reacción ante las infracciones juveniles a la ley penal no está en que los adolescentes sean "menos culpables" que los adultos o que su conducta sea el resultado del abandono social o a que en ellos concurre alguna desviación o irregularidad. Los adolescentes tienen un sistema de consecuencias jurídicas ante las infracciones diferente al de los adultos, no sólo porque el sistema penal de adultos podría causar efectos dañinos determinantes en la vida de estos sujetos, sino, fundamentalmente, porque los adolescentes tienen una

condición jurídica diferente a la de los adultos, cuya máxima expresión es la necesidad de reconocer que el Estado tiene la obligación de asegurar el bienestar y el desarrollo integral del niño y procurar su adecuada integración social. Esta finalidad no debe entenderse en un sentido restrictivo (relativo a condiciones materiales o físicas, exclusivamente), sino en los términos más amplios posibles, es decir, en relación con la "dignidad humana" en general (arts. 6.2 y 27 de la CDN, entre otros).

6.2. Objetivos y clasificaciones. Medidas privativas de libertad y no privativas

La correcta aplicación del sistema propuesto requiere una adecuada conceptualización de las medidas susceptibles de ser aplicadas a los adolescentes infractores. Si se toman en consideración las finalidades dispuestas por el art. 40 de la CDN, recién analizadas, es posible señalar que el objetivo principal de las medidas es reforzar el sentido de responsabilidad del adolescente o, lo que algunos han llamado, la "responsabilización".⁵⁸

La respuesta social ante las infracciones de adolescentes a la ley penal debe ser profundamente educativa en sí misma y no articularse por la vía de la represión o punición para culminar con una "medida educativa". El sistema debe dejar de ser un elenco de "medidas de protección" y convertirse en un sistema completo, que involucre desde la policía hasta los ejecutores de las medidas, y desde el Estado hasta la comunidad. No es posible seguir concibiendo el sistema de "rehabilitación y protección" como una fase reparadora terminal de un proceso de daño acentuado por la intervención del Estado.

Si antes se intentaba distinguir la eficacia y legitimidad de las medidas por su carácter educativo reformador –para los partidarios de un sistema terapéutico de fundamento médico sanitario– o por su carácter disuasivo o imposibilitador –para los seguidores de un modelo punitivo–, las medidas que se apliquen, en virtud del modelo derivado de la CDN, deberán ser legitimadas y valoradas según su capacidad de fomentar el sentido de dignidad personal, de responsabilidad y la integración social.

La dignidad personal del adolescente debe entenderse como el respeto a sus derechos y la posibilidad de ejercerlos autónomamente según la evolución de sus facultades. Se trata en estos casos de una limitación a cualquier forma abusiva de restricción de los derechos y de la limitación a su ejercicio autónomo. En particular, la CDN en su art. 37.a dispone que ningún niño sea sometido a torturas u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y la prohibición de la pena de muerte y la prisión perpetua para todos los menores de 18 años.

La integración social del adolescente puede definirse como el ejercicio de sus derechos y obligaciones basado en la adhesión a los valores predominantes en una sociedad de-

⁵⁸ Véase: J. Funes, y C. González, "Delincuencia juvenil e intervención comunitaria", en: *Menores*, núm. 7, enero-febrero, 1988; G. De Leo, *ob. cit.*, y R. Cantarero, *ob. cit.*

mocrática: el respeto de la dignidad humana, de los derechos de los demás y a los métodos lícitos para expresar sus diferencias y obtener los beneficios sociales. Las medidas no sólo deben intentar no impedir su integración social sino que, además, deben promoverla. Para ello deberá tomarse en consideración que el adolescente debe ser protegido en su desarrollo integral.

La responsabilidad puede ser entendida, siguiendo a De Leo, como:

*"[Un] esquema regulador de interacciones de respuesta tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, [que] constituye un derecho inalienable de los jóvenes".*⁵⁹

El aprendizaje de la vida social regida por el Derecho no puede ser adquirido a partir de la idea de irresponsabilidad; debe ser desarrollado paso a paso a través de la adquisición paulatina de la conciencia de propiedad de los propios actos y del autodomnio. Privar de este aprendizaje a los jóvenes es negarles la posibilidad de desarrollarse en el ámbito de la convivencia social. Las medidas deben tender a favorecerlo.

Si se asume que la idea de "desarrollo de la personalidad del niño", una de las directrices fundamentales de la CDN, tiene que ver con la formación de la "identidad" y que esta identidad personal es el resultado de un "proceso social" en que los universos valorativo (expresado en normas) y de convivencia (expresado en derechos, formas de control y obligaciones sociales) conforman un todo que interactúa sobre el sujeto, vemos que para el logro de su desarrollo el joven requiere adquirir un sentimiento de responsabilidad, cuya fuente no puede ser otra que la resultante de su experiencia social.

De este modo, es forzoso concluir que la adquisición de la responsabilidad personal dependerá, en gran medida, de la interacción del sujeto con sus agentes socializadores. En especial, adquirirá una gran importancia para el adolescente su relación con el mundo normativo y con el control social formal que se expresa fundamentalmente a través del sistema jurídico de dictado de normas y regulación de la vida social.

En síntesis, es posible caracterizar la declaración de responsabilidad en el ámbito de los adolescentes como una forma de vincular la respuesta social a un hecho que constituye, para las leyes de adolescentes –y de adultos–, un ilícito penal. Tiene como finalidad la adquisición de sentimientos de propiedad y relevancia social de los propios actos. Sentimientos que respeten (y promuevan) el desarrollo de la personalidad y la incorporación plena a la vida social, a través de la aplicación de consecuencias jurídicas determinadas, comúnmente llamadas medidas.

De aceptar esta caracterización se puede desprender que el concepto de responsabilidad o de "responsabilización", además de cumplir las funciones de garantía ya expresadas, puede también definir de un modo adecuado el contenido de la intervención: to

⁵⁹ G. De Leo, *Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile*, Milan, 1985.

das las medidas posibles de utilizar –desde la amonestación hasta la privación de libertad– se encuentran limitadas y orientadas por este contenido responsabilizador.

Si desde esta perspectiva se pretende desarrollar una clasificación de las medidas, se observa que existen diversos tipos que, independientemente de otros fundamentos, pretenden lograr la adquisición de lo que aquí hemos denominado "responsabilidad". En este sentido la ya clásica distinción proveniente del derecho alemán entre medidas educativas o formativas, disciplinarias o de corrección y penas, se distingue de la agrupación de todas las medidas bajo el rótulo de medidas "socioeducativas", según el modelo seguido por el Estatuto del Brasil.

La ventaja de la distinción tripartita consiste en que permite expresar claramente la diferencia entre consecuencia jurídica y tratamiento, terapia o curación de un enfermo. Esta denominación tiende a marcar la incompatibilidad entre pena y asistencia, a mantener vigente la imposibilidad de resolver la paradoja del "tratamiento o la educación para la libertad" desde el encierro, es decir, desde la privación de libertad.

Por su parte, la denominación medidas "socioeducativas" tiene la virtud de expresar que todas las medidas, aun la privativa de libertad, si bien no se aplican para educar, deben respetar los principios de dignidad personal, responsabilidad y orientarse hacia la efectiva integración social. La dificultad adicional de esta noción es que el concepto "socioeducativo", al no estar suficientemente definido, tiende a interpretarse como una intervención psicosocial destinada a modificar al sujeto, que no reconoce como límite la propia voluntad del afectado.

En este sentido, sugiero que la clasificación de las medidas debe hacerse en función del grado de restricción que importan. La clasificación principal es la que las divide en privativas y no privativas de la libertad. Este criterio parece ser el más adecuado en un enfoque de derechos y garantías, ya que permite superar cualquier fraude de etiquetas que encubra la verdadera naturaleza de las restricciones de derechos en discursos asistenciales o pedagógicos.

La CDN regula estrictamente las restricciones al derecho a la libertad personal y establece que su aplicación debe ser el último recurso, por el periodo más breve que proceda y que debe ordenarse y ejecutarse de conformidad con la ley (art. 37.b). La concreción práctica de esta prescripción se ve en las nuevas leyes para la infancia dictadas en América Latina, cuando requieren que exista proporcionalidad entre el hecho y la medida privativa de libertad. Esta última sólo se puede aplicar en los casos de infracciones graves que dañen a las personas y el juez nunca estará obligado a aplicarla, es decir, puede siempre disponer la aplicación de una medida no privativa de libertad. Además, el art. 37.c de la CDN dispone sobre la ejecución de la medida:

"Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad".

En particular la CDN reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a: a) estar separado de los adultos (art. 37.c); b) mantener contacto con su familia (art. 37.c); c) una pronta asistencia jurídica (art. 37.d); d) impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un Tribunal u otra autoridad imparcial e independiente y a una pronta decisión sobre dicha acción (art. 37.d).

Estos mismos derechos son consagrados por las Reglas de Beijing, las que además señalan en su regla 13.3 que:

"Los menores que se encuentren en prisión gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por las Naciones Unidas".

Las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, por su parte, constituyen un catálogo completo de definiciones, principios y derechos de los privados de libertad, que debiera servir de orientación para las leyes y reglamentos que rigen la materia. En el plano de las definiciones, estas normas establecen que se entiende por "menor a toda persona de menos de 18 años", sin hacer diferencias entre "imputables e inimputables".

Para efectos de la aplicación de las Reglas se entiende por privación de libertad:

"Toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial o administrativa, u otra autoridad pública" (regla 11.a y b).

Esta definición tiene gran importancia en la materia, puesto que la mayor parte de las legislaciones nacionales contemplan medidas, como el internamiento o la colocación en instituciones, que son, en la práctica, privaciones de libertad.

Respecto a los requisitos para privar de libertad, señalan que ella deberá:

"decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo" (regla 2).

Las Reglas disponen sobre las siguientes materias: a) normas especiales aplicables a los menores en prisión preventiva (reglas 17 y 18); b) normas sobre administración, ingreso, registro, desplazamiento, traslado y clasificación (reglas 19-30); c) normas sobre las instalaciones físicas en que se cumple la privación de libertad (reglas 31-37); d) normas sobre educación, formación profesional, trabajo, actividades recreativas y religión (reglas 31-48); e) normas sobre atención sanitaria (reglas 49-58); f) normas que garantizan el contacto con la familia, el abogado y la comunidad (reglas 59-62); g) normas sobre limitación de la coerción física, el uso de la fuerza; sobre procedimientos disciplinarios y reclamaciones (reglas 63-78).

De igual forma, es posible caracterizar las medidas de acuerdo con: si son de aplicación extendida en el tiempo –como la libertad vigilada o asistida–, se agotan en el acto de dictarse –como la amonestación– o por un acto posterior –como la multa, la reparación del daño o la prestación de servicios a la comunidad–. Esta clasificación es fundamental para la estructuración del sistema judicial de control de ejecución de las medidas destinadas a garantizar su idoneidad y efectividad.

7. Conclusiones: la responsabilidad como garantía de los derechos de los adolescentes

Del análisis expuesto se desprende que la categoría responsabilidad es más funcional a la lógica de las garantías que la idea de educación. Responsabilizar por el acto, garantizar el derecho al desarrollo y evitar la exclusión social son las orientaciones fundamentales de las medidas en relación con el adolescente.

En el extremo, el efecto limitador del modelo debe probarse en su capacidad de restringir la privación de libertad que, a decir de Albrecht, "es privación de vida social".⁶⁰ La privación de libertad no se puede aplicar como una forma específica –un tratamiento– para lograr la responsabilización; al contrario, la categoría responsabilidad permite limitar su aplicación en virtud del principio de proporcionalidad y dotar de contenido su ejecución, impidiendo las injerencias excesivas en la personalidad del adolescente.

La noción "responsabilidad" como se ha tratado de demostrar tiene fuerte base jurídica y como tal es posible limitarla y regularla, con el avance de posiciones de mínima intervención, destinadas únicamente a favorecer en los adolescentes el comportamiento conforme a derecho y evitar que la intervención –punitiva o educativa– del Estado se transforme en una instancia de profundización del daño y la marginación de la vida social.

Por eso, un principio básico del nuevo modelo es la severa reducción de las posibilidades de encierro, haciendo explícito que nunca esta medida puede legitimarse en pretensiones educativas; el fundamento último del encierro, nos agrade o no, se encuentra en la imposibilidad de la sociedad de aceptar resolver determinados ataques a ciertos bienes jurídicos con medios menos intensivos que la privación de libertad y otras medidas punitivas.⁶¹

Hay que tomarse en serio las evidencias que indican que la segregación y la diferenciación no son respuestas que promuevan la integración social de adolescentes severamente dañados social y personalmente. Por el contrario, el modelo alternativo supone promover en los adolescentes un efectivo mejoramiento en su integración so-

⁶⁰ P. A. Albrecht, *Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–*, ob. cit.

⁶¹ Véase W. Hassemmer, ob. cit., p. 300.

cial basado en el ejercicio de sus derechos, en la construcción de relaciones sociales fundadas en el respeto y la aceptación mutua, en síntesis, en el efectivo desarrollo personal.

Para concluir, es necesario señalar que el reconocimiento del adolescente como sujeto de derecho supone renunciar a establecer con él relaciones verticales centradas en un ejercicio autoritario de la tutela cuyo ejemplo más destacado es la internación en instituciones, reformatorios y cárceles.

El enfoque de los derechos supone, en cambio, reconstruir las relaciones con el adolescente, sustituyendo la intervención autoritaria por una reacción que, como se ha repetido tantas veces, tienda a aumentar el sentido de responsabilidad por la vía de integrarlo socialmente y promover el ejercicio de sus derechos.

Finalmente, es conveniente terminar estas ideas, señalando el contexto general en que ha de desenvolverse la justicia de infancia y adolescencia citando la Regla 1.4 de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores:

"La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad".

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, P. A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.

———, "Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–", en: J. Bustos (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.

Baratta, A., "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia a propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil", en *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 1, enero-junio de 1995.

Binder, A., "Menor infractor y proceso... ¿penal? Un modelo para armar", en: *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995.

Barberos Santos, M., *Delincuencia juvenil*, Universidad de Santiago de Compostela, [s.l.], 1973.

Basaglia, F. y Basaglia Ongaro, F., *La mayoría marginada. La ideología del control social*, Turín, G. Einaudi, 1971.

- Bustos, J., *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984.
- , "Imputabilidad y edad penal", en: *Homenaje a Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- Bunster, A., "Sobre el régimen tutelar para menores infractores", en: *Escritos de derecho penal y política criminal*, México, 1994.
- Cantarero, R., *Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, Montecorvo, 1985.
- Carranza, E. y García Méndez, E. (compiladores), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina* (s.l.), UNICRI/ILANUD, De Palma, 1991.
- Cillero, M., "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile", en: Pilotti, F. (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, IIN, 1994.
- , "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera editores, 1996.
- y Egenau, P., "Administración de justicia juvenil y daño psicosocial", en: *Los derechos del niño en una sociedad democrática*, Santiago, SENAME (s.f.).
- Couso, J., "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas. Entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos", en: AAVV, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, Opción/UNICEF, 1998.
- Cuello Calón, C., *Tribunales para niños*, Madrid, 1917.
- Deetrick, S. H., *The United Nations Convention on The Rights On The Child*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- De Leo, G., *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985.
- , *Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile*, Milán, 1985.
- Dorado Montero, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906.
- Eekelaar, J., "The Interests of The Child and The Child's wishes: The role of Dinamic self-determinism", en: *The Best Interests of The Child* (s.l.) UNICEF/Oxford University Press, 1994, pp. 42-61.
- Fadiga, L., "Cento anni di giustizia minorile: un centenario da ricordare", en: *Cittadini in Crescita*, anno 1, núm. 1, 2000.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Foucault, M., *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno, 1975.

- , *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Funes, J. y C. González, "Delincuencia juvenil e intervención comunitaria", en: *Menores*, núm. 7, enero-febrero de 1988.
- García Méndez, E., *Derecho de la infancia adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum-Pacis, 1994.
- , *Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Bogotá, 1997.
- Giménez-Salinas, E., "La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.
- González Zorrilla, C., "Los menores entre protección y justicia. El debate sobre la responsabilidad", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.
- Goffman, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Institutions*, Nueva York, Doubleday, 1961.
- , *Stigma. Notes on the Management of spoiled identity*, Nueva York, Doubleday, 1964.
- Guariglia, F. O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en: AAVV, *El Ministerio Público en el proceso penal*, (s.l.), 1993.
- Hassemer, W., *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, 1984.
- Hegel, G. F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1987.
- Jiménez Burrillo, F. y M. Clemente (compiladores), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza Universidad, 1986.
- Jiménez de Asúa, L., *Cuestiones de derecho penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1953.
- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971.
- , *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.
- Lechner, N., *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, FCE, 1988.
- Maxera, R., "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en: AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.

- Maurach, R., *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962
- Melossi, D., *El Estado del control social*, México, Siglo Veintiuno, 1992.
- Mendoza, J. R., *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1969.
- Morris, N., *El futuro de las prisiones*, México, Siglo Veintiuno, 1978.
- O'Donnel, E., *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, 1989.
- Pilotti, F. y Rizzini, I., *A arte de governar crianças*, Río de Janeiro, IIN, 1995.
- Platt, A., *Los salvadores de los niños o "la invención de la delincuencia"*, México, Siglo Veintiuno, 1982.
- Resta, E., *La certeza y la esperanza. Ensayos sobre el derecho y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- Rutter, M. y Giller, H., *Delincuencia juvenil*, Barcelona, Martínez de Roca, 1988.
- Schurmann, R., "El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite del control social", en: AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.
- Therborn, G., "Los derechos de los niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales", en: Moreno, L. (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993.
- Veerman, P. H., *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, 1992.
- Zaffaroni, E. R. (coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.l.), Depalma, 1986.
- , *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1991.
- , *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993.