

LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES

Reflexiones acerca de la justificación un tratamiento penal diferenciado*

FRANCISCO MALDONADO FUENTES

1. Introducción

En la actualidad se sostienen diversas posturas o planteamientos en torno a las características que debe detentar la respuesta que el Estado disponga para asumir el tratamiento de los comportamientos infraccionales o delictivos ejecutados por adolescentes o menores de edad en general. Para ello se postula, de manera mayoritaria en los últimos años, un sistema de respuestas fundada en la afirmación de su responsabilidad por dichos hechos, en miras a sustituir el sistema institucionalmente predominante hoy en día que propone la aplicación de medidas de tratamiento o correctivas, en todo caso restrictivas de derechos, dispuestas o, más bien impuestas, sobre la base de asumir su irresponsabilidad e incapacidad, extrayendo de dicha consideración la necesidad de administrar un "tratamiento". Para otros –tendencia de nueva generación y en crecimiento– se debe procurar evitar, en la medida de lo posible, la judicialización de dichos conflictos, proponiéndose mecanismos administrativos de corte conciliatorio o que favorecen una respuesta reparatoria como solución ideal, asumiendo en su base un concepto de responsabilidad.

Todas estas propuestas detentan en común el considerar apropiada una respuesta estatal que difiere de aquella que se dispone para el tratamiento del conflicto penal que compromete la participación de adultos, confiada a los caracteres propios del sistema penal. Incluso, dicho carácter se encuentra presente en los planteamientos de quienes, desde fundamentos de simple construcción y poco profundos, promueven procesos de reforma legislativa tendientes a rebajar la edad de imputabilidad penal, en miras a enfrentar los problemas de "inseguridad (ciudadana)" que genera el aumento de la "violencia juvenil", asumidos como caracteres propios –y definitorios– de la sociedad contemporánea, reviviendo con ello modelos de legislación de antigua data y de escasa aplicación actual.

* Abreviaturas utilizadas en el texto: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RP: Revista Penal.

Si bien dicho tratamiento diferenciado respecto del sistema previsto de modo general para la responsabilidad penal de los adultos se refleja de manera diversa en cada uno de los grupos de propuestas antes reseñadas, todas ellas concentran básicamente en dos elementos las expresiones que permiten caracterizar una modalidad de respuesta distinta o particular. Se asume así, en todos los casos, la concurrencia de una menor capacidad de culpabilidad en los adolescentes, proponiéndose asimismo consecuencias que en su naturaleza, duración o entidad son, y deben ser, diversas de las previstas para adultos, en base a las necesidades de formación, desarrollo o educación que les asisten a los adolescentes.

De esta forma, estos elementos, con matices, énfasis y contenidos distintos, constituyen una constante en base a la cual se funda la necesidad –uniformemente aceptada– de regular una dinámica de tratamiento o solución (jurídica) especial para estos conflictos. No obstante, no resulta irrelevante cuestionarse acerca de los presupuestos e implicancias que conlleva el contenido que se asigne a cada uno de dichos elementos, atendida su incidencia en las definiciones del modelo que sobre dichas base se proponga o implemente. Ello podría inicialmente llevarnos a desarrollar las bondades y desventajas de cada modelo –sobre lo cual, a estas alturas la literatura abunda– partiendo de sus propias definiciones y presupuestos, en miras a determinar la respuesta que parezca más adecuada. Sin embargo, a poco andar en dicho camino, se puede apreciar como parte de esos elementos definitorios reflejan conceptos equiparables o incluso análogos, no obstante sostenerse desde diversos modelos y para fundar diversas propuestas concretas, dificultando la asunción de una sola opción como adecuada, preferible, útil o más sustentable. Así sucede, por ejemplo, en relación a la menor capacidad de autodeterminación atribuida a los adolescentes, la que sólo en un caso se define como extensiva más allá de los límites de la capacidad, o en torno a la necesidad de considerar un proceso de acreditación y consecuencias que se hagan cargo de los requerimientos formativos o de desarrollo del menor de edad, previstas inicialmente en todos los modelos en base a una misma fuente o definición conceptual.

A nuestro juicio, resulta importante precisar el contenido que es posible extraer de cada uno de dichos elementos, en tanto su consideración o aplicación errónea puede llevar a desvirtuar las bases que, en el contexto de un estado de derecho democrático, fijan el marco de intervención permitido, legítimo y, por lo mismo, útil o eficaz, como herramienta de control y regulación social de estos comportamientos. Asimismo, ello permite justificar un tratamiento diferenciado en relación a los adultos, en tanto una insuficiente o desacertada caracterización, en algunos casos, lleva a poner en riesgo dicha afirmación.

Para el desarrollo nos avocaremos inicialmente a caracterizar de forma básica el contenido de cada uno de los modelos hasta la fecha dispuestos, previstos o propuestos

para el tratamiento estatal de los hechos delictivos ejecutados por menores de edad. Luego, propondremos las consideraciones que creemos resulta posible sustentar para definir o caracterizar los elementos señalados, entendiendo que de dicho resultado se extraen los presupuestos básicos que justifican y dan cuerpo a las necesidades de especialización de los sistemas que sean previstos para hacerse cargo del conflicto penal juvenil.

2. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes¹

Generalmente suelen dividirse en cuatro los modelos históricamente propuestos en el mundo occidental moderno² para el tratamiento y control de los hechos delictivos ejecutados por menores de edad³. Ellos corresponden al denominado modelo clásico o del discernimiento, al modelo tutelar, al modelo educativo y al modelo jurisdiccional (o de responsabilidad), descrito y propuesto desde dos vertientes antagónicas⁴.

Todos ellos asumen la aplicación de consecuencias derivadas de un presupuesto de atribución subjetivo individual, al menos desde un punto de vista material⁵, siendo relevante destacar que de un análisis conjunto resulta mayoritario el recurrir a un argumento que sustenta como fundamento la "responsabilidad" concurrente en el infractor, en lugar de la "peligrosidad" evidenciada en la comisión del delito. Así, es importante de antemano destacar que, contrariamente a la creencia común, de manera ampliamente predominante se ha afirmado históricamente la concurrencia de "capacidad de responsabilidad" en los adolescentes.

¹ Los modelos que se mencionan en el presente acápite se presentan en el orden en que históricamente se han desarrollado. Ello permite a nuestro juicio evidenciar los motivos que han llevado a este proceso evolutivo, pudiendo comprenderse los postulados de cada uno en base a las observaciones posibles de formular respecto a los precedentes. Vid. sobre ello ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO: "Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", 2da Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 32. Sobre sus contenidos, Vid., por todos, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER: "La Mayoría de Edad Penal en la Reforma", en *Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas*, 1993, pág. 609 y ss; TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: "El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?", en *Revista Penal* Nº 8, 2001, pág. 72 y ss.

² Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración Vid. FIGUERA GUJMERÀ, J.F.: "Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal", en *Actualidad Penal* Nº 34, 2003, págs. 845 a 869, passim; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: "Minoría de edad penal y derecho penal juvenil", Edit. Comares, Granada, 1998, págs. 35 y ss; PEREZ MARTELL, ROSA: "El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor", *Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía* Nº 5, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 28 y ss; Sobre los orígenes históricos de los elementos básicos del modelo clásico o liberal -primero en el listado de descripciones- y su transmisión hasta el liberalismo clásico, vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: "El Régimen de la Minoría de Edad Penal", en, del mismo, "El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales", Edit. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 165 y ss.

³ Según ORNOSA FERNÁNDEZ -siguiendo a González Zorrilla- los modelos que se han hecho cargo de la temática son solo tres, entendiéndose implícitamente que en el denominado modelo clásico no existe una respuesta diferenciada en la responsabilidad de los adolescentes respecto a la de un adulto. Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 32.

⁴ Sobre una reseña de agrupaciones o clasificaciones alternativas -que recogen particularizaciones sistemáticas o vertientes de los modelos reseñados, Vid. PEREZ MARTELL, R. Op. cit. pág. 57.

⁵ Vid. MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: "Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado", en del mismo (Coord.): "La Responsabilidad Penal de los Menores", Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 67.

a) Modelo clásico o liberal (la base del "discernimiento")⁶

El modelo del discernimiento –propuesto por el liberalismo clásico, con base en el derecho romano a través del sistema canónico–⁷ proponía formalmente la atribución de consecuencias penales, en base a la afirmación de una responsabilidad de naturaleza personal respecto de la comisión de un delito, fundada en la capacidad de autodeterminación. Se plantea que dicha capacidad se manifiesta en forma evolutiva en el sujeto, recurriendo el sistema a dos criterios complementarios para su afirmación. En primer lugar se sitúa la fuente originaria de dicha responsabilidad en la capacidad de culpabilidad (definida con un criterio psicológico), entendida originalmente como capacidad de dolo y más tarde como capacidad moral de autodeterminación del individuo, en tanto ser humano y, por tanto, libre. Dicho criterio es complementado –y reafirmado– en base a presunciones de capacidad –o falta de la misma– formalizadas en atención a la edad del infractor (criterio biológico),⁸ diferenciando con ello tres tramos o etapas en la atribución de responsabilidad penal, según pasamos a revisar.

Al infante, menor de entre 7 y 10 años –según el sistema positivo específico de que se trate–, se le desconocía capacidad de culpabilidad de manera absoluta y total, presumiéndose por ello *de iure* su irresponsabilidad⁹. Respecto del mayor de 7 ó 10 años, pero menor de edad, se asume la posibilidad de que cuente con un nivel de desarrollo que le permita comprender los procesos causales y autodeterminarse frente a ellos en forma suficiente como para atribuirle y exigirle –penalmente– responsabilidad por sus actos, debiendo de todas formas analizarse, caso a caso, la concurrencia de capacidad. Para dicha confirmación se recurre a un antejuicio en el que debe determinarse la concurrencia o ausencia de "discernimiento" en el menor infractor.

Algunos sistemas enmarcados en este modelo presumen en este tramo la irresponsabilidad, debiendo probarse en cada caso que se actuó con discernimiento, recurriendo otros modelos al expediente inverso. Por su parte, y en un periodo histórico posterior, algunos sistemas optaron por dividir este tramo etéreo en dos, presumiendo en el primero (normalmente extensivo hasta los 14 años) la falta de capacidad y en el segundo (hasta la mayoría de edad) su concurrencia, pero permitiendo –en ambos– probar lo contrario, precisamente en base al aludido examen de discernimiento. Por su parte, algunos sistemas afirmaron que el menor adulto era "capaz de responsabilidad",

⁶ Cabe tener presente que el esquema de atribución de responsabilidad que se describe se hace presente de manera más o menos similar en todas las épocas históricas precedentes al liberalismo clásico. Vid. *Supra*, Nota 2.

⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., pág. 166.

⁸ El sistema en definitiva es mixto. Lo que ocurre es que según veremos se afirman espacios mínimos en base a la edad del sujeto (criterio biológico) y sobre ellos se recurre al análisis de discernimiento en el caso concreto (criterio psicológico).

⁹ En Chile, el Código Penal de 1875 consideró exento de responsabilidad penal, en base a este fundamento, a los menores de 10 años. Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, en Politoff / Ortiz (Dir.) Matus (Coord.): "Texto y Comentarios del Código Penal Chileno", Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edt. Jurídica de Chile, 2002, págs. 109 y ss.

reservando el juicio de discernimiento para quienes superaban los 7 ó 10 años y no habían alcanzado los 12 ó 14¹⁰.

Se asume, en todo caso, que quien no ha alcanzado la mayoría de edad pero ha obrado con discernimiento detenta un menor nivel de culpabilidad, aplicándose, sobre esa base, la sanción que le correspondiere si hubiese sido adulto, pero atenuada. Cabe destacar que normalmente la atenuación aplicada era considerablemente importante y afectaba primordialmente al tiempo de duración de una condena privativa de libertad¹¹.

Luego, asumida la mayoría de edad (18 a 21 años, según el modelo) se responde en plenitud conforme al sistema penal general, no pudiendo afirmarse falta de capacidad de culpabilidad fundada en carencia de desarrollo o madurez¹².

Sobre el modelo descrito consideramos relevante dar cuenta de tres elementos a nuestro juicio necesarios de tener en presentes para una adecuada comprensión y lectura histórica de sus supuestos: a) En sus orígenes, el modelo funda todo su sustento en una culpabilidad de constitución psicológica, esto es, compuesta exclusivamente por un "momento" o "relación" subjetiva entre el hecho típico y el sujeto. La capacidad de culpabilidad es –en consecuencia– capacidad de dolo, asumiendo en su contenido el carácter antijurídico de la conducta. (comprensión y decisión/conocimiento y voluntad);¹³ b) Segundo, el discernimiento –o examen de discernimiento– presta su utilidad a los efectos de posibilitar la "atribución de responsabilidad" (afirmación de la culpabilidad), permitiendo verificar en cada caso –por afirmación o defecto, según el modelo– la capacidad de culpabilidad en el infractor adolescente. Respecto al infante, la carencia se presume de derecho; y c) Finalmente, creemos necesario dar cuenta de la correspondencia existente entre los presupuestos de interacción social reconocidos al

¹⁰ En el caso del Código Penal chileno de 1875, se presumía la irresponsabilidad tratándose de un menor de entre 10 y los 15 años, pudiendo afirmarse lo contrario en base al "juicio de discernimiento". Por su parte, entre los 16 y los 18 años se asumía la concurrencia de responsabilidad, pero atenuada, recibiendo el infractor una sanción menor que la aplicable a un adulto. Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 110.

¹¹ En el caso chileno se previó originalmente la imposición de una pena discrecional que en ningún caso podía superar a la pena establecida por el legislador rebajada en dos grados. Vid. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL: "Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora", Edeval, Valparaíso, 1974, pág. 44.

¹² Cabe destacar que en la actualidad algunos sistemas positivos vigentes (en específico, el español y el alemán) contemplan la posibilidad de aplicar la regulación prevista para la responsabilidad penal de adolescentes por sobre el tramo fijado para adquirir la mayoría de edad (plena capacidad civil y social). En dichos casos, se considera la procedencia de medidas propiamente previstas para adolescentes respecto de personas que, en estricto derecho, detentan condición de adultos y respecto de las cuales debiera aplicarse el derecho penal común. En estos casos, son precisamente consideraciones referidas a la carencia de desarrollo, madurez o integración social las que llevan a tomar la opción de considerar a un "adulto" como "adolescente" para estos efectos. A nuestro juicio, y según procuraremos desarrollar en el presente trabajo, ello no necesariamente se explica en base a un fundamento de atribución personal basado en una capacidad de naturaleza psicobiológica, sino más bien desde una capacidad entendida y definida en relación al proceso de integración social del individuo. Así, dicho concepto no resulta afirmado sólo desde los caracteres propios del sujeto, sino más bien desde aquellos que la sociedad le reconoce. Según veremos, ello forma parte de un paulatino proceso de ampliación de las dificultades sociales de integración reconocidas y derivadas fundamentalmente de la complejidad de las relaciones interpersonales de la sociedad contemporánea, lo que en definitiva no tiene por qué ser contrapuesto con la idea de responsabilidad.

¹³ Cabe hacer presente que esa base no cambia al normativizar posteriormente el concepto de culpabilidad. Sobre la evolución histórica del concepto. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN: "Lecciones de Derecho Penal", Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 313 y ss, y especialmente 314.

adolescente en la época de la codificación y las posibilidades que el sistema concede a la atribución de responsabilidades derivadas de su comportamiento. La sociedad propia de la ilustración, en su regulación jurídico-social, prácticamente no concebía un régimen separado de competencias sociales asignadas a la franja etárea de la adolescencia, incorporando al infante rápidamente a la vida adulta una vez superado el margen del inicio de la pubertad. La fertilidad en la mujer, y la capacidad laboral del hombre, permitían de esta forma justificar una declaración de aptitud o competencia para incorporarse a la vida adulta. Las necesidades de mayor conocimiento e información –plasmadas posteriormente en la educación formal– y la tecnologización –derivada de la industrialización– que complejiza el desarrollo de las interacciones sociales, obliga paulatinamente a postergar dicho fenómeno de incorporación a la vida adulta, prolongando los espacios de "incapacidad socialmente reconocida" –o más bien afirmada– respecto del "menor adulto", aumentando la atención dirigida a la adolescencia. Creemos que esto último concurre en parte importante a explicar el paulatino retroceso de los niveles de reconocimiento de la responsabilidad atribuible a la capacidad del menor de edad, llegando incluso en definitiva a proponerse su total supresión.

Así, la presencia de criterios que dan cuenta de una incorporación de los infantes a la sociedad civil activa, una vez alcanzada la pubertad, nos permite corroborar lo señalado en el párrafo precedente. De esta forma, es posible afirmar que la "situación", "posición" o "consideración" en el orden social –en definitiva, de participación– justifica los márgenes de responsabilidad que en definitiva se le exigen al adolescente, niño o menor de edad, aplicado en este caso en relación a la comisión de hechos tipificados como delitos. De esta forma, la atribución de contenido material –biológico, racional o deductivo– a la capacidad exigida para afirmar la responsabilidad parece encontrarse estrechamente vinculada a las posibilidades de intervención o participación social reconocida, no obstante centrarse la definición en una capacidad individual y subjetiva, de origen netamente interno o personal.

b) Modelo tutelar (doctrina de la "situación irregular").

El denominado modelo tutelar –cuyos fundamentos radican en lo que se conoce como la "doctrina de la situación irregular"¹⁴ constituye la aplicación de la propuesta del positivismo defensivo a la materia que nos ocupa, siendo este ámbito, probablemente, aquél en que en mayor medida se logra plasmar –en términos de derecho positivo e institucionalmente– un ideario de corte correccionalista.

¹⁴ Para una descripción básica de los postulados de esta doctrina Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Para una historia del control penal de la infancia: La informalidad de los mecanismos formales de control social", en Bustos Ramírez, Juan (Dir.): "Un Derecho Penal del Menor". Edit. Conosur, Santiago, 1992, págs. 157 y ss. Asimismo, un análisis crítico-político y jurídico-puede verse en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Infancia. De los derechos y de la justicia", 2ª Edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 7, 8 y 144 y ss.

En lo esencial, este modelo propone la total supresión del sistema sancionatorio –penal– dirigido a adolescentes e infantes y su reemplazo por un sistema de medidas de aseguramiento, correccionales o de protección, cuya aplicación es detonada por la concurrencia de una situación de carencia o necesidad que afecte al menor de edad¹⁵. La imposición de la medida se fundamenta en una situación de peligro, enunciada bajo el concepto de "riesgo social", entendida como una condición de amenaza para el menor de edad, que implícitamente es asumida, asimismo, como extensiva para toda la sociedad respecto de su comportamiento futuro. De esta forma, el delito en que un menor de edad pudiere incurrir, es considerado entonces como un signo, una señal de alerta que evidencia la situación de riesgo, de donde deriva –como fuente– la necesidad social de intervenir. Bajo este concepto el objeto de atención se sitúa en el menor "abandonado-delincente", conceptos que, en un marco de equivalencia, hacen operar el sistema de reacción público dirigido a la atención de los comportamientos de relevancia social de quienes no han alcanzado la mayoría de edad¹⁶.

Para fundar las bases de este modelo, de manera coherente, se afirma la total carencia de capacidad en los menores de edad, de donde deriva precisamente su falta de responsabilidad. Con ello se entiende que quien no detenta capacidad reconocida socialmente no puede asimismo ser asumido como un ente responsable y es por ello que se determina, necesariamente, que el menor de edad que presenta un desajuste conductual, manifestado –entre otros comportamientos– por una conducta "anti-social" de carácter delictivo no puede ser responsabilizado por ello. Por el contrario, sobre esa base se asume que se encuentra "carenciado", o –lo que es lo mismo– "necesitado de protección", debiendo intervenir en su favor en miras a posibilitar su desarrollo pleno en sociedad. Se actúa, en consecuencia, para su beneficio, protegiéndolo frente a un entorno –social– incapaz de brindarle las herramientas suficientes para integrarse hábil y adecuadamente al medio social.

En este esquema resulta por completo irrelevante la fuente de la cual emana el elemento que sea catalogado como "evidencia" del desajuste social, como asimismo su origen causal (radicado en el propio niño o en su entorno) o incluso la modalidad que asuma su expresión social externa (abandono, desorden, agresión, etc.). Con ello el "abandono" pasa a ser sinónimo de la "infracción penal", no siendo más que un signo externo de una problemática, definida y sostenida desde un prisma exclusivamente social.

¹⁵ A nuestro juicio, la implantación de los modelos tutelares son un claro ejemplo de los eventuales efectos que es posible esperar de la implementación de posiciones "abolicionistas", que de manera bien intencionada o humanitaria fundan sus opciones de reemplazo del sistema penal en bases que perfectamente pueden significar mayores niveles de restricción o coacción individual y menos elementos de legitimidad en el contexto de un Estado de derecho.

¹⁶ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral", 2ª Edición. Edit. Forum-Pacis, Tolima, 1997, pág. 48.

Sobre esa base se sustrae al conflicto infraccional ejecutado por un menor de edad del escenario propio del derecho penal y del sistema penal, al menos en su construcción formal –no así necesariamente en sus consecuencias– radicándolo sustancialmente en un lugar distinto, propio de la intervención administrativa y social. En este esquema, se interviene sobre el niño –transformado en un objeto de protección– para buscar su beneficio, considerando procedentes para ello incluso medidas coactivas y restrictivas de sus espacios de autodeterminación o libertad. Se debe tener presente que al construir los conflictos de la infancia desde una perspectiva netamente social se sitúa al niño en una relación directa con el "Estado protector", asumiendo la existencia de una relación jurídica entre ambos derivada de la "situación social" que lo aqueja, perdiendo de vista el conflicto de derechos que puede encontrarse involucrado en los hechos que motivan la intervención.

En este esquema la persona (sujeto) se asume como una entidad evolutiva, cuyo desarrollo comienza en la infancia y culmina con la conformación final de la personalidad que tiene lugar durante la adolescencia, momento a partir del cual recién se encuentra en condiciones de asumir un papel activo en la sociedad. Se configura dicha incorporación con el reconocimiento de la capacidad autónoma de ejercicio de derechos subjetivos (titularidad y ejercicio), previo a lo cual, la carencia de capacidad necesariamente debe traer aparejada la ausencia de responsabilidad, dando lugar al "derecho" del Estado a intervenir. Por ello, se considera casi como una muestra de "barbarie" el que se impongan sanciones penales a "incapaces" como son los menores de edad, patentándose el movimiento y sus adeptos como "los salvadores del niño", en tanto proponen su sustracción de los espacios de aplicación de la pena criminal. Se singulariza el proceso como exitoso, bajo la idea de que "el menor había salido del derecho penal", lo que constituía un logro de carácter humanitario. Sin embargo y como sostiene GIMÉNEZ SALINAS, "no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y derechos individuales"¹⁷.

Dicha sustracción del sistema penal busca formalmente protegerlos del mismo, con lo cual se los equipara, en su condición jurídica y frente al derecho penal, a los "locos o dementes", usando la terminología de la época.

Sobre estas bases, a partir de 1899, fecha en que se crea el primer Tribunal (tutelar) de Menores en Chicago, el sistema de control penal formal aplicable a los adolescentes en razón a la comisión de un hecho constitutivo de delito es sustituido paulatinamente, en todo el mundo occidental, por un sistema –igualmente de control– de naturaleza tutelar, creándose para su aplicación la institución de los Tribunales de Menores¹⁸.

¹⁷ Vid. GIMÉNEZ SALINAS, *Op. cit.*, pág. 611.

¹⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Op. cit.*, págs. 97 y ss.

En este esquema institucional, en tanto se asume que el Estado interviene para defender al menor de edad de su entorno social que le es desfavorable (como causante de su desajuste), la medida de internación en centros correccionales o reformatorios (institucionalización) parece ser la más adecuada para tales fines, toda vez que permite separar al menor de edad de su medio ("*la génesis de sus problemas*") elevándose como la respuesta social preferente y fundamental. Coincidentemente con la base de defensa social cofundante de la propuesta, la privación de libertad también resulta efectiva para superar la condición de riesgo que se supone y presume existente respecto del resto de los integrantes de la sociedad.¹⁹ Con ello, la sociedad se defiende preventivamente de la infancia peligrosa, incapaz de enfrentar y superar la problemática de marginalidad social que la afecta, y que la transforma en potencial elemento antisocial²⁰.

Al igual como hicimos respecto del modelo clásico, culminaremos la reseña del modelo tutelar destacando aquellos elementos fundantes que nos parecen más relevantes de considerar:²¹ a) En tanto el modelo no concibe la atribución de responsabilidad respecto de los adolescentes, se propone intervenir coactivamente (contra la voluntad del "beneficiado") en base a la afirmación de la peligrosidad –social– del infractor; b) Las medidas proteccionales –correccionales, incluyendo la internación como medida por excelencia– se aplican en forma indeterminada, en todo lo necesario para lograr la reinserción o readaptación del menor de edad como sujeto útil a la sociedad. En caso extremo su duración se extiende hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, toda vez que en ese momento desaparece su fundamento (incapacidad); y c) En la actuación del Estado no se requiere de garantías –legitimantes– de naturaleza procedimental, toda vez que se interviene precisamente en beneficio del menor de edad, procurando exclusivamente su protección y en base a un fundamento diverso a la afirmación de culpabilidad²².

Finalmente y como complemento, creemos necesario precisar que la fuente originaria de la catalogación de las denominadas "*condiciones de riesgo social*" pareciera encontrarse en las características propias de la nueva sociedad de fines del siglo XIX, urbanizada e industrial, y que da lugar al nacimiento de la marginalidad. La incorporación a la vida social no marginal, a su vez, exige un proceso de adquisición de conocimientos y educación que separa a los adolescentes de los espacios de interacción social, en tanto considera incompleta su formación. Ello coincide o es coherente con la declaración de incapacidad del menor de edad que funda el sistema tutelar.

¹⁹ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, Op. cit., pág. 43, 44 y 47.

²⁰ Por ello resulta errónea la afirmación de Vives Antón (VIVES ANTON, T. S.: "Constitución y Derecho Penal de Menores" en, del mismo, "La Libertad como Pretexto", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 351), en el sentido de entender que "durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de dieciséis años", la que incluso resulta contradictoria en su propio texto (en pág. 349) al denunciar el histórico fraude de etiquetas del modelo tutelar.

²¹ Para una síntesis completa de características Vid. MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., pág. 73.

²² Una síntesis de observaciones y críticas formuladas respecto de los sistemas propios del modelo tutelar, desarrolladas en su mayoría por argumentos diversos a su ilegitimidad, en MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., págs. 76 a 78.

Asimismo, vale la pena destacar que, contrariamente a lo que pudiera pensarse en base al mensaje de "los salvadores del niño", las herramientas institucionales de control social implementadas bajo esta doctrina frente al fenómeno de la "delincuencia juvenil" se extienden y desformalizan, permaneciendo en ese estado prácticamente en todo el mundo occidental, hasta finales del siglo XX²³.

c) Modelo educativo.

El denominado modelo educativo –indistintamente conocido como modelo del bienestar (*welfare model*)– propone una oferta de tratamiento de carácter administrativo, de orientación socio-educativa, en base al cual se procura evitar la judicialización del conflicto. En sus fuentes, se asume –al igual que las tesis del positivismo– la necesidad de sustraer al menor del ámbito de la justicia formal, canalizando la respuesta estatal hacia mecanismos que buscan la obtención de soluciones extrajudiciales del conflicto, sin que ello implique en todo caso desconocerle carácter penal²⁴.

Las propuestas más características de solución extrajudicial de estos conflictos corresponden a lo que se conoce como programas o planes de *diversión* (entendida como prescindencia o sustracción a procedimientos formales de solución)²⁵ y, de manera más reciente, en los programas de mediación-reparación o conciliación²⁶. Por ambas vías se busca favorecer una respuesta administrativa que persigue incidir en la formación del adolescente para procurar su adhesión a parámetros de relación interpersonal que sean respetuosos de los derechos de terceros, eliminando con ello el paso del infractor por el sistema judicial, en tanto se lo considera estigmatizante (se busca evitar el "estigma" o la "etiqueta" que trae aparejado el proceso y la condena). Se parte de la afirmación –y reconocimiento– de la responsabilidad para trabajar el concepto de formación en sociedad²⁷. Sobre la misma base, se busca el desarrollo de niveles de conciencia del daño ocasionado, con la misma finalidad.

²³ La evolución experimentada en nuestro país puede revisarse sintéticamente en CILLERO BRUÑOL, Op. Cit., págs. 109 a 112 y 114 a 123. En lo que respecta a la regulación española, Vid. por todos VENTAS SASTRE, ROSA: "Minoría de Edad Penal en el proceso de la codificación Penal Española (Siglos XIX y XX)", *Cuadernos de Política Criminal* Nº 77, 2002, págs. 301 a 407.

²⁴ La implantación de sistemas fundados en este modelo son propios del Estado social y del aumento o expansión de la disponibilidad económica de los presupuestos públicos que permiten la ampliación de las prestaciones sociales ofrecidas por el Estado. Por ello la mayoría de los ejemplos de este modelo se sitúan en el mundo desarrollado europeo y del norte del continente americano. Una buena síntesis de procedimientos y sistemas basados en el modelo se encuentra en MARTÍN LÓPEZ, M. T., Op. cit., pág. 79 a 89.

²⁵ Vid. DÜNKEL, FRIEDER: "Reacciones en los Campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la Delincuencia Infantil y Juvenil: Un estudio comparativo a escala Europea", en "La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº III - 2001, pág. 129.

²⁶ Sobre ello una completa selección y tratamiento de medidas administradas conforme a dicho concepto en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA: "Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

²⁷ Sobre este concepto, descrito en términos amplios, esto es, desarrollados sin asociación específica a medidas propias de los modelos calificados como educativos, Vid. GÓMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS: "Pedagogía y justicia" en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999.

Ello se traduce en la aplicación de programas de mediación-conciliación, de tipo terapéutico, de seguimiento y control, de apoyo y acogimiento familiar, de resarcimiento del daño causado a la víctima –ya sea en su favor directo o simbólicamente– u otros planes y actividades de similares características, de cuyo cumplimiento satisfactorio depende en general la suspensión del procedimiento, y naturalmente la eventual condena. Se conceden sobre esta base amplias facultades a la judicatura para favorecer la "opción" del menor de edad por esta vía alternativa (administrativa) y conciliatoria. Estos mecanismos de desformalización (des-judicialización) del conflicto, suelen apoyarse –o incluso delegarse– en instancias técnicas especializadas en el ámbito de las ciencias psicosociales, de las que en definitiva depende el pronóstico de "recuperabilidad" (en un sentido similar a la resocialización) del infractor y la medida a imponer. Asimismo, de dicho criterio depende normalmente el cese de la necesidad de cumplimiento de la medida educativa y el cierre definitivo del proceso de instrucción formal del sistema penal.

Las soluciones que se logran por este expediente parecen ser efectivas, en tanto la aplicación del sistema parece generar bajos niveles de reincidencia o reiteración delictiva en los infractores a quienes se aplican las medidas de *diversión*, no obstante lo cual el modelo recibe una serie de reparos.

Por un lado se objeta su parcialidad, manifestada en tanto los resultados positivos demostrados se encuentran condicionados por dos variables independientes. En primer lugar, dichas consecuencias exitosas sólo aparecen afirmadas respecto de infractores de menor compromiso delictual²⁸. Frente a los demás infractores el sistema penal rige en plenitud, en fórmulas normalmente propias del modelo clásico antes descrito, con tendencia a la sanción atenuada. En segundo lugar, dichos resultados sólo parecen alcanzarse respecto de personas que cuentan con un entorno social favorable a la aplicación de las medidas socioeducativas o de tratamiento, que haga plausible el "pronóstico de recuperabilidad". Con ello, se condiciona la operatoria del sistema precisamente en base a parámetros relativos a la situación o condición social del sujeto, relativas fundamentalmente a su nivel real o potencial de integración social, matizando con ello las consecuencias (medidas) y la aplicación del sistema (diversión) en base al origen socio-económico, entorno, características y apoyo familiar con que cuente el infractor. En tanto de ello no sólo depende la decisión acerca de la medida, sino que muchas veces su éxito, es lógico que el propio sistema tienda a su autoconstatación. Por lo mismo quien cuenta con bases (antecedentes) o "credenciales de socialidad" que permitan un pronóstico favorable, será acreedor de una "medida indeterminada", "salvándose" de la pena. Por su parte, quienes se encuentren en el otro extremo serán acreedores de una sanción penal.

²⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 75. Oo. en CRUZ BLANCA, M.J.: "Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N° 87, Madrid, 2002, pág. 185.

Como podrá apreciarse, las consecuencias son, en los hechos, similares a las propuestas por el sistema tutelar, dispuestas o presentadas en una variable alternativa. Por todo ello, a nuestro juicio el modelo no explica ni justifica la intervención penal, sino que constituye una propuesta de tratamiento –parcial– alternativo de la criminalidad de mediano y bajo compromiso delictual.

Por otro lado, también se observa críticamente el riesgo inherente a la discrecionalidad judicial o administrativa sobre cuya base opera el sistema²⁹, en tanto genera riesgos de arbitrariedad equivalentes a los denunciados respecto del modelo tutelar, ya que la forma como se proponen sus presupuestos y consecuencias opera sobre la base de la desformalización del sistema³⁰. La pérdida de garantías formales en función de una –supuesta y– adecuada individualización permanente de las necesidades de tratamiento, resulta insustentable en un Estado de derecho³¹. En este caso, los procedimientos de desformalización permiten incluso que la respuesta punitiva quede condicionada a la discrecionalidad judicial o incluso administrativa, determinando la aplicación de medidas –restrictivas, coactivas o de imposición de obligaciones– indeterminadas en su duración, de cuya satisfacción pende, normalmente, en los hechos, la continuación de proceso o la imposición de una condena penal³². Por lo mismo, no nos extraña la “*disposición a ser educado*” que pueda manifestar el infractor³³.

A ello se suma el que dicho mecanismo, unido a la parcialidad de resultados, genera un sistema cuyas consecuencias resultan difícilmente conciliables con el principio de igualdad. Finalmente, concurren adicionalmente en el funcionamiento del modelo una serie de distorsiones, en tanto su operatoria despliega mensajes equivocados a través de sus mecanismos de intervención, que operan como incentivos perversos respecto del comportamiento del infractor, actual o potencial³⁴.

²⁹ Sobre ello Vid. MARTÍN LÓPEZ, M.T. *Op. cit.*, pág. 87 y ss.

³⁰ En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ manifiesta: “Las opciones a favor de la desjudicialización y de la desformalización, inspiradas en la humana pretensión de desdramatizar la intervención sobre los sujetos autores de los hechos antijurídicos en edades juveniles, suponen, por el contrario, una importante disminución de garantías”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 181.

³¹ Lo dicho no debe ser entendido como una objeción a los espacios de intervención de la discrecionalidad judicial, del todo necesarios en estos conflictos, precisamente atendido a caracteres propios del adolescente. Dichos espacios, en el marco de un debido proceso, deben ejercitarse conforme a criterios contrastables que permitan conocer la racionalidad de la decisión adoptada. Asimismo, por y para el mismo fin, deben ser susceptibles de control. Normalmente ello se cumple con el establecimiento de una regla o parámetro de principios que deben orientar la resolución y la consagración de la obligatoriedad de fundamento de la misma, naturalmente, en base a dicha regla. Ello permite que la decisión sea recurrible por defectos del fondo o forma (ausencia de fundamento), según sea el caso. Sobre ello Vid., por todos, FERRAJOLI, LUIGI: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” edit. Trotta, Madrid, 1995, págs 622 y 623.

³² Con toda razón apunta GIMÉNEZ SALINAS, que el objetivo del modelo consista en “no intervenir en interés del menor, es decir, justo la antítesis del modelo protector” (*Op. cit.*, pág. 612). Sin embargo, el modelo alcanza dicho objetivo sólo en lo que dice relación con la naturaleza punitiva de la intervención, excluyéndola, manteniendo y promoviendo la justificación positiva de las intervenciones que detentan naturaleza “educativa”, siendo a veces difícil determinar en concreto el contenido coactivo que se impone bajo dicha pretensión.

³³ “Un sistema respetuoso con las garantías individuales tiene que permitir la <negativa> del sujeto responsable al tratamiento, en la medida en que su hecho no tiene como base una ausencia de discernimiento”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 180.

³⁴ En el mismo sentido CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 95.

d) Modelo de justicia o responsabilidad (doctrina de la protección integral de los derechos del niño)³⁵

Básicamente el modelo de responsabilidad afirma la posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias, restrictivas de derechos, a los menores de edad, derivadas del reconocimiento de su capacidad de autodeterminación. Ello supone reconocer en los menores de edad el carácter de sujetos de derecho, en propiedad³⁶. Con ello, al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y niveles de ejercicio autónomo de los mismos,³⁷ se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al ser posible afirmar dicha responsabilidad se hace posible, a la vez, derivar de ella consecuencias³⁸.

Ahora bien, la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (principio de autonomía progresiva)³⁹.

De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento. Así, como sujeto de derechos es perfectamente "capaz de responsabilidad", en una medida diversa a la del adulto, en el macro de su condición de "sujeto en desarrollo"⁴⁰.

³⁵ Este modelo asume la condición de ser sustentado hoy en día en forma mayoritaria por la doctrina especializada en nuestro medio latinoamericano. Vid., por todos, GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Infancia. De los derechos y de la justicia", 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. Algo similar puede afirmarse en la doctrina española. Sobre esto último, con una cita de referencia, Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 110.

³⁶ Sobre las consecuencias comparativas de dicha afirmación Vid. GARCÍA MÉNDEZ, Op. Cit., pág. 244.

³⁷ "El reconocimiento de esos derechos implica la posibilidad de su ejercicio", MARTÍN LÓPEZ, Op. cit., pág. 90.

³⁸ Sobre ello Vid. RÍOS MARTÍN, C: "El Menor Infractor ante la Ley Penal", Granada, 1993, pág. 227.

³⁹ Vid. CONTRERAS LARGO, CONSUELO: "Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía", en VVAA: "De la Tutela a la Justicia", Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, pág. 21.

⁴⁰ Cabe destacar de antemano que suele asumirse esta afirmación como un equivalente al concepto de "imputabilidad disminuida" atribuida a los adolescentes, lo que, según veremos más adelante, no parece acertado. Sobre ello, Vid. por todos, GÓMEZ RIVERO, MARÍA CARMEN: "La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000.", en Revista Penal N° 9, págs. 3 a 26, 2002, pág. 6.

En dicha calidad es titular de manera autónoma de los derechos que son comunes a toda persona humana, asumiendo adicionalmente la titularidad de aquellos que le asisten en su condición de menor de edad.

El modelo se vincula a la llamada doctrina de la protección integral de los derechos del niño, plasmada en diversos textos internacionales y particularmente en la "Convención Internacional de los Derechos del Niño" (en adelante CIDN).⁴¹ Dicha doctrina evidentemente excede al marco de justificación estricto de la responsabilidad penal de adolescentes, siendo ésta sólo una consecuencia –evidentemente querida o deseada– de la afirmación de sus presupuestos. De ahí que sus bases detenten pretensiones de definición de todas las relaciones interpersonales de niños y adolescentes, con sus pares, adultos y órganos del Estado⁴², marcando, en este último caso, la orientación de su actividad para con ellos. A este respecto MARTÍN LÓPEZ señala: "En toda actuación de intervención con menores ha de tenerse muy en cuenta que se trata de sujetos de derecho, por lo que debe ser rechazada tanto una política preventiva paternalista como una política exclusivamente dirigida al control o socialización programáticos por parte de los agentes estatales para con el niño o el adolescente"⁴³.

En este marco las facultades y la actividad de intervención del Estado para con los ciudadanos pasa a definirse como una relación de derecho, caracterizando los conflictos frente a los cuales reacciona como conflictos de derecho, reservando para un lugar auxiliar el tratamiento social o asistencial comprometido⁴⁴. Ello permite asumir desde un papel jurisdiccional la responsabilidad concurrente a los actos ejecutados por adolescentes o menores de edad, en general, y de terceros para con éstos, separando ambas respuestas en modelos institucionales perfectamente diferenciables (sistema de responsabilidad penal juvenil y sistema de protección de derechos de la infancia), lo que se denomina usualmente como "principio de separación de vías"⁴⁵.

Sobre la base descrita el modelo reconoce al adolescente todas las garantías procesales y penales procedentes⁴⁶, en equivalencia respecto de aquellas que son reconocidas

⁴¹ Vid. MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 91; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 110 y ss. OO. en PÉREZ MARTELL, quien, no obstante ello, propone un completo desarrollo de los presupuestos normativos expuestos en los diversos instrumentos internacionales referidos a la materia. (*Op. cit.*, págs. 65 y 90 y ss.); Asimismo para un resumen del texto de las disposiciones pertinentes, Vid. LANDROVE DÍAZ, GERARDO: "Derecho Penal de Menores", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 113 y ss.

⁴² Vid. BARATTA, ALESSANDRO: "Infancia y Democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 32.

⁴³ Vid. MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: "Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño", en del mismo (Coord.): "La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención", Monografías Civitas, Madrid, 2001, pág. 153 y 155.

⁴⁴ *Idem* nota anterior.

⁴⁵ Sobre ello Vid. COUSO SALAS, JAIME: "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 VVAA: "De la Tutela a la Justicia", Corporación Opción-UNICEF, Santiago, 1998, págs. 75 y ss.

⁴⁶ En el sentido expuesto, MARTÍN LÓPEZ, M.T. afirma que "consecuencia de la nueva visión socio-jurídica del niño o menor como sujeto de derechos, es la nueva posición del menor infractor de la ley que también es sujeto de derechos, condición que debe manifestarse en el reconocimiento legal de unas garantías sustantivas en la administración de justicia juvenil", citando como derivados de dicha afirmación a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, reintegración –entendida como bienestar del menor– y humanidad. *Op. cit.*, págs. 155 y ss.

a los adultos⁴⁷. Con ello en el conflicto penal juvenil "la responsabilidad del joven pasa a primer plano y el hecho cometido será el punto de referencia del proceso y de las medidas a aplicar"⁴⁸, de modo tal que se proscriben las resoluciones y medidas indeterminadas, que no guarden la debida proporcionalidad con el hecho imputado, el cual siempre debe ser acreditado judicialmente en el proceso respectivo.

Sin embargo, y como ya adelantáramos, la propuesta no se limita al reconocimiento de garantías comunes a todo ser humano como base de los procesos de atribución de responsabilidad. Es necesario, adicionalmente, considerar "el interés superior del niño" como criterio básico de actuación a su respecto, en tanto definitorio de las modalidades de relación (intervención y tratamiento) para con su persona (titular de derechos). Este principio –consagrado en el artículo 3.1 de la CIDN–⁴⁹ constituye un criterio –prescriptivo, no programático– de orientación de la acción del Estado y de los adultos en general respecto de los menores de edad, determinando la necesidad de ajustar y dirigir los procesos de interacción con ellos en términos de promover y respetar sus derechos fundamentales⁵⁰, sustentados en base al principio de desarrollo o autonomía progresiva⁵¹. Detenta así un contenido concreto y, sobre su base, una función limitativa⁵².

Bajo esta perspectiva, la actuación para con el niño debe darle eficacia y vigencia a sus derechos, y no puede, a pretexto de su supuesto o real beneficio, justificar su restricción. No se puede actuar en interés del menor, restringiendo sus derechos y reconocerle con ello al mismo tiempo el carácter de sujeto y titular de los mismos. De esta forma, el criterio constituye un reforzamiento, necesario a la luz de la experiencia histórica que da cuenta de una "tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite (constituyendo) una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general"⁵³.

47 La mejor confirmación de ello lo reproducen los propios instrumentos internacionales y textos constitucionales que reconocen derechos individuales comunes a la especie humana, al señalar su atribución respecto de "toda persona", sin que en ello vaya establecido un elemento diferenciador en razón de la edad, como sucede por ejemplo en el encabezado del artículo 19 de nuestra Constitución. Con ello la conclusión es lógica: si se entiende que no le son aplicables dichos derechos, no se les reconoce el carácter de persona. Conforme a la nueva propuesta, al reconocerle el carácter de sujeto de derechos, las garantías que son propias de todo ser humano resultan plenamente aplicables a su respecto, y deben ser respetadas para atribuir a la intervención estatal legitimidad. Así lo confirma la sentencia española Nº 36/1991 (Vid. CERVELLO DONDERIS, V. y COLAS TUREGANO, A.: "La Responsabilidad Penal del Menor de Edad", Edit. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 103 y ss; y ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 33 y 34) y la famosa resolución dictada en el llamado caso Gault. (Vid. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 187)

48 Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 109.

49 "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración a que se atenderá será el interés superior del niño".

50 PÉREZ MARTELL señala: "Aplicar una definición al concepto de <protección integral> de <los derechos del niño>, no es fácil, pero sí es posible afirmar lo que se refiere a la protección de derechos. Una noción central de aquella, como lo es la del interés superior del niño, también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que signifique el pleno goce de los derechos del niño. De lo expuesto, estamos en que <protección integral> se refiere a protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos." (el destacado es mío). Vid. PÉREZ MARTELL, Op. cit., pág. 87.

51 Vid. Supra, Nota 39.

52 Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 80.

53 Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 80.

La consideración de este principio cruza toda la estructura del modelo de responsabilidad amparado en la doctrina de la protección integral y genera la necesidad de orientar las diversas intervenciones a ejecutar sobre el menor de edad, contenidas en el sistema penal, hacia su aplicación a este "sujeto" especial, en desarrollo progresivo. La intervención coactiva –restricción de derechos– coarta espacios de ejercicio de derechos, de autonomía y que, en definitiva, en esta etapa, constituyen espacios de formación. De ahí que deban administrarse procedimientos tendientes a minimizar dichos efectos desocializadores. De ello se extraen consecuencias consideradas "características" o elementos esenciales del modelo jurisdiccional o de responsabilidad, como son la utilización de la privación de libertad como último recurso, la necesaria consideración de un amplio catálogo de sanciones posibles de aplicar, la consagración de un sistema de determinación de la sanción en base a reglas de principios, la facultad de revisión de la medida, la disposición a la brevedad del proceso y el uso preferente de medidas de "diversión". Estas características se expresan como consecuencias del denominado principio de especialidad o naturaleza especial del sistema penal juvenil⁵⁴.

En este sentido MARTÍN LÓPEZ señala: "*La política de integración del menor (como sujeto de derechos, lectura propia de su interés superior) debe plasmarse también en los casos en que el menor ha entrado en conflicto con la ley penal (tras el fracaso de las políticas preventivas), porque le asiste, con un derecho específico y propio frente al Estado y a la sociedad, el derecho a la formación y la reintegración social*",⁵⁵ lo que permite diferenciar la propuesta de este modelo de aquellas que atribuyen a la intervención una finalidad meramente "educativa" o, en el extremo opuesto, un fin meramente sancionatorio o "retributivo".

Sobre esta base, los modelos de justicia (jurisdiccionales) o de responsabilidad implementados consideran esta dimensión "educativa" –por llamarla de alguna forma–⁵⁶, por lo que es inevitable encontrar en estos sistemas elementos asociados –propios en origen– al modelo educativo o del bienestar ("diversión", suspensión condicional, u oportunidad)⁵⁷, los que son considerados desde la propia lógica de intervención que

⁵⁴ Cabe destacar que las medidas de diversión y el sistema de individualización de la sanción admiten espacios al ejercicio de facultades discrecionales que deben ser ejercidas en el contexto que le da fundamento a su consideración en el sistema, esto es, en este caso, bajo el principio del interés superior del niño. No se trata por ende de optar por una medida alternativa al proceso o en aplicar el principio de oportunidad o, finalmente, en disponer el cumplimiento de un trabajo comunitario, en atención a que ello "favorece la educación del niño o adolescente". Se trata de adoptar dicha decisión en tanto constituye la alternativa de responsabilidad –y esto lo diferencia del sistema educativo– que en mejor forma concilia el respeto a sus derechos como persona en desarrollo. Los principios comprometidos, concatenados lógicamente, serían: a) Sujeto de derechos; b) autonomía progresiva; c) Interés superior del niño; y d) Responsabilidad penal especial.

⁵⁵ Vid. MARTÍN LÓPEZ, Op. cit., pág. 155 y págs. 160 y ss.

⁵⁶ Refiriéndose a los orígenes del modelo ORNOSA FERNÁNDEZ señala: "De lo anterior (en referencia a la idea de responsabilidad) se deriva un menor énfasis en la idea de protección y asistencia al menor y al mismo tiempo, un acercamiento a los planteamientos de la justicia penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa, con un importante número de medidas dirigidas a esos fines". Op. cit., pág. 34.

⁵⁷ Ello lleva a algunos autores a considerar que estos modelos "surgen de la yuxtaposición y sistematización de las características de los modelos más tradicionales como superación de sus respectivas carencias" (Vid. MARTÍN LÓPEZ, Op. cit., pág. 149). En el mismo sentido Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), "El Sistema Español de Justicia Juvenil", Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 53. Compartimos dicha afirmación en lo relativo a los modelos de bienestar y de responsabilidad, entendiendo que su base radica en el modelo clásico. Sin embargo no podemos coincidir en lo relativo al modelo tutelar, cuyos fundamentos –entendemos– se sitúan en el extremo perfectamente opuesto (Vid. sobre ello, el cuadro comparativo expuesto en PÉREZ MARTELL, Op. cit., pág. 76 y 77), lo que los hace incompatibles.

se propone como fundamento (autonomía y responsabilidad). De omitirse dicha consideración la estructura propuesta se transformaría en una formulación propia del sistema clásico, conforme a la disposición de sus elementos, la configuración de las finalidades de la pena y del rol del infractor con respecto a ellas⁵⁸.

Ello hace que usual, pero erróneamente, se le atribuya al modelo un carácter mixto, en base a la definición parcializada de sus elementos, y se lo denomine en consecuencia como un modelo "educativo-responsabilizador"⁵⁹. Precisamente esta separación de los elementos de responsabilidad y de orientación socio-educativa, a nuestro juicio inherentes en igual medida a los fundamentos del modelo, hace que para algunos autores la idea que encierra un modelo jurisdiccional o de responsabilidad "puro" se encuentre asociada exclusivamente a la simple extensión de las esferas de la responsabilidad penal hacia la franja adolescente, afirmada generalmente en base a criterios de culpabilidad de tipo normativo-psicológicos. Así por ejemplo MARTÍN LÓPEZ sitúa como fuente del modelo de responsabilidad a la tendencia represiva derivada de las características de la sociedad contemporánea y del pánico o temor al delito (sensación de inseguridad)⁶⁰. Bajo este concepto se le atribuye a la responsabilidad penal juvenil un efecto preventivo de carácter intimidatorio y, en algunos extremos –según sustenta este autor– se persigue lisa y llanamente una vuelta a la idea retributiva de la pena. A nuestro juicio es probablemente en base a estas consideraciones que dicho autor entiende que el sistema propuesto en este modelo sólo detenta una finalidad de intervención de tales características⁶¹.

Por el contrario, creemos que dicho concepto no es compatible con la experiencia demostrada por los sistemas que, bajo los fundamentos del modelo en comento, se han implementado o propuesto en la última década⁶², todos los cuales distan considerablemente de los caracteres propios de un sistema equivalente al modelo clásico antes descrito, al cual debiera tender naturalmente el retribucionismo o la base definitoria de la culpabilidad psicológica. Probablemente la confusión que se evidencia en la vinculación del modelo de responsabilidad con una lógica meramente punitiva o represiva, derivada de la coincidencia temporal de las bases de este modelo con dos corrientes que en la actualidad confluyen promoviendo una rigidización –y en su caso,

⁵⁸ Sobre el reflejo actual en algunos sistemas de ideas de corte represivo y la distancia que separa a dichos planteamientos del concepto clásico, precisamente en base a la consideración de componentes educativos, Vid. DÜNKEL, Op. cit., pág. 134 y 135 y, en general, págs. 129 y ss.

⁵⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *Actualidad Penal* N° 33, 2000, pág. 712.

⁶⁰ Vid. MARTÍN LOPEZ, Op. cit., pág. 89 y 90.

⁶¹ Vid. MARTÍN LOPEZ, Op. Cit., pág. 92. En el mismo sentido HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.): Op. cit., Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pag. 51 y ss.

⁶² Por citar algunos textos, se puede mencionar la Ley N° 7576 de Marzo de 1996 de Costa Rica sobre "Justicia Penal Juvenil"; la "Ley del Menor infractor" de El Salvador, promulgada mediante decreto N° 863 de Junio de 1994; la LO 5/2000 española "Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" de Enero de 2000. En general, para una completa recopilación de textos positivos latinoamericanos, con una breve exposición de sus fundamentos, Vid. GARCÍA MENDEZ / BELOFF (Comps.): "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", Edit. Temis/Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998, págs. 115 y ss.

expansión— de los caracteres de los sistemas penales y de los niveles de control social. Con ello nos referimos, por una parte, a propuestas de retorno a ideas retributivas derivadas del desencanto generado respecto del fin o ideal resocializador⁶³ —de mayor desarrollo institucional en el Estado de bienestar— en base a la falta de resultados positivos demostrables que evidencien mayores niveles de prevención real, en relación con el aumento denunciado —y afirmado— en los índices de delincuencia y en la violencia que caracteriza su ejecución, todo lo cual se refleja en expresivos *slogans* como el "Nothing Works" de Martinson⁶⁴. Por otro lado se suman en la misma orientación tendencias propias de los discursos de emergencia tributarios del concepto de "ley y orden" (tolerancia cero, seguridad ciudadana, entre otros)⁶⁵. Estas tendencias necesariamente chocan con los efectos y propuestas del modelo educativo, inconciliables con la sensación de inseguridad pública, demandándose responsabilidad sobre la base de afirmar la capacidad de "comprender y querer" en los adolescentes. En este sentido SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, afirma que: "La reacción social frente a la inseguridad pública cuestiona los programas de diversión y conciliación entre autor y víctima y reclama un aumento de las medidas represivas" reflejando una sensación de que se ha ido demasiado lejos⁶⁶.

Conforme al desarrollo histórico y argumentativo descrito podemos afirmar que el origen del modelo jurisdiccional o de responsabilidad no pareciera radicar en los presuntos excesos de libertad concedidos a los menores de edad por los sistemas educativos o de "diversión". Por el contrario, éste encuentra sus bases en la crítica a los excesos del sistema tutelar⁶⁷. Así lo confirman los fundamentos de la doctrina que le da sustento y los orígenes históricos de su configuración y diseño, generados a propósito de sentencias como la dictada en el conocido caso Gault⁶⁸, equivalente a la sentencia 36/1991 del TC que llevó a la modificación introducida a la LO 4/1992 española⁶⁹.

Finalmente, cabe destacar que el proyecto que actualmente debate el parlamento chileno, presentado a trámite legislativo en el año 2002, da cuenta de una estructura y

⁶³ Vid. LARRAURI, ELENA: "Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español", introducción a "Censurar y Castigar" de Andrew von Hirsch, Edit. Trotta, Madrid, 1998, págs. 11 a 13.

⁶⁴ Vid. TORRENTE, DIEGO: "Desviación y Delito", Edit. Alianza, Madrid, 2001, pág. 229; TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica", ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999, pág. 123.

⁶⁵ Existe una tercera vía que promueve o justifica el desarrollo expansivo del sistema de control penal en base a la consideración de los caracteres propios de la sociedad actual, definida como sociedad postindustrial o del riesgo. Sin embargo, dichos planteamientos no parecerían tener incidencia directa en la materia que nos ocupa, en tanto abordan fundamentalmente el llamado "Moderno Derecho Penal" englobando en tal concepto a las modalidades que asume el sistema penal frente a las nuevas realidades emanadas de la globalización y la tecnologización. Sobre ello Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", 2ª Edición, Edit. Civitas, Barcelona, 2001; MARTÍNEZ-BUJAN, CARLOS: "Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales" en MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.): "La Política Criminal en Europa", Atelier, Barcelona, 2003, págs. 91 a 106.

⁶⁶ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 107.

⁶⁷ Vid. GIMENEZ SALINAS, Op. cit., pág. 515.

⁶⁸ Vid. Supra nota 47.

⁶⁹ Vid. CERVELLÓ/COLÁS, Op. cit., págs. 103 y ss. y ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., págs. 33 y 34.

fundamentos similares a los propuestos en el modelo descrito, siguiendo el curso de las leyes de reforma impulsadas en el contexto Iberoamericano de la última década⁷⁰. Así, el mensaje de dicho proyecto señala: "El Proyecto de Ley que sometemos a vuestra consideración (...) busca adecuarse a los avances del derecho comparado, ser consistente teóricamente, considerar al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito. Las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas, como las contenidas en la nueva ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España, que entró en vigencia el 13 de Enero del año 2001 y la experiencia positiva y negativa de la aplicación de leyes similares en el contexto de América Latina, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 en Brasil. Consideran, también, las normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; (...) "Las respuestas penales contenidas en esta Ley tienen por finalidad, precisamente, sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora"⁷¹.

3. La especialidad del sistema penal juvenil: planteamiento del problema

Según hemos podido revisar, todos los modelos históricamente propuestos o implementados para el tratamiento jurídico de los conflictos de relevancia penal en que participan menores de edad asumen, con diferencias o matices, contenidos y características diversas en relación al sistema previsto de modo general para dar respuesta al mismo tipo de conflictos en caso que intervenga un adulto. Estas diferencias se extraen

⁷⁰ En la misma línea (al menos conceptual o de fundamento) se presenta la Ley N° 7576 de Marzo de 1996 de Costa Rica sobre "Justicia Penal Juvenil"; la "Ley del Menor Infractor" de El Salvador, promulgada mediante decreto N° 863 de Junio de 1994; la LO 5/2000 española "Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" de Enero de 2000. Respecto de esta última Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (en "Minoría de edad penal y derecho penal juvenil", pág. 112 y 113) y RÍOS MARTÍN (Op. cit., pág. 222), quienes consideran que con la modificación introducida previamente al ordenamiento español mediante la LO 4/1992, el sistema de dicho país queda en condiciones de ser catalogado bajo este modelo, lo que trae como consecuencia la incompatibilidad de los pretendidos objetivos educativos con los presupuestos formales de la "filosofía" punitiva. Probablemente dicha afirmación se toma del texto literal de la exposición de motivos de la LO 4/1992 que se atribuye dicha calificación (Vid. PÉREZ MARTELL, Op. cit., pág. 66). Consideramos acertada la objeción de incompatibilidad de objetivos, pero desacertada la calificación: dicho sistema corresponde a un híbrido que desarrolla una técnica de intervención tutelar con un procedimiento judicial legitimado, propio—desde esta óptica parcial—del sistema jurisdiccional, lo que dista mucho del "sentido" y fundamentos de los modelos de justicia o responsabilidad. La afirmación de incompatibilidad de este sistema híbrido resulta afirmada por GIMÉNEZ SALINAS y DE LA CUESTA ARZAMENDI, en cita al pie contenida en el texto de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ antes citado. El modelo implementado en la LO 5/2000 puede sí ser tributario de la idea inicial (propuesta mixta de los sistemas educativo y de justicia), sin que sea susceptible a su respecto objeción alguna de incoherencia.

⁷¹ Mensaje de S.E. El Presidente de la República N° 68-347 de 2 de Agosto de 2002, por medio del cual propone a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que "establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal".

básicamente desde dos órdenes de consideraciones, relativas, por un lado, a necesidades educativas o de formación de los menores de edad, y por otro, a falencias de culpabilidad, referidas a la capacidad de responsabilidad (imputabilidad).

Como hemos visto, algunos consideran que esas necesidades de tratamiento distinto o "especial" son de tal entidad que inevitablemente exigen sustraer de la construcción penal a estos conflictos, lo que se justifica fundamentalmente en la afirmación de carencia de responsabilidad en los menores de edad (modelo tutelar). Coherentemente el sistema de medidas de aseguramiento propuesto en reemplazo del sistema penal toma como base la necesidad de intervenir frente a aquellos casos en que las necesidades de formación o integración social así lo demandan.

Por el contrario, para otro sector –históricamente mayoritario– frente a estos conflictos debe intervenir en base a un sistema sancionatorio de carácter penal⁷², diverso de aquél previsto de manera general en el Código Penal de adultos, asumiendo, en consecuencia respecto de este último, un carácter "especial"⁷³. Las características "especiales" de dicho sistema parecieran derivar fundamentalmente⁷⁴, de la forma como se disponen las finalidades atribuidas a la pena (o medida), y al sistema penal, en caso de hacerse efectiva la responsabilidad de personas menores de edad, en atención a la consideración primordial del denominado "*principio educativo*". Ello se traduce –en clave de funciones de la pena– en la primacía del criterio preventivo general en sede de determinación legal del sistema y la primacía subsecuente del criterio preventivo especial positivo o reeducativo en sede de determinación judicial o individualización, y en sede de ejecución⁷⁵. La prevención especial positiva –en un sentido proactivo, equivalente a la función "*resocializadora*" atribuida a penas y medidas de seguridad– fundamentaría así el sentido "*educativo*" de las medidas o sanciones y de su imposición concreta⁷⁶. Por su parte, y en base a las mismas consideraciones, el fin preventivo general de la norma penal, que fundaría la extensión de la aplicación del sistema punitivo hacia los adolescentes mayores de 14 años, necesariamente cede frente a las "*necesidades educativas*" de dicho infractor, lo que se expresa en la proposición del "*interés del menor*" como criterio rector o central de la ley⁷⁷. De esta forma, el criterio

⁷² En el mismo sentido CERVELLO / COLÁS, *Op. cit.*, pág. 44; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 39; SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 159; VIANA BALLESTER, CLARA: "La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores", en *Revista Penal* Nº13, 2003, págs. 159 a 162 y 172 a 174.

⁷³ *Vid. por todos* CRUZ BLANCA, M. J.: "Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)", *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 87, Madrid, 2002, pág. 101.

⁷⁴ *Idem*, con cita de referencia a la literatura española.

⁷⁵ *Vid.* CRUZ BLANCA, MARIA JOSE: "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la Reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de Diciembre", en *Cuadernos de Política Criminal* Nº 75, 2001, pág. 485.

⁷⁶ *Oo. en relación al contenido de la función preventivo especial en el sistema penal juvenil en* CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 486.

⁷⁷ *Debe tenerse presente el riesgo implícito de vulneración de principios limitativos tradicionales del sistema penal de adultos. En dicho sentido, y observando críticamente el quebrantamiento de principios básicos del derecho penal liberal, como la proporcionalidad, en base al expediente "educativo" o del "interés del menor" se pronuncia GÓMEZ RIVERO, MARIA CARMEN: "La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000", en Revista Penal* Nº 9, 2002, págs. 8 ss.

del "interés del menor", entendido como interés educativo, y las exigencias que de éste derivan para el sistema, concurrirían, en principio, a justificar su especialidad de manera fundamental⁷⁸.

Adicionalmente, para algunos, existe un argumento complementario que concurre a sustentar la especialidad del sistema –y la primacía del criterio del interés del menor–, asumido de manera implícita en dicha justificación, relativo a la concurrencia de una capacidad de culpabilidad disminuida en el menor de edad⁷⁹. Así, algunos autores omiten el desarrollo de criterios diferenciadores⁸⁰, afirmando o suponiendo en todo caso la culpabilidad, volcando de esta forma todo el peso de la especialidad del sistema en el criterio educativo o del "interés del menor"⁸¹. Otros radican la diferencia en su falta de madurez o de desarrollo de la personalidad del adolescente⁸², carencia evolutiva que afecta negativamente su capacidad subjetiva de autodeterminación, pudiendo por ello exigirse una responsabilidad de nivel inferior a la que se extrae del comportamiento, completamente autónomo de un adulto.

En relación a ello, estimamos que efectivamente existe un marco de diferencia en el contenido de la culpabilidad que es posible afirmar respecto de adolescentes, lo que en caso alguno permite sustentar el que no sea posible atribuirles responsabilidad por su comportamiento. Ello, sobre esa base y considerando el carácter restrictivo de derechos que detentan las medidas correccionales, de aseguramiento o de tratamiento posibles de proponer, asumimos que estamos en presencia de una respuesta que ininterrumpidamente se ha encontrado históricamente confiada a las esferas del control penal, debiendo por ende reconocerse dicho carácter, formalmente.

De esta forma, entendiendo que la respuesta a la infracción penal de un adolescente detenta, ha detentado y debe detentar carácter penal, tanto el criterio del "interés del menor" como la constatación de su "culpabilidad disminuida", en cierta medida, contribuyen a sustentar la especialidad del sistema frente a aquél que se dispone de manera común para adultos.

⁷⁸ Así por ejemplo la Exposición de motivos de la LO 5/2000, española, apartado 1.5, señala: "(...) la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas."

⁷⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: "Minoría de edad penal y derecho penal juvenil", Edit. Comares, Granada, 1998, pág. 159.

⁸⁰ Vid. CEZÓN GONZÁLEZ, C.: "La Nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", Edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 44 y 45; ORNOSA FERNÁNDEZ (Op. cit., pág. 39), asume dicha posición en forma explícita y con un desarrollo doctrinario de sustento (en tanto las consecuencias son penales y se exige culpabilidad, se trata de una nueva fijación de dicho límite en los 14 años de edad), reconociendo la necesidad de profundización del problema. Se apoya con cita de texto en planteamientos similares de Gerardo Landrove y Francisco Bueno Arus.

⁸¹ Vid. por todos, con cita referencial, ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 39.

⁸² Para algunos incluso el centro de la especialidad del sistema lo ocupa precisamente esta falencia en el grado de madurez atribuido al menor, fundada en un desarrollo incompleto de su personalidad. Vid. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: "El Nuevo Derecho Penal de Menores", Edit. Civitas, 2002, pág. 158; GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: "La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores y las bases de la responsabilidad penal de estos y el derecho supletorio.", en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER (Coord.): "Justicia de Menores: una Justicia Mayor", Manuales de Formación Continuada Nº 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 52.

Sin embargo creemos que su formulación en los términos esbozados en el desarrollo previo del presente texto no resultan suficientes para justificar tal conclusión, pudiendo incluso los conceptos propuestos ser funcionales a opciones o modelos de tratamiento –formal– del conflicto penal juvenil completamente diversos⁸³, históricamente propuestos, implementados y hoy en día abandonados o en curso de abolición⁸⁴. Por ello, creemos que esta base de fundamentación requiere de un complemento, necesario para los efectos de una adecuada interpretación del rol que cumplen las diversas instituciones del sistema penal –incluyendo aquellas de naturaleza procesal– en su aplicación frente a adolescentes que incurrir en conductas de naturaleza delictual.

Este complemento o redefinición de dichos criterios resulta particularmente relevante a la hora de justificar las decisiones que pueden adoptarse en los espacios de discrecionalidad reglados que se disponen o pueden disponerse en un sistema penal de adolescentes, los cuales deben considerarse en mayor medida que en la regulación penal general aplicable a los adultos, en atención a los mismos motivos que subyacen a los criterios de interpretación que proponemos. Creemos que el mayor riesgo de una inadecuada comprensión del sentido de dichos criterios, principios o directrices concede espacios abiertos al exceso de la intervención estatal, a una aplicación desigualitaria del sistema o, en definitiva, a una desformalización –sin controles– que posibilita soluciones arbitrarias, todo lo cual incide inevitablemente en una inadecuada obtención de los efectos que se esperan conseguir con la consagración y aplicación de dicho sistema.

Iniciaremos el tratamiento en base al análisis de los presupuestos de atribución de responsabilidad personal, para luego, y sobre esa base, avocarnos al tratamiento del denominado "principio educativo" y su expresión en base al criterio del "interés superior del niño".

4. Los presupuestos de atribución de culpabilidad / responsabilidad (La culpabilidad y el discernimiento: su papel en el sistema penal juvenil)

Según señalamos previamente se afirma que la culpabilidad, como categoría sistemática y principio legitimador de la intervención, concurre en igualdad de condiciones a

⁸³ La imputabilidad disminuida, fundada en defectos de madurez, puede justificar la imposición de una sanción penal prevista de modo general para adultos, impuesta en forma atenuada, idéntica en naturaleza y finalidad a aquellas previstas en el sistema penal general (modelo clásico liberal), como aquella que se dispone en base al artículo 72 de nuestro Código Penal. A su vez, la primacía absoluta de criterios preventivo especiales resocializadores o "educativos" lleva –en un extremo– a un fundamento de intervención de base peligrosista, que opera en base a la afirmación de defectos de socialización construidos bajo un concepto de incapacidad, mecanismos que resultan propios del correccionalismo defensivo. Finalmente, el sustentar la primacía de dichos criterios, considerados conjuntamente, en fase de individualización y ejecución de la pena, supone su interacción en términos similares a lo que hoy en día puede afirmarse, en idénticos términos, respecto del sistema penal aplicable a adultos, con leves matices que no resultan suficientes para fundar la aplicación de un sistema de características diferenciadas o especiales.

⁸⁴ La concurrencia de ambos supuestos (capacidad disminuida y educación), nos sitúan en un referente aparentemente contradictorio, en tanto concurren a fundar el sistema y la sanción –o medida– consideraciones apoyadas en la idea de culpabilidad –lo que conlleva afirmaciones de responsabilidad y de autonomía– y otras que promueven la intervención en miras a complementar defectos de formación. Más bien, no se actúa sobre la base de la "capacidad" afirmada, sino en razón a falencias de la misma y sobre ellas, para procurar su complemento. Cabe destacar que el denominado "modelo educativo" propone una estructura de similares características.

justificar la responsabilidad penal de adultos y adolescentes⁸⁵. En algunos casos, dicha afirmación se extrae implícitamente de la ausencia de consideraciones que expliciten un criterio diferenciador, no obstante exigirse un actuar "culpable" en el menor de edad.

No compartimos la posición de quienes sustentan esta equivalencia⁸⁶, partiendo de la base que es necesario explicitar un criterio o elemento sistemático o político criminal que permita no aplicar una sanción penal general –regulada en el Código Penal– a un adolescente que ha infringido la ley penal, no obstante afirmarse su culpabilidad. Tampoco compartimos la afirmación de quienes, en una línea diversa, radican dicho criterio en un defecto atribuible a la falta de madurez, relación personal o desarrollo del adolescente⁸⁷, en base a dos órdenes de consideraciones que pasamos a revisar a continuación y que se refieren, por un lado, a su contenido (la afirmación de un defecto de madurez o desarrollo) y por otro, a la imposibilidad de su afirmación práctica en cada caso concreto⁸⁸.

a) Los problemas que propone madurez –en tanto capacidad personal individual– como fundamento de la intervención penal en adolescentes.

Partimos de la base que la consideración de elementos relativos a las posibilidades de interacción del niño o adolescente en su medio pueden efectivamente ser útiles para fundar una opción político criminal en base a la cual se regulen efectos jurídicos en el marco de la atribución y reproche individual de comportamientos punibles. Para ello, su consideración requiere inevitablemente ser mediatizada en un criterio o parámetro de atribución susceptible de ser aplicado de forma igualitaria a todos quienes se encuentren en una condición semejante.⁸⁹

Por otro lado, el exigir un criterio relativo a la madurez o a una capacidad personal determinada,⁹⁰ para efectos de proceder a una imputación, necesariamente requiere

⁸⁵ Vid *Supra*, notas 79 y 80.

⁸⁶ En el mismo sentido ALBRECHT, considera "problemática una utilización universalística de la categoría sistemática jurídico penal de la <culpabilidad> en el derecho penal de menores", ALBRECHT, PETER-ALEXIS: "El Derecho Penal de Menores", trad. Bustos Ramírez, Juan, Edit. PPU, Barcelona, 1990, pág. 122.

⁸⁷ En el sentido objetado MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: "Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño", en *del mismo* (Coord.): "La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención", Monografías Civitas, Madrid, 2001, págs. 150 y ss., quien incluso –a nuestro juicio erróneamente– fundamenta dicha afirmación con referencia a los criterios y normativa propia de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Cabe destacar que sobre esa base concluye, acertadamente, que las diferencias presentes en la personalidad del adolescente no detentan solamente un contenido evolutivo o de desarrollo sino también social, lo que lleva a afirmar a su respecto una responsabilidad diversa a la de un adulto (pág. 152).

⁸⁸ Asumimos que los requisitos de atribución de un hecho delictivo requieren no sólo de afirmación abstracta, general o estadística, sino que requieren de acreditación concreta para atribuirles relevancia legitimante de la intervención penal. Sobre ello VID SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 167 y 169.

⁸⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN: "Lecciones de Derecho Penal", Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 342.

⁹⁰ El criterio se formula inicialmente (fórmula psicológica) para exigir acreditación de la capacidad en cada caso, siendo abandonado hoy en día. En su reemplazo los sistemas mixtos buscaron la afirmación o negación de dicha capacidad dentro de cierto rango de edad., Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 31 y ss; MAURACH / GOSSEL / ZIPF: "Derecho Penal. Parte General", 7ª edición, Tomos I y II, traducción Jorge Boffil G., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, T1, pág. 635.

poder ser confirmado –por concurrencia o ausencia–⁹¹ en concreto,⁹² para lo cual necesita de un mecanismo, procedimiento o instituto que permita proceder a su afirmación. De lo contrario el sistema permitiría entender que el nivel de madurez concurrente en todos quienes detentan entre 14 y 18 años de edad permite suficientemente fundar un reproche de culpabilidad –inferior, en todo caso, a aquél que es posible sustentar respecto de un adulto– sin que exista la posibilidad de justificar, en el caso concreto, la no concurrencia de los niveles suficientes de autodeterminación, o afirmar en su caso, la concurrencia de niveles de autonomía asimilables a los de un adulto, elemento que, de fondo, opera como fundamento material de atribución individual o personal.

El único procedimiento conducente a dicho fin pareciera haberse encontrado en la vieja fórmula del juicio o examen de "discernimiento", mecanismo que históricamente ha demostrado ser incapaz de cumplir de manera efectiva dicha función (demostrar que el adolescente contaba, en el momento preciso de ejecución de la conducta –normalmente distanciada en el tiempo de la época del diagnóstico– con la capacidad de comprender el sentido de sus actos, las valoraciones normativas y orientar su comportamiento en consecuencia)⁹³, recurriendo constantemente a parámetros diversos a la capacidad individual para sustentar el mérito de sus conclusiones. De hecho puede constatar que la mayoría de ellos son extraídos de las condiciones sociales que rodean al hecho y particularmente al adolescente, acercándonos de esta forma a su acreditación en base a elementos propios de una culpabilidad por la conducción de la vida⁹⁴, o, alternativamente, a criterios de peligrosidad derivados del medio o entorno social⁹⁵.

⁹¹ Si sobre una base biológica (fijación de un tramo de edad), se presume la capacidad, debe poder ser desmentida –por el mismo expediente o mecanismo– pues de lo contrario se consideraría presumida iuris et de iure, lo que resultaría proscrito en el ámbito del derecho penal (presunción de derecho de responsabilidad).

⁹² A este respecto y en relación a los sistemas que fundan la culpabilidad en una capacidad personal de determinación (el "poder en lugar de") SILVA SANCHEZ afirma: "Evidentemente, un planteamiento de esta naturaleza hace necesario, en el caso que aquí interesa, realizar un juicio individual de discernimiento." Agrega, en cita a García Andrade, que: "una perspectiva bio-psicológica individual, centrada en el discernimiento (y no en cambio en la necesidad de pena) exigiría un análisis caso por caso, huyendo de generalizaciones [...]". Op. cit., pág. 167 y 169. En el mismo sentido González Zorrilla, citado por ACERVELLO / COLÁS, Op. cit., pág. 52 y Nowakowski, citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 157.

⁹³ VIVES ANTÓN sentencia categóricamente: "Si hay algo filosóficamente pacífico en nuestro tiempo es la idea de que ese presupuesto (culpabilidad) no puede demostrarse ni en general, ni, menos aún, en un caso concreto", en VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: "Constitución y Derecho Penal de Menores" en, del mismo, "La Libertad como Pretexto", edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 351. (texto en negrilla incorporado en el original). En el mismo sentido SILVA SANCHEZ, quien en relación al discernimiento señala: "sobre cuya dificultad de comprobación caso por caso no es necesario insistir". Op. cit., pág. 183. Por su parte CILLERO BRUÑO, MIGUEL, afirma: "Desde un punto de vista empírico el discernimiento en sentido clásico resulta ser una cualidad difusa de imposible determinación, que se presta para interpretaciones subjetivas del juzgador o de los peritos que apoyan su decisión". Vid. CILLERO BRUÑO, MIGUEL, en Politoff / Ortíz (Dir.): Matus (Coord.): "Texto y Comentarios del Código Penal Chileno", Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, pág. 123.

⁹⁴ Vid. ZAFFARONI, Op. Cit., págs. 659 y 661 a 665.

⁹⁵ Vid. GARCÍA PÉREZ, O., Op. cit., pág. 67: "El grado de madurez constituye un elemento normativo de difícil precisión. En cualquier caso es necesario huir de una configuración meramente psicológica de este requisito, pues, como hemos visto en la fundamentación, no se deben perder de vista los factores sociales". Asimismo CUELLO CONTRERAS, quien para definir el concepto material de la capacidad de culpabilidad disminuida del infractor adolescente recurre a criterios propios del entorno que rodea al menor, en los siguientes términos: "déficits educativos de la primera infancia (p. ej. malos tratos o abusos sexuales), haber sido educado fuera de la familia, en centros cerrados (internado, reformatorio, etc.) o la procedencia de una cultura diferente a aquella en que se vive (hijos de inmigrantes), etc. pueden ser criterios muy indicativos de una falta de madurez en la dinámica del hecho", en una clara referencia a fenómenos de la vida del infractor, pre-existentes y desvinculados del hecho que se imputa. Vid. CUELLO CONTRERAS, Op. cit., págs. 50 y ss. y en especial pag. 55.

A este respecto, y en un sentido crítico –que compartimos– CARMONA SALGADO afirma: "creo personalmente que resulta a todas luces evidente la ambigüedad e indefinición de que adolece este último término, es decir, el relativo a la madurez; concepto socio-cultural, cargado de una buena dosis de relativismo, por lo demás de muy difícil concreción en la práctica, pues al estar estrechamente vinculado a las condiciones sociales vigentes queda sometido en cuanto a su determinación a la total discrecionalidad del juez"⁹⁶. En el mismo sentido, se pronuncia ALBRECHT, señalando que: "La mayoría de los criterios enunciados son tan indeterminados que casi no sirven para la aplicación práctica, pero todavía menos son defendibles como característica de tipicidad convincente de una u otra etapa" relativa al desarrollo evolutivo de la persona⁹⁷. Debemos especificar que esta última afirmación la expone ALBRECHT a propósito del análisis de un procedimiento de evaluación de criterios de "madurez" análogo al previsto de manera tradicional para determinar la imputabilidad de los adolescentes –en base al cual se permite en Alemania la aplicación del sistema propio de adolescentes a personas mayores de edad que detentan hasta 21 años– que sin embargo resulta del todo pertinente⁹⁸, en tanto el objeto de análisis es idéntico⁹⁹.

No obstante lo señalado, es posible constatar la existencia de una relación entre dichos factores de orden u origen social y las bases de afirmación de un concepto de culpabilidad personal, toda vez que éste detenta evidentemente una dimensión social¹⁰⁰, apoyando su construcción y afirmación en consideraciones externas al individuo¹⁰¹.

Ello, sin embargo, no implica que necesariamente debamos definirla desde dichas condiciones sociales, pues nos acercáramos –como ya señalamos– a un concepto de culpabilidad por la conducción de la vida, o, en su caso, nos llevaría a desechar directamente el concepto, sustituyéndolo por otro que, coherentemente, se funde en dichas condiciones, como es la peligrosidad. Esta es precisamente la tendencia vivida por el juicio de discernimiento en la época de vigencia del sistema clásico y su aplicación mixta en el sistema positivista, en virtud de lo cual casi siempre se fundó –en su desarrollo como pericia– en una prognosis, en lugar de un diagnóstico, materializándose o

⁹⁶ Vid. CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN: "Algunas Observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de Enero", en RECPC 04-03, año 2002, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html, pág. 3.

⁹⁷ ALBRECHT, Op. cit., pág. 140 y 142. Vid. asimismo pág. 130 (letra c)), con referencia a criterios presentes en la práctica de los operadores del sistema alemán.

⁹⁸ Así, tanto en Alemania como en España se radica el detonante subjetivo, personal, de dicho sistema en lo que la ley denomina la "madurez", concepto –equivalente– definido como capacidad individual y de relación. Sobre ello Vid. MAURACH / GOSSEL / ZIPF, Op. cit., T 1, pág. 639.

⁹⁹ En el sentido expuesto se pronuncia expresamente CUELLO CONTRERAS, Op. cit., pág. 67.

¹⁰⁰ No hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. "La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social". Sobre ambas afirmaciones Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Introducción, en CLAUS ROXIN: "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", traducción de Muñoz Conde, Edit. Reus, Madrid, 1981, passim; Asimismo, BUSTOS / HORMAZABAL, Op. cit., pág., 317 a 327.

¹⁰¹ En ese sentido Torio López, citado por SANCHEZ GARÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 29 y ss.

formalizándose como si fuera esto último. Ello hace que el resultado de este mecanismo sea tributario o funcional a un concepto propio de un derecho penal de autor o, como señalamos, a una culpabilidad por la conducción de la vida, por lo que, estimamos, debe ser desechado¹⁰².

En otro ámbito, reproducimos adicionalmente las críticas históricamente formuladas respecto de concepciones de culpabilidad fundadas en la capacidad subjetiva, real o psicológica, del individuo, tributarios en su mayoría de un fin exclusivamente retributivo de la pena¹⁰³, y que hoy en día resultan prácticamente desechados o no sustentados¹⁰⁴.

Sobre la base de esas mismas críticas, asumiremos el tratamiento de la supuesta "imputabilidad disminuida" del adolescente, afirmación que entendemos detenta una doble objeción de ilegitimidad.

La primera radica en las dificultades de asumir que el criterio de la capacidad de culpabilidad pueda ser satisfecho de manera parcial, o, lo que es lo mismo, que detente instancias o etapas de satisfacción o concurrencia intermedias o parciales, considerando su contenido (cualquiera que se proponga y que se corresponda con un fundamento radicado en una capacidad psíquica o personal) y el rol que cumple en el sistema penal. Ello, pues una "capacidad", como concepto y atributo, reconocido o afirmado respecto de una persona, se tiene o no se tiene, puede afirmarse o negarse¹⁰⁵, pero no se detenta "parcialmente". Es decir, ante la pregunta sobre si una persona puede o no ser capaz de culpabilidad, debiéramos, bajo este supuesto responder que "sí" o que "no", o incluso que "tal vez" –dando paso a la certeza, por ejemplo, en base a mecanismos como el discernimiento– pero nunca podríamos responder que "más o menos". En este sentido asumimos como íntegramente correctas las palabras de CURY quien afirma que: "La imputabilidad, como tal, es un estado personal que determina una cierta consecuencia (la incapacidad de autodeterminación) y, por consiguiente, no admite gradaciones. El sujeto es o no capaz de comprender lo injusto y actuar en consecuencia; el factor intelectual, desde luego, es indivisible, porque no existe un "entender a medias"; en cuanto al volitivo, como capacidad personal subsiste aunque se encuentre limitado, o bien no existe del todo"^{106 107}.

¹⁰² Vid. *Supra*, nota 94.

¹⁰³ Vid. SILVA SANCHEZ, *Op. cit.*, pág. 166 a 171.

¹⁰⁴ No corresponde repetir en este lugar dicho planteamiento crítico. Sobre ello Vid. BUSTOS / HORMAZABAL., *Op. cit.*, págs. 313 a 319; Asimismo, MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*, *passim* y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, págs. 6 a 30.

¹⁰⁵ En el sentido expuesto MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Op. cit.*, pág. 909. Oo. en CERVELLO / COLÁS, *Op. cit.*, pág. 51, citando en el mismo sentido a Torio López y Caba/Vives.

¹⁰⁶ Vid. CURY URZÚA, ENRIQUE: "Derecho Penal. Parte General." Tomo II, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 45. Vid. *asimismo*, págs. 32 y ss.

¹⁰⁷ En su caso puede afirmarse la concurrencia de culpabilidad disminuida, cuando alguno de los presupuestos de la exigibilidad, impongan normativamente un menor nivel de reproche. En lo demás, se tiene o no se tiene capacidad y se conoce, o más bien, se puede conocer el carácter injusto del hecho. En caso contrario, no se satisface el requisito respectivo.

La segunda observación deriva de la concepción de "persona" que se sustente respecto del menor de edad. Para su explicación debemos recordar que en forma paralela el sistema presupone, por regla general, la concurrencia de las capacidades de opción libre o autónoma en un adulto, presumiendo con ello la "capacidad de culpabilidad" (imputabilidad) sin que exista un expediente que permita justificar lo contrario, en una condición diversa al padecimiento de una patología (la falencia de madurez deja subsistente la responsabilidad)¹⁰⁸. Bajo este supuesto de manera "mágica" (o, a decir verdad, estadísticamente) se asume mayoritariamente la concurrencia de un grado de madurez suficiente al alcanzar los 18 años, cuya falencia sólo resulta atribuible a un fenómeno equivalente a una enfermedad o patología. Este expediente, en consecuencia, asume factores asociados a la inmadurez como un defecto de formación¹⁰⁹, como una patología, situando al adolescente –y en España y Alemania, al adulto, menor de 21 años, "inmaduro"– como un sujeto "anormal", en relación a lo que se considera constituyen los presupuestos generales de interacción social, definidos o, más bien, contruidos jurídica y socialmente como representativos de las "condiciones normales"¹¹⁰. Ello, efectivamente contribuye a sustentar un menor nivel de reproche, pero, y al mismo tiempo, permite afirmar hipotéticamente la posibilidad de una intervención de complemento, dirigida a la "normalización" de naturaleza paternalista o correccional¹¹¹.

Creemos, por el contrario, que el menor de edad no es una persona anormal, defectuosa o incompleta, sino diferente, lo que pasa por asumir una redefinición de los presupuestos de interacción social, o más bien, del rol, requisitos y presupuestos del concepto de "persona" o "sujeto" desde el punto de vista de la interacción en sociedad¹¹².

A todo lo que hemos señalado debemos agregar finalmente las dificultades que detenta la sola fijación de un parámetro de madurez, autodeterminación física y psíquica, o motivabilidad a acreditar, que sea diferente del exigible a un adulto, en términos que hagan posible sustentar un concepto de culpabilidad diverso o especial¹¹³. Ello pasa

¹⁰⁸ Si bien en la actualidad algunos modelos (particularmente el Español y el Alemán) permiten argumentar la falta de madurez para ser tratado como adolescente respecto de adultos de hasta 21 años, ello no se opone a la afirmación realizada, no sólo por corresponder a una modalidad es de reciente generación, en ambos modelos, sino por obedecer a un fundamento diverso, según veremos más adelante.

¹⁰⁹ Oo. En MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: "La insuficiente madurez del joven constituye sólo la consecuencia de un proceso de evolución fisiológica aún no concluido". MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Op. cit.*, T1, pág. 637.

¹¹⁰ La diversa categorización de conductas que realiza el ordenamiento jurídico permite asumir que éste construye una determinada forma de aproximación social a dichos comportamientos. En ello el proceso de criminalización primaria cumple un rol definitorio de la "normalidad social" en base a definir lo intolerable. Vid. ZAFFARONI, *Op. Cit.*, pág. 7 y ss.

¹¹¹ Vid. CILLERO BRUÑOL, *Op. cit.*, pág. 124.

¹¹² En HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.): "El Sistema Español de Justicia Juvenil", Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 28, se argumenta la necesidad de no asignar un tratamiento a los menores de edad comparable o equiparable al de los incapaces, entendiendo –a nuestro juicio erróneamente– que ello conlleva efectos que justifican una intervención de tipo paternalista.

¹¹³ A este respecto ALBRECHT señala: "El concepto de madurez (estado de desarrollo físico social o bien psíquico) corresponde <a una convención dependiente sociocultural: está cargada ideológicamente, orientada al caso ideal y no es computable ni medible" (él destacado es mío). *Op. cit.*, pág. 129. Especialmente en págs. 131 y ss. hace referencia a la diversidad de criterios sustentables y resoluciones "pragmáticas" y "escépticas" adoptadas en función del criterio, que resulta –en el caso alemán– posible de ser afirmado o negado, en concreto. Vid., asimismo, *Supra cita de CARMONA SALGADO en nota 96.*

por afirmar cuales de las aptitudes, capacidades o características que debe detentar, y que son inferiores a las que tiene un adulto, hacen que su posición frente a la norma y las posibilidades de adecuación "voluntarias" de su comportamiento a las mismas sean diferentes, pero a la vez suficientes para atribuir responsabilidad¹¹⁴.

En términos generales e hipotéticos la "falencia" que el menor de edad pudiere detentar podría situarse en su capacidad de comprensión, volitiva, de desarrollo moral, de autocontrol o en todas ellas. Sobre ello preferentemente se argumenta que a la edad de 10 o máximo 12 años se han adquirido las capacidades intelectivas, de desarrollo moral y de autoregulación, que permitirían configurar los presupuestos de la culpabilidad, pero que sin embargo, por encontrarnos en un periodo de experimentación y aprendizaje, en el cual son frecuentes las conductas desviadas marginales y los efectos propios de las crisis de identidad que, por reacción, hacen compleja la adaptación del comportamiento a la representación moral, se trata necesariamente de una culpabilidad presente en forma disminuida¹¹⁵. De esta forma el elemento diferenciador se situaría no tanto en el ámbito de las facultades de asimilación conceptual o normativa, sino en las facultades o potestades que le permiten al adolescente adaptar su comportamiento a las prescripciones normativas, en igualdad de condiciones que un adulto.

Dichas diferencias, efectivamente existentes en nuestro concepto, inciden en la ponderación de las decisiones que adopta un adolescente a la hora de enfrentar un mensaje normativo referido a su comportamiento. Sin embargo, ese no parece ser el único efecto, en tanto esas mismas diferencias, también inciden en la valoración interna que el menor de edad realiza en relación a dicho comportamiento, efectuada desde sus posibilidades concretas de percepción del desarrollo y desenvolvimiento humano en sociedad, en tanto adolescente¹¹⁶. De esta forma, existen diferencias en su motivabilidad y en la percepción valorativa del mandato legal.

Por ello, creemos que sobre esa afirmación es posible extraer un concepto diferenciado de capacidad, pero autónomo, no definido desde la atribución que se afirma respecto a la capacidad de un adulto. De esta forma, no se trata de un concepto de capacidad presente en forma incompleta, sino de su propia capacidad como adolescente¹¹⁷.

¹¹⁴ Sobre ello y aun considerando que se manifiesta favorable a la utilización del criterio, Torio López afirma: "la cuestión más trascendental que la imputabilidad plantea es precisamente el hallazgo de aquellos factores subjetivos o personales, que en el sentido del conocimiento psiquiátrico y psicológico aparecen como condiciones, dotadas de cierta estabilidad, influyentes en el comportamiento", texto citado en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pág. 30; Asimismo Vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., pág. 164: "En concreto debe procederse a esclarecer el significado del concepto jurídico-penal de culpabilidad, pues no en vano se afirma comúnmente que los menores de edad, que pueden realizar hechos penalmente antijurídicos, son en cambio <inculpables>".

¹¹⁵ Vid. CERVELLO / COLÁS, Op. cit., pág. 53 y 55; Movilla Alvarez sitúa precisamente el problema en lo que denomina la capacidad de "querer" y no en la capacidad de "entender", citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit. pág. 36.

¹¹⁶ Estas diferencias también se expresan en otros caracteres propios de su condición de persona en desarrollo que con posterioridad profundizaremos.

¹¹⁷ Incluso, esta base, unida a otros caracteres posibles de afirmar respecto de la personalidad de los adolescentes, ha permitido a algunos autores justificar un concepto de injusto diferenciado o propio, en relación a aquel que prevé de manera general la legislación penal de adultos. Por ello retomaremos el tema a propósito del tratamiento del injusto en el sistema penal juvenil, *Infra b) i.*

Si bien podría estimarse que la diferencia de enfoques enunciada sólo detenta caracteres formales o argumentativos, representando un concepto materialmente equivalente, son múltiples los argumentos que nos permiten darle sentido de manera útil. En primer lugar permite no concebir la capacidad de un adolescente como un defecto o falencia, lo que detenta relevancia a la hora de caracterizar los objetivos de la intervención y su contenido, permitiendo asimismo reafirmar su naturaleza punitiva. Permite desechar toda idea paternalista o correccionalista como base del sistema, proscribiendo la consideración de contenidos de corte socializador o resocializador como presupuestos básicos de la intervención. De ello, asimismo, se desprende el rechazo a la aplicación indeterminada de consecuencias (sanciones o medidas). Así, y como señalamos previamente, la diferente capacidad de atribución de responsabilidad que es posible sustentar respecto de un adolescente lleva a la aplicación de un sistema de consecuencias de su responsabilidad que en su naturaleza es diverso respecto de la sanción de un adulto, no siendo suficiente una respuesta que refleje esa diferencia en una mera aplicación atenuada de las sanciones generales, como la propuesta en los modelos propios del liberalismo clásico.

Por otro lado, la argumentación expuesta puede ser sustentada –y por ello reafirmada– desde un origen diverso, relativo al contenido material de la culpabilidad. Desde un punto de vista sistemático y formal la imputabilidad es capacidad de culpabilidad¹¹⁸. Su contenido material no puede ser definido desde un punto de vista personal individual, como capacidad biológica, sino como capacidad de relación. De ahí que las diferencias del adolescente y del adulto no radiquen en su propia personalidad evolutiva sino en sus características de relación con la sociedad¹¹⁹. Por ello, el considerar la existencia de caracteres comunes, propios de la personalidad del adolescente, nos lleva a categorizar sus modalidades de relación de manera diversa a aquella que realiza un adulto. Así, como antes señalamos, la consideración de sus caracteres propios nos permiten afirmar que el fundamento de atribución de responsabilidad (la capacidad de culpabilidad) no radica en una "imputabilidad disminuida" sino en su propia "imputabilidad" como adolescente¹²⁰. En tanto no resulta posible recurrir a la acreditación concreta de una capacidad personal individual y en tanto dicho concepto no da debida cuenta de la dimensión social de la capacidad individual, en un ámbito netamente valorativo, el contenido de dicha atribución no puede ser sustentado en la madurez o desarrollo alcanzado por el adolescente, sino en los ámbitos de autonomía y niveles de participación que le son socialmente reconocidos al menor de edad, conforme a su natural proceso evolutivo. "El fundamento material común a este criterio de imputación

¹¹⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 30.

¹¹⁹ En el mismo sentido y con el mismo concepto, aplicado a una culpabilidad estrictamente fundada en base a criterios de necesidad preventiva de pena, se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 169.

¹²⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: "El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?", en *Revista Penal* N° 8, 2001, pág. 77.

que denominamos con el nombre de culpabilidad debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad en una vida en común (...).¹²¹ Dicho marco de desarrollo, es prácticamente nulo en el caso de un infante, lo que justifica la ausencia de consecuencias que se le atribuyen a su actividad infraccional. Los adolescentes son imputables, y la consecuencia de su capacidad de imputabilidad es su responsabilidad, la cual es medida por las exigencias que el Estado legítimamente puede afirmar en base a la esfera de auto-determinación que les reconoce¹²², y que en este caso, por ser menor que la atribuida a un adulto, es igual y proporcionalmente, inferior¹²³.

b) El fundamento de la "responsabilidad" penal juvenil.

En el contexto de un Estado de derecho –y por regla general– resulta posible atribuir consecuencias fundadas en la responsabilidad individual por el desarrollo de un comportamiento personal lesivo de intereses de terceros, en tanto se afirme positivamente un daño (lesividad) y un juicio de reproche personal (culpabilidad), esquema que se repite en el contexto del funcionamiento del sistema penal. Las características de sus presupuestos y de sus consecuencias (hecho tipificado como delito y sanción penal, respectivamente), y su entidad, justifican en estos casos la intervención Estatal y la expropiación del conflicto del ámbito de los particulares que se hayan visto afectados.

Así, no se legitima dicha intervención en caso de no ser posible sustentar presupuestos que permitan atribuir o imputar la producción del daño al comportamiento autónomo de una persona determinada. En el mismo plano, de legitimidad, dichos presupuestos deben suponer no solamente un nivel determinado de capacidades físicas y psíquicas que habiliten, o posibiliten, el desarrollo de un comportamiento personal autónomo –individualmente decidido y ejecutado–, sino que requiere del reconocimiento jurídico –social y formal– de dicha titularidad o capacidad¹²⁴. De esta forma,

¹²¹ Vid. MUNOZ CONDE, *Op. cit.*, pág. 34.

¹²² En relación al concepto de culpabilidad (en general, en derecho penal) BUSTOS / HORMAZABAL señala: "No se trata de un juicio a las capacidades de las personas, sino a la capacidad del Estado, en definitiva de su legitimación, para exigir esa respuesta a la persona y para ello el Estado (...) respecto de ese individuo concreto ha de haber promoviéndolas condiciones para que su libertad e igualdad sea real y efectiva (...) facilitando su participación en la vida política, económica, cultural y social, (...) Por eso culpabilidad es exigibilidad, o sea, capacidad no de la persona para dar una respuesta determinada, sino capacidad del Estado para exigir esa respuesta". *Op. cit.*, pág. 336.

¹²³ Las bases de esta afirmación presentan mayores similitudes con el fundamento expuesto en la denominada "teoría del sujeto responsable" de BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZABAL MALAREE, *Op. cit.*, pág. 330 y ss). Existen, asimismo, otros conceptos de culpabilidad definidos en términos "participativos" o "democráticos" (así las construcciones propuestas por Günther o Kindhäuser) los que básicamente hemos desechado como fuente de sustento por detentar, como base común, el considerar un concepto de responsabilidad emanado de una "especie de renuncia del ciudadano" frente al Estado. Sobre ello es posible encontrar una síntesis expositiva en DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: "Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho", Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías Nº 254, Valencia, 2002, pág. 131. En todo caso, resulta especialmente interesante el desarrollo de la tesis de Kindhäuser, en tanto considera ejemplos propios del ámbito de la responsabilidad de menores de edad. (*Op. cit.*, págs. 133 y ss.)

¹²⁴ Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *Op. cit.*, pág. 23 y ss., quien se pronuncia en un sentido similar, desde la base de la necesidad de reconocimiento jurídico de la capacidad personal.

para su consideración como fuente de atribución de consecuencias jurídicas, la autonomía individual se encuentra constituida, básicamente, por el espacio de interacción social que es reconocido y atribuido a cada individuo en los instrumentos –preferente, pero no exclusivamente formales– de control social, asumiendo asimismo que la interacción organizada supone niveles control.

Dichos espacios de reconocimiento requieren, evidentemente, de un sustrato material que permita sustentarlos¹²⁵, afirmado por un juicio de carácter general. Dicha afirmación debe dar cuenta de la posibilidad real de desarrollo de una potencialidad o facultad por parte de un conjunto de sujetos. Asumida dicha posibilidad real se reconoce como capacidad formal en todo aquél en quien concurran sus presupuestos de forma equivalente o igualitaria. Se asume, por ese mismo hecho, la posibilidad de exigir responsabilidad por el ejercicio –formalmente– autónomo de dicha potestad, y de imponer consecuencias en base a dicha atribución. Cabe tener presente que el máximo reconocimiento de potestades o facultades dice relación con el desarrollo de la libertad de autodeterminación (titularidad y ejercicio de derechos fundamentales) correspondiendo, por su parte, la máxima responsabilidad aplicable por el Estado, a la responsabilidad penal.

De manera inversa, no puede exigirse responsabilidad ni atribuirse consecuencias fundadas en ella, a quienes no cuentan con el reconocimiento de espacios de desarrollo e interacción autónomos, aun y cuando cuenten con capacidad material para hacerlo. Así, la respuesta a la legitimidad de la intervención coactiva del Estado, fundada en el desarrollo autónomo de comportamientos, no se encuentra solamente en su acreditación material o su afirmación "*biológica*", como facultad individual, sino en su afirmación jurídica, que la presupone. De esta forma, el criterio que permite la atribución de responsabilidad –capacidad de culpabilidad– que el derecho legítimamente puede exigir a una persona depende del reconocimiento que el propio ordenamiento le conceda a sus espacios de desarrollo autónomo. De ahí deriva su legitimidad, con una base democrática, participativa e igualitaria de sustento¹²⁶. La capacidad real es el fundamento, la capacidad jurídica el presupuesto de legitimación.

La base expuesta se sitúa entre las fundamentaciones o construcciones de la culpabilidad denominadas "*democráticas*" en atención a que su fundamento radica en el concepto de persona como integrante de la sociedad igualitaria (democrática), y que detentan en común el vincular el concepto con diversos niveles o representaciones del sujeto como ciudadano, particularmente referidas a su relación –de "*participación*"–

¹²⁵ "El ordenamiento no puede tomar en consideración los actos de cualquier sujeto, con independencia de su capacidad de comprender y querer lo que hace". Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *Op. cit.*, pág. 25.

¹²⁶ Vid. BUSTOS / HORMAZABAL, *Op. cit.*, pág. 336.

con la sociedad de la cual forma parte y que expresa su voluntad a través de la norma (de ahí la relación de ésta con el sujeto)¹²⁷.

Esta afirmación no implica desatender el hecho que el sistema debe dar cuenta de las diferencias de capacidad reales que reconoce a adultos, adolescentes e infantes, consideradas materialmente en base a diferencias de valoración y motivación, y que se expresan formalmente de manera preferente en un marco de consecuencias diferenciado que deriva de la responsabilidad que se afirme o niegue¹²⁸, y que en la adolescencia, en tanto sujeto en desarrollo, se caracteriza desde esa perspectiva propia.

Consideramos que es posible contrastar y complementar la hipótesis planteada como fundamento de la atribución individual de responsabilidad del adolescente, y su rol en la especialidad atribuida al sistema, proponiendo algunas reflexiones en torno a dos ámbitos de no fácil solución en el contexto del derecho penal juvenil, como son la existencia de un concepto unívoco de injusto para adultos y adolescentes –unido a su motivabilidad– y los fundamentos y efectos del establecimiento de un límite inferior a la imputabilidad (el caso de los infantes).

A propósito del primer tema revisaremos la relevancia sistemática que detentan, en sede de injusto y de culpabilidad, las características del adolescente en lo relativo a su percepción, valoración y motivación frente a imperativos normativos. Ello, pues precisamente en base a las diferencias antes señaladas se ha sustentado la necesidad de asumir un tratamiento diferenciado del contenido del injusto penal que justifica la punición de los adolescentes, extendiendo con ello los efectos atribuibles a carácter especial de dicha responsabilidad. A nuestro juicio no existen motivos para arribar a dicha conclusión, pero si es posible apreciar diferencias en uno y otro sujeto (adulto y adolescente) que deben ser analizadas en sus efectos sobre los presupuestos de la responsabilidad penal además de aquellos que reconocemos concurren a la hora de determinar la sanción que la haga efectiva.

En el segundo caso, revisaremos los límites concretos que propone la construcción descrita para la atribución de consecuencias derivadas de la responsabilidad que es posible exigir al adolescente, siempre en relación a las necesidades de justificación de la especialidad del sistema, mediante el contraste de sus efectos limitativos (excluyentes de pena por motivos de edad) con las alternativas de control que ofrece el sistema

¹²⁷ En la misma línea se orientan las tesis de génesis contractualista de Urs Kindhäuser –que radica su fundamento en la relación del ciudadano con el derecho del cual forma parte–, la fórmula de Klaus Günter –el individuo como persona reflexiva que participa en los procesos de creación de normas– y la tesis de Bustos Ramírez –la culpabilidad como responsabilidad que puede exigir el Estado–. Sobre ello Vid. KINDHAUSER, URS, "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad" en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): "Cuestiones Actuales de la teoría del delito", Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 185 a 217; del mismo, "Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa", Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Nº 9, Bogotá, 1996, especialmente págs. 42 y ss.; DÍAZ PITA, Op. cit., pág. 76, 86 a 110 y 138; BUSTOS / HORMAZABAL, Op. cit., págs. 330 y ss., especialmente págs. 332 y 336.

¹²⁸ En este último caso se habilitaría a la intervención en base a un concepto de "peligrosidad", en tanto se de cumplimiento a sus propios presupuestos de legitimación.

social¹²⁹. Ello, a objeto de desmitificar el contenido represivo que a primera vista se asigna a la calificación punitiva de la repuesta que entendemos subyace al tratamiento penal del conflicto y del procedimiento tendiente a su acreditación, ambos fundados en el reconocimiento de capacidad, todo ello en relación a las alternativas posibles de administrar desde otras perspectivas (particularmente, las de naturaleza asistencial).

i. Los destinatarios de la norma jurídico penal

Las diferencias de valoración o motivación susceptibles de afirmar entre el adulto y el adolescente han llevado a algunos a afirmar, desde diversas ópticas, que el contenido o extensión del injusto que da lugar a la responsabilidad adolescente, es también diferenciado. Como adelantamos, dicha opinión no nos parece sustentable ni conveniente, según pasamos a revisar.

A nuestro juicio, la función del Estado, en cuanto titular de los procesos de formalización de los mecanismos de control, debe dirigirse a posibilitar que dichos espacios de interacción permitan el desarrollo de las necesidades individuales propias de la naturaleza del ser humano, expresadas básicamente en el marco de sus derechos fundamentales¹³⁰. Al mismo tiempo debe ocuparse de asegurar una adecuada equivalencia entre ambos conceptos (derechos fundamentales y espacios para su desarrollo) en todos los individuos. Por lo mismo, frente a algunos supuestos, aparece como un imperativo para el Estado el recurrir a la coacción –por ejemplo a través del sistema penal– en situación –efectiva– de necesidad, ante comportamientos que afecten dichos espacios de desarrollo. Para ello, a través del sistema penal, se dispone la proscripción de comportamientos tipificados como delito, definidos como imperativos de comportamiento¹³¹.

Sin embargo, sólo puede exigirse legitimamente adecuación a dichos imperativos respecto de quien detenta capacidad reconocida de interacción. Dicha atribución de responsabilidad, en base a la autonomía, no propone entonces un problema de legitimidad referido a la comprensión o motivación que sirve de sustento a la decisión voluntaria que es reprochada. De esta forma resulta erróneo –por incompleto– afirmar que es capaz de culpabilidad (o de motivarse) por infringir la norma penal quien detenta capacidad de

¹²⁹ Queremos dejar en claro que no se propone como objeto de análisis la descripción de un concepto material de atribución de responsabilidad personal acabado, tarea mucho más ambiciosa y de difícil concreción. Sólo se describe y sustenta en sus presupuestos esenciales a efectos de justificar su rol o aporte respecto de la especialidad atribuida al sistema penal de adolescentes.

¹³⁰ Según lo expuesto, y conforme a las argumentaciones de sustento a las que hemos recurrido, ello incluso permite al Estado justificar el reproche de culpabilidad. En términos de DIAZ PITA, con ello el Estado "cumple su parte". Vid. DIAZ PITA, Op. cit., pág. 141.

¹³¹ Sobre este punto existe en la actualidad una discusión de naturaleza sustancial en torno a si las normas penales se construyen –y constituyen– directivas de conducta o expectativas institucionalizadas. En el texto se toma posición, si bien no ahondaremos en el punto por exceder la temática que es objeto de tratamiento. Sobre la discusión actual Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas." en, del mismo, "Normas y acciones en derecho penal", Edr. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, págs. 15 a 39.

comprensión de la misma o, más aun, posibilidades de desarrollo y decisión autónoma de su comportamiento en sociedad, en miras a adecuar el comportamiento a dicha comprensión. Por sobre ello –presuponiéndolo– lo que ocurre es que sólo resulta legítimo exigirlo respecto de quienes se encuentren en dicho supuesto.

Los imperativos de comportamiento se expresan indeterminadamente respecto de todos,¹³² de donde extraemos el primer argumento para sustentar la ausencia de diferencias en el contenido del injusto penal que permite la atribución de la responsabilidad –penal– de adultos y adolescentes. Así, *"Una cosa es ser destinatario de la norma y otra muy distinta resultar obligado por ella, que una cosa es tener la capacidad de realizar una acción ilegal y otra diferente tener la capacidad de quebrantar un deber nacido de la ley"*¹³³.

Según señalamos, esta base de sustento ha sido contradicha desde diversos órdenes de consideraciones. Algunos sostienen un injusto diferenciado en base a razones de corte político criminal, emanadas desde la justificación del ius puniendi en el contexto exclusivo de un derecho penal mínimo. Desde esa base se propone la exclusión del ámbito de la responsabilidad penal de adolescentes de las conductas constitutivas de delitos de bagatela o mediana gravedad, en tanto, atendida su menor lesividad social, constituyen, en su mayoría, un comportamiento presente con cierta habitualidad en la población adolescente, derivado del proceso natural de ajuste paulatino de su personalidad a la vida adulta, y que tiende a desaparecer con el curso de los años¹³⁴. Se complementa la afirmación argumentando que esta "normalización" del comportamiento producida con el desarrollo se logra a menos que el propio sistema incorpore en su circuito al infractor, asumiendo en dicho caso el riesgo de perpetuarlo como "cliente"¹³⁵. Por ello, desde un punto de vista preventivo, asumido como finalidad del sistema, se concluye que resulta más eficaz excluir a los ilícitos de menor entidad del marco de los comportamientos que ameritan hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes.

Sobre estas consideraciones debemos señalar inicialmente que estimamos acertado el análisis propuesto al menos en lo que respecta a la afirmación de comportamientos "de prueba" en los adolescentes que, en ocasiones, incluye la ejecución de ilícitos determinados, en general, de menor lesividad, cuyo tratamiento en un proceso penal puede llevar a resultados preventivos indeseables. Sin embargo no concordamos con la conclusión propuesta, al menos en lo que dice relación con las consecuencias concretas que se proponen a partir de dicha afirmación, esto es, la necesidad de excluir de

¹³² En el mismo sentido CRUZ BLANCA, en "Derecho Penal de Menores ...", págs. 65 a 75, y específicamente en pág. 70.

¹³³ Vid. VIVES ANTÓN, Op. cit., pág. 344.

¹³⁴ Vid. VVAA: "La Delincuencia Juvenil en España", Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia y del Interior, 1995, págs. 37 y ss.

¹³⁵ Vid. CERVELLÓ / COLÁS, Op. cit., pág. 46 y 47; GARCÍA PÉREZ, Op. cit., 35 y ss.

la responsabilidad adolescente aquella que deriva de la ejecución de ilícitos de menor gravedad. Ello, en primer lugar, porque dicho comportamiento experimental no necesariamente se encuentra asociado a grupos de ilícitos, clasificados según la propuesta en base a la mayor o menor gravedad de la sanción, pudiendo –hipotéticamente, sobre dichos supuestos– promoverse dicha exclusión sólo respecto de determinados tipos penales específicos, aquellos en los que se demuestre materialmente que reflejan o subsumen dichos comportamientos –socialmente experimentales– “*propios de la adolescencia*”. Sobre esa base entendemos que no es acertada la base propuesta para la exclusión de pena respecto de la gran mayoría de los ilícitos de menor o mediana entidad o lesividad, pudiendo incluso ser sustentable respecto de otros comportamientos punibles de mayor gravedad.

En segundo lugar, estimamos que la propuesta no soporta sus argumentos en un análisis de tipicidad o de injusto, sino en base a elementos propios de la culpabilidad. Así, asume que la fuente de la exclusión de pena propuesta deriva, por una parte, de un menor nivel de exigibilidad en base a lo que asume constituye un comportamiento de carácter habitual, incentivado por el medio o contexto social –animosidad de clanes y valoración de grupos– en que se desarrolla el adolescente, y, por otro lado, asume que resulta contraproducente aplicar sanción, en base a que resulta esperable una modificación de dicho comportamiento a medida que se acerca a la adultez. A nuestro juicio, ambos presupuestos no excluyen la ilicitud de la conducta, ni permiten justificar niveles de inexigibilidad que permitan, a priori, excluir la responsabilidad. Por el contrario entendemos que el tratamiento de estos factores debe quedar reservado a los diversos institutos de término del proceso sin condena que considere o deba considerar la legislación, como asimismo, en su caso, y de ser procedente, debe ser acogido a la hora de determinar la sanción aplicable. En ambos casos, las necesidades concretas de prevención quedan, a nuestro juicio, mejor servidas. Para ello debe recordarse que una de las posibles consecuencias de la afirmación de falta de responsabilidad es la habilitación a la aplicación de medidas fundadas en una base de peligrosidad, lo que, en un contexto en el que se extrae la falta de capacidad de un comportamiento caracterizado como habitual y condicionado, al menos de manera relativa, necesariamente implica exponer dicho comportamiento a la aplicación de niveles de control en base a coacción de similares caracteres que la respuesta penal, en base a “*medidas de aseguramiento*” o “*correctivas*”. Baste para ello recordar los efectos concretos del sistema tutelar, a los cuales ya nos hemos referido. Esta modalidad de control, asumida como excluyente del derecho penal, si bien puede ser considerada sustentable o acertada, hace desaparecer el fundamento central de la teoría, cual es, operar sobre la base que es mejor no intervenir frente a estos casos para un mejor nivel de prevención. Lo que sucede es que se obvia la existencia de medidas paralelas de control similares en sus efectos a aquellas que considera el sistema penal.

Entendemos que la crítica que subyace a la propuesta puede ser sustentable en un sistema que abuse de la privación de libertad, que no reconozca su carácter de última ratio o no considere un proceso lo suficientemente expedito o provisto de las salidas alternativas adecuadas. Por su parte, de considerar que su fuente deriva exclusivamente de una base político criminal, constituyendo, en síntesis, una excusa legal absolutoria, debe asumirse como parte consustancial a la propuesta la necesidad de renunciar a todo otro tipo de tratamiento coactivo, lo que parece difícilmente practicable en la actualidad, precisamente en base a la relevancia que se asigna al comportamiento infraccional de carácter habitual o reiterado.

En una segunda línea de tratamiento crítico, de naturaleza diversa pero similar en sus fundamentos, hay quienes desde la misma defensa de un derecho penal mínimo o de última ratio buscan materializar las pretensiones de minimalización del sistema aprovechando que la responsabilidad penal de los adolescentes es objeto en la actualidad de procesos generalizados de reforma legislativa que tienden a su consagración positiva. Sobre dicha base se señala que: "*Se ha perdido la oportunidad de utilizar el sistema penal de menores como campo de prueba de innovaciones procesales o en materia de sanciones alternativas, algo que ha sido habitual en otros países de nuestro entorno*"¹³⁶. Sobre esto último, consideramos insostenible el atribuir a este ámbito –el derecho penal juvenil– un carácter experimental. Creemos que una propuesta minimalista debe sustentarse, desde sus fundamentos, en todo el sistema penal, toda vez que su base radica en una crítica relativa a la legitimidad del sistema en su conjunto y por ende resulta extensiva y aplicable respecto de la responsabilidad penal de adultos.

Por otro lado, hay quienes sustentan un tratamiento diferenciado en base a consideraciones derivadas de la capacidad (personal o subjetiva) de voluntad o comprensión del adolescente. Se postula que las diferencias entre el adolescente y el adulto son de contenido material y se presentan tanto en el proceso de aprehensión de las prescripciones normativas del injusto penal, por parte del primero, como desde las posibilidades que éste detenta en orden a asumir un comportamiento acorde a dicho proceso de aprehensión. Se afirma que las representaciones normativas del adolescente, realizadas desde la perspectiva que les concede la etapa de desarrollo en que se encuentra, hace que las significaciones que éste les asigna, en un plano comunicativo, sean diversas a las de un adulto. Ello incide en la forma como se produce su aproximación a los comportamientos y en la valoración de los mismos, con lo cual las categorías normativas –y las valoraciones que contienen– construidas desde la perspectiva de un adulto difieren de aquellas que el adolescente asimila y al sentido que les atribuye¹³⁷. Por ello,

¹³⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA. Op. cit., pág. 71, el destacado es mío.

¹³⁷ En este sentido ALBRECHT, Op. cit., págs. 120 y ss. Sobre ello y su incidencia en la culpabilidad, TERRADILLOS BASOCO señala: "Sólo se puede recibir el mensaje prescriptivo si previamente se captó el valorativo (...) La percepción que aquí nos interesa es la referida a valores culturales que se reflejan en las normas penales". Vid. TERRADILLOS BASOCO, JUAN: "Culpabilidad y Prevención", en VVAA: "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales", Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2001, págs. 246 y 248.

y en tanto los tipos penales son formulados –en el sentido expuesto– desde la perspectiva del adulto no necesariamente son capaces de cumplir las funciones prescriptivas y simbólicas que se le atribuyen en derecho penal, en caso de asumir pretensiones de aplicación respecto a adolescentes¹³⁸. Adicionalmente, desde una segunda consideración –de similares caracteres a la sustentada en el primer planteamiento crítico antes expuesto–¹³⁹, se afirma la existencia de modelos de comportamiento que son propios a diversos tramos de edad, caracterizados en la adolescencia por un desarrollo experimental (“*comportamiento de prueba*”) que distancia la intencionalidad subyacente a su ejecución (disvalor de acto) de aquella que considera el ordenamiento y la norma quebrantada en concreto y que fundan o permiten afirmar la parte subjetiva de la conducta que es objeto de reproche¹⁴⁰.

Coincidimos con la base de estas observaciones, de donde incluso se extraen argumentos que permiten diferenciar materialmente la condición en sociedad del adolescente respecto del adulto. Sin embargo nuevamente no podemos compartir la consecuencia atribuida, esto es, la necesidad de regular un “*injusto especial de adolescentes*”, lo que afirmamos desde diversos fundamentos¹⁴¹. En primer lugar no nos parece que sea factible estructurar una técnica o mecánica que permita redefinir la tipología penal vigente a objeto de construir un catálogo de conductas de incriminación que sean propias del comportamiento adolescente o de sus valoraciones en tanto ello resulta inconveniente e innecesario. No es conveniente, pues cualquier intento en dicho camino llega necesariamente a concentrar en pocos conceptos básicos las diferentes tipologías clasificables, definitorios de caracteres de comportamiento “*relevantes*” a estos efectos, en términos que sean suficientemente expresivas de comportamientos claros y representativos para el adolescente, dándole una idea diferenciada de su relevancia social y permitiéndole con ello una valoración que distinga entre la reprobación de las prescripciones del ordenamiento –o del derecho–, el daño ocasionado y que justifica su proscripción y define lo tolerable, conforme a su propio nivel de representación del comportamiento individual para con terceros, en sociedad. Así sucede por ejemplo con la relevancia que es posible atribuir al comportamiento “*violento*” o “*expresivamente violento*” en los conflictos penales de adolescentes, como asimismo respecto de la habitualidad en la ejecución de infracciones menores, en tanto representativas de una tendencia. Esta redefinición de comportamientos prohibidos, de

¹³⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 82. Debe tenerse presente que este autor entiende que ello afecta particularmente a determinados delitos, como por ejemplo aquellos que protegen la libertad e indemnidad sexuales.

¹³⁹ Puede apreciarse como, en este caso, el planteamiento propuesto es ocupado para afirmar consecuencias en sede de injusto sobre la base de un desarrollo del disvalor de acto y no sobre consideraciones propias de la culpabilidad como en el caso anterior.

¹⁴⁰ Vid. VVAA: “La Delincuencia Juvenil en España”, *cit.*, págs. 37 y ss.

¹⁴¹ En confirmación a los argumentos que expondremos cabe destacar que las propias corrientes promotoras de esta idea proponen para materializarla la desincriminación de las conductas típicas de bagatela o de menor entidad o gravedad (Vid. ALBRECHT, *Op. cit.*, pág. 124), lo que a nuestro juicio resulta incoherente con las bases de sustento de su posición, en tanto ella naturalmente debiera tender a una tipificación autónoma de comportamientos punibles en el derecho penal de menores, realizada desde la perspectiva y valoración del adolescente en términos que habiliten su aprehensión, y no su mera reducción.

implementarse, claramente resultaría incompatible con exigencias derivadas de la garantía de legalidad del delito (en lo relativo a la exigencia de precisión de las conductas concretas incriminadas que son objeto de la prohibición), en base a lo cual no nos parece adecuado propiciarlas. Asimismo, en extremos, esta tipología llevaría a definir caracteres de comportamiento y no conductas, afectando con ello las exigencias propias de un derecho penal de actos.

Por otro lado, esta redefinición tampoco parece ser necesaria, pues la consideración de dichos elementos especialmente relevantes en las expresiones del comportamiento adolescente no cumplen específicamente funciones a la hora de definir los presupuestos de la responsabilidad, sino más bien, a la hora de determinar las consecuencias de la misma. Así por ejemplo, diversas legislaciones le atribuyen relevancia a la conducta violenta o habitual del adolescente, en atención al razonamiento antes descrito, con efectos concretos diversos de aquellos que se buscan con la exigencia de tipificación, normalmente dispuestos para la medición de los efectos de la responsabilidad¹⁴². Es decir, efectivamente se le reconoce relevancia particular a la conducta violenta o habitual del adolescente en tanto carácter del comportamiento, pero no se le atribuye relevancia para la afirmación de la responsabilidad o su negación, ni por razones de injusto ni de culpabilidad, sino en sede de determinación de la pena. Así, puede sostenerse, por ejemplo, que el comportamiento delictivo violento amerita intervención especial o distinta, pero no puede afirmarse que cualquier comportamiento violento amerite intervención penal, ni que la intervención penal deba fundarse en la concurrencia de una conducta, cualquiera sea ésta que refleje dicho carácter.

De esta forma, no estimamos que la diferenciación detectada afecte o deba afectar al contenido descriptivo del comportamiento que se proscribe en cada tipo penal, en miras a sustentar como consecuencia necesaria su redefinición, sino –como señalamos– se trata de un problema relativo a la valoración que la ejecución del hecho punible descrito representa para el adolescente y que afecta su nivel de percepción acerca de la relevancia social dañina o desajustada respecto de los parámetros que han sido definidos como básicos en el comportamiento en sociedad. Creemos que dicha dimensión no afecta necesariamente el contenido de injusto del hecho punible de que se trate, lo que se afirmará o rechazará según cual sea la posición dogmática que se asuma en relación a los efectos excusantes o atenuatorios que derivan del la teoría del error en el sistema dogmático. En todo caso, y más allá de ello, lo claro es que se trata de una problemática a ser analizada, en cuanto a los presupuestos de punición, en dicha sede, esto es, al revisar cómo se solucionan dogmáticamente las diferencias o falencias de percepción o valoración en la teoría del error. El que ello corresponda a un error de prohibición o a un error de tipo o que incida sobre el dolo o la culpabilidad es

¹⁴² Así por ejemplo el artículo 9 Nº 2 de la LO 5/2000 española lo considera como uno de los supuestos que habilitan a la imposición de sanciones privativas de libertad, en la condena.

a estos efectos indiferente, conformando en concreto una temática ajena a los objetivos que nos llevan a enfrentar el tema¹⁴³. Lo relevante es que, aun cuando se considere que dichas falencias afectan al tipo penal, en modo alguno llevan a exigir una redefinición de las descripciones de injusto, ni a propiciar una masiva despenalización de comportamientos delictivos, en su exigencia respecto de adolescentes.

En definitiva, se trata de una diferencia a ser solucionada dogmáticamente a la hora de enjuiciar el conocimiento potencial de la ilicitud del hecho (o de la valoración que subyace a dicho proceso) y que, adicionalmente, expresa sus consecuencias en el merecimiento específico de sanción, en sede de determinación de la pena. Así, en tanto presupuesto de imputación, puede revestir un efecto excusante en base a la teoría del error¹⁴⁴, como asimismo puede detentar un efecto atenuatorio de la sanción, a ser considerado al determinar la naturaleza y extensión de la sanción concreta que amerita su comisión. En la teoría del error, las soluciones o posiciones dogmáticas permiten suficientemente dar solución a los problemas de valoración que se denuncian, sin que sea necesario, en modo alguno, recurrir a la redefinición de las conductas punibles, permitiendo dar cabida, en concreto, a las diferentes modalidades de aproximación a la norma posibles de realizar y sus efectos en la representación y valoración del destinatario de las prescripciones normativas. Por su parte, un eventual efecto atenuatorio de la sanción, debe ser recogido por las reglas dispuestas para la determinación de la pena, reforzándose la necesidad de contar con un sistema especial, con mayor potencial discrecional y de valoración judicial, en estos conflictos¹⁴⁵.

Finalmente otro sector sustenta la menor necesidad de intervención en delitos de escasa significación por la menor exigibilidad y reproche del menor de edad –cualquiera sea el motivo desde el cual se sustenta–, proponiendo la misma despenalización de los ilícitos definidos como "de bagatela" o, inclusive, la configuración de un catálogo de referencia de infracciones que de manera exclusiva den lugar a la responsabilidad del adolescente, constituido por las más graves que contempla el ordenamiento¹⁴⁶. Se asume en ello que la consecuencia de un marco diferenciado de culpabilidad se traduce, por proporcionalidad, en sede de injusto, en una menor exigencia de comportamientos relevantes, penalmente. No obstante su simpleza, esta argumentación detenta a nuestro juicio un mayor nivel de coherencia lógica, recurriendo además a parámetros conocidos desde antiguo para su construcción. Sin embargo, nos parece contradictorio

¹⁴³ Sobre ello Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "El error en Derecho Penal". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 61 y ss.; MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error" en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): "Cuestiones Actuales de la teoría del delito", Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 61 a 111; MIR PUIG, SANTIAGO: "Derecho Penal. Parte General". 5ª edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, págs. 523 y ss. Especialmente págs. 524 y 526.

¹⁴⁴ Reconocemos que sobre esta base se puede eventualmente justificar una re-definición, para este ámbito, de dicha categoría sistemática en derecho penal juvenil.

¹⁴⁵ Asumiéndolo como posibilidad, ORNOSA FERNÁNDEZ, pág. 36.

¹⁴⁶ Así, TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 82

que se afirme la posibilidad de culpabilidad, cualquiera sea su fuente (ya sea en base a capacidad subjetiva real o de autonomía reconocida, o cualquier otra) y en paralelo se justifique la imposibilidad de sustentar un reproche o exigencia de comportamiento, en consideración a un parámetro diverso, referido a la gravedad del comportamiento. En efecto, el nivel de reproche o de exigencia es menor, pero de hecho concurre, lo que hace incoherente el sustentar sobre esa base una exención de responsabilidad.

Con ello lo que se justifica en realidad es solamente la ausencia de responsabilidad de carácter penal, debiendo hacerse efectiva aquella que deriva del ilícito por otro concepto o fundamento, es decir, en base a los presupuestos de otro medio de control, al igual como sucede con los ilícitos contravencionales o administrativos en el régimen general de adultos. La pregunta es, en este caso, cual sería el medio de soporte o respuesta para dicha responsabilidad, el que, al igual que en casos anteriores que hemos comentado, y considerando la naturaleza de las eventuales infracciones comprometidas, detentará carácter coactivo, con todos los riesgos que ello implica al ser administrado fuera del sistema penal formal, siendo, por otro lado, inimaginable el que la respuesta estatal, formal, sea nula¹⁴⁷.

En este contexto creemos que la argumentación nuevamente permite solidificar el que los efectos de la especialidad del sistema, en la materia en comento, radican fundamentalmente en sede de determinación de la pena, en términos que permitan hacerse cargo de un margen diferenciado de reproche, merecimiento o legitimación de las consecuencias de la responsabilidad penal de adolescentes.

ii. La –ausencia de– responsabilidad penal del "infante"

En el contexto del sistema penal, la falta de responsabilidad derivada de la falta de "capacidad" de responsabilidad habilita potencialmente a la intervención eventual de mecanismos de control fundados en la peligrosidad que sea posible atribuir al comportamiento realizado. Si por el contrario se asume la licitud de dicho comportamiento, en principio no hay motivo de base para intervenir¹⁴⁸. Asimismo, si no concurren los presupuestos de última ratio y necesidad que habilitan a la intervención sobre la conducta peligrosa, el hecho dañoso debe quedar acotado al conflicto privado que se haya generado.

Precisamente por ello es que resulta posible apreciar como conceptos de capacidad subjetiva disminuida, o de falta de capacidad, derivan en un tratamiento menos garantista

¹⁴⁷ La situación sería similar y del todo analogable a aquella que nos propone el caso del menor de edad exento de responsabilidad penal (infante) que ejecuta un ilícito penal de gravedad, al cual nos avocaremos a continuación.

¹⁴⁸ El tema es objeto de debate en torno a la posibilidad de atribuir legitimidad a la aplicación de medidas de carácter pre-delictual, siendo ampliamente mayoritaria la posición que se opone a ello. Sobre el particular Vid. CURY URZUA, Op. Cit., págs. 402 y 403; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "Derecho Penal y Control Social", reimpresión de la Segunda Edición, Colección Monografías Jurídicas N° 98, Edit. Temis, Bogotá, 2004, págs. 42 a 44.

del conflicto penal en base a la afirmación de criterios de naturaleza peligrosista o protectora. Ello se llevó al extremo en el modelo tutelar, según pudimos apreciar al desarrollar brevemente sus caracteres. Por su parte el modelo clásico o del discernimiento también abría las puertas al tratamiento desigual tanto de niños como de adolescentes, bajo la pretensión de ser capaz de determinar la capacidad subjetiva individual en base a antecedentes psico-sociales¹⁴⁹. Sin embargo, producía efectos acertados bajo el límite de presunción de incapacidad, en tanto el sistema devolvía al ámbito del conflicto privado el caso de los infantes, por cuanto era presumido legalmente incapaz, renunciando a la imposición de medidas coactivas¹⁵⁰.

De esta forma la concesión de autonomía, y el consecuente reconocimiento de capacidad, debe a su vez ser medido en función a la extensión y caracteres de los demás medios de control social sustentables, siendo a todas luces la responsabilidad una opción más cercana a los postulados de corte liberal. Ello puede apreciarse en el tratamiento que concede el sistema a los infantes.

Asumimos como punto de partida que la imposición de consecuencias derivadas de la comisión de un delito pueden tener como fundamento la culpabilidad o la peligrosidad concurrente en su ejecución. Así, la falta de culpabilidad no necesariamente excluye el tratamiento jurídico-formal del caso, permitiendo que se imponga una medida –de diversa naturaleza– fundada en la peligrosidad, justificada precisamente en base a la ejecución del hecho delictivo. Por ello, entendemos que para mantener la afirmación de procedencia (y legitimidad) de medidas no basta con recurrir al fundamento “*personal*” de atribución (peligrosidad) sino también a su presupuesto, el hecho que le sirve de sustento¹⁵¹. Ello se demuestra, por ejemplo, en la tendencia a limitar la procedencia de las medidas de seguridad en el sistema de adultos en base a criterios de proporcionalidad¹⁵², parámetro –objetivo– propio del reproche de culpabilidad. Esa base asume que el delito no puede servir de excusa para una actuación discrecional

¹⁴⁹ Por sobre el límite de los 7 a 14 años, edad en que aleatoriamente se cifró dicha presunción, operaba la afirmación, caso a caso, de la “capacidad de dolo” en base al discernimiento, el que naturalmente era resuelto en base a condiciones psico-sociales.

¹⁵⁰ Vid. Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, en *Actualidad Penal* N° 34, 2003, págs. 845 a 869, passim; Sobre los orígenes históricos de los elementos básicos del modelo y su transmisión hasta el liberalismo clásico, vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., pág. 165 y ss.

¹⁵¹ Ello es claro en el caso de usarse como referente de legitimación la ejecución de un hecho punible. Si se esgrime un fundamento diverso referido a una característica de la personalidad u otra condición o antecedentes debemos enfrentar dinámicas de justificación del todo diversas, propias del marco de las llamadas medidas de seguridad pre-delictuales, ampliamente criticadas desde la época de su formulación original y prácticamente no sustentadas hoy en día. (Vid. Cita a CURY URZÚA supra, en nota 148). La lógica de aproximación a dicha temática, ajena a nuestro ámbito de desarrollo, detenta como punto en común la necesidad de asumir líneas de justificación en base a lógicas de corte paternalista.

¹⁵² Así por ejemplo, en nuestro país se limita la duración de las medidas dispuestas en el proceso penal para enajenados mentales exentos de responsabilidad en base a la duración de la pena probable o mínima correspondiente al hecho delictivo que funda el proceso (Artículo. 481 del Código Procesal Penal: Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponerse o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo. Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiera para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere”). En el mismo sentido Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Op. Cit., págs. 46, 62 y 63.

del Estado fundada en la atribución de "peligrosidad" del individuo¹⁵³, lo que conlleva algunos efectos y requisitos de legitimación. Así por ejemplo, cuando la "excusa" de la intervención (por culpabilidad o de peligrosidad) es la comisión de un hecho delictivo, se requiere, al menos, acreditarlo conforme a las reglas del proceso¹⁵⁴, pues si éste no existe (procesalmente) en tanto sirve de fundamento a la afirmación de peligrosidad, ésta tampoco existe, procesalmente¹⁵⁵.

Ello, en parte, nos sitúa en el contexto de un proceso penal, excluyendo otro tipo de construcciones del conflicto que tengan carácter público. Así, la declaración formal de incapacidad debe dar lugar únicamente a la imposición de medidas de peligrosidad o a la privatización del conflicto, dando en este caso exclusiva relevancia a sus aspectos civiles, pero en forma alguna permite una construcción jurídica o judicial diversa. No obstante ello, existe la tendencia a asumir que la "despenalización" importa hacer operar el sistema de protección y no el sistema de control privado del conflicto.

A nuestro juicio nada obsta a que el sistema previsto para la protección del menor de edad se haga cargo del tratamiento de quienes son considerados "no culpables", siempre y cuando: a) concurren sus propios presupuestos de intervención; b) ésta, en concreto, no se funde en la comisión del hecho delictivo como único antecedente, ni en la peligrosidad que es posible atribuir por ese sólo hecho al autor de dicho comportamiento, sino como señalamos en base a sus propios presupuestos; c) las consecuencias de carácter coactivo consideren una restricción de derechos inferior a la prevista por el sistema de medidas (de peligrosidad) y sanciones penales (de culpabilidad);¹⁵⁶ y d) en su caso, cuando su ejecución conlleve restricción de derechos fundamentales, sean impuestas por un ente con potestad jurisdiccional¹⁵⁷.

El fundamento de la actuación de este sistema (de protección) no puede en caso alguno ser la "peligrosidad" del propio menor, sino las necesidades de protección de

¹⁵³ No es este el espacio para discutir acerca de si esa intervención se legitima sólo en favor del denominado sujeto peligroso, para evitar su auto-lesión o deterioro o sí, en su caso, se puede intervenir sobre él en defensa de la sociedad. Dicha discusión, a ser desarrollada en torno a aquella que fue referida Supra en notas 148 y 151, se debe centrar en torno a las bases de legitimación de la intervención paternalista del Estado. Sobre ello Vid. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 5, 1988, págs. 155 - 173.

¹⁵⁴ La correspondencia del sistema de medidas con el sistema penal ha sido corroborada en nuestro ámbito de análisis por la jurisprudencia a partir del conocido "caso Gault", con el que se inicia la formalización de las críticas al modelo tutelar. En España, como antes señalamos, idéntico proceso se vive a partir de la resolución de TC 36/1991 que llevó a la aprobación de la LO 4/1992. Vid. CILLERO BRUÑO, Op. cit., pág. 122.

¹⁵⁵ Si se admitiera que, en vez de derecho penal, se aplicaran a los menores medidas privativas de (...) derechos fundamentales sin los límites y requisitos procedimentales de las penas, se produciría -se ha producido históricamente- un <fraude de etiquetas> que representaría, a la vez, una burla a la Constitución." Vid. VIVES ANTÓN, Op. cit., pág. 349; FERRAJOLI, Op. Cit., pág. 37.

¹⁵⁶ El ordenamiento no puede, so pretexto de protegerles, hacer a los menores de peor condición que a los que han dejado de serlo." Vid. VIVES ANTÓN, Op. cit., pág. 350.

¹⁵⁷ Vid. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER: "La Mayoría de Edad Penal en la Reforma", en *Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas*, 1993, pág. 640.; MARTÍN LÓPEZ, "Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado", en *del mismo* (Coord.): "La Responsabilidad Penal de los Menores", Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 94.

derechos. La afirmación de la primera llevan a la aplicación de medidas de seguridad o correccionales, propias del ámbito del sistema penal¹⁵⁸, no proteccional.

La construcción del sistema tutelar propone un desarrollo argumentativo que confirma lo expuesto, toda vez que refunde en un solo tipo de intervención ambas modalidades de actuación del Estado respecto del menor de edad (para protección del mismo y por la comisión de un ilícito penal) imponiéndole consecuencias (medidas) "para protegerlo de su condición social", y unificando coherentemente el presupuesto de actuación mediante el expediente de la "situación de riesgo social". Se define la actuación del "infractor" y la condición del "desvalido" como categorías equivalentes¹⁵⁹, generando una dinámica armónica, pero ampliamente objetada por su discrecionalidad¹⁶⁰.

Por ello resulta completamente erróneo mantener esta "dinámica de intervención" por debajo del límite biológico objetivo de afirmación de la culpabilidad pues ello permitiría que el sistema de protección opere en un ámbito que le es ajeno. Es igualmente erróneo afirmar que el conflicto suscitado por el delito ejecutado por un menor de 14 años deba ser "conocido" o "solucionado" por el sistema proteccional, por cuanto el Estado ha renunciado a atribuirle consecuencias jurídicas en razón –mediatizada– del delito cometido, al excluir su tratamiento del sistema penal¹⁶¹.

Como conclusión primaria podemos señalar que no nos parecen desacertadas propuestas como la expuesta por SILVA SÁNCHEZ, que extiende la aplicación de las medidas de control –formal– de la actuación de los menores de edad hacia edades inferiores a los 14 años, siempre y cuando ello conlleve –y por ende, corresponda– efectivamente a una ampliación "del control" de la intervención y no sólo de ésta¹⁶². Ello se justificaría, con el sólo objeto de evitar que se desnaturalicen (como medidas

¹⁵⁸ Confirmando su pertenencia al sistema penal, precisamente en este ámbito, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 159 y 164.

¹⁵⁹ Ello no sólo tiene consecuencias para el sistema punitivo –las que expusimos previamente en el presente documento– sino también para el sistema Estatal dirigido a hacerse cargo de la infancia vulnerada, afectada o carenciada. Así, fuera del ámbito infraccional, el sistema categoriza, en base al concepto de peligrosidad, la situación de carencia o afectación de derechos de la infancia, transformándola en una causal que lleva al Estado a actuar, no para la protección de "los derechos" del niño, sino para proteger "al niño" de su condición "peligrosa", todo ello con una respuesta equivalente a la prevista para el caso de un niño que presente un conflicto infraccional.

¹⁶⁰ Una síntesis de observaciones y críticas formuladas respecto de los sistemas propios del modelo tutelar, desarrolladas en su mayoría por argumentos diversos a su ilegitimidad, en MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., págs. 76 a 78; Asimismo Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral", 2ª Edición, Edit. Forum-Pacis, Tolima, 1997, pág. 43, 44 y 47; En el mismo sentido crítico, GIMÉNEZ SALINAS afirma: "no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y derechos individuales". (Op. cit., pág. 611).

¹⁶¹ En la aplicación de la legislación española el tema no queda ajeno a controversias, toda vez que el texto del artículo 3º y 18º de la LORPM establece "la obligatoriedad de la actuación de las entidades de protección cuando no se pueda exigir responsabilidad penal conforme a la ley o se decida no acudir a ella (...) obligación (...) que se ha de entender en el sentido de que han de comprobar si el menor se encuentra en alguna de las situaciones de desprotección social previstas en la ley de Protección Jurídica del Menor (riesgo o desamparo) para, en su caso, adoptar las medidas correspondientes." (GARCÍA PÉREZ, Op. cit., pág. 56). Ello se confirma en tanto el sistema de protección considera al menor de edad como parte pasiva (víctima) y no como causante (parte activa) del conflicto. Al menor de edad que es considerado peligroso en atención a que ha ejecutado un hecho típico no se lo "protege" en caso alguno.

¹⁶² Vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., pág. 165. Asimismo, TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 80: Oo. en GIMÉNEZ SALINAS, Op. cit., pág. 641.

de control encubiertas)¹⁶³ otros recursos de intervención estatal, a fin de reflejar en ellos las necesidades de contención de hechos delictuales ejecutados por menores¹⁶⁴. Si se lo configura como un conflicto entre adolescente peligroso y el Estado, como ente público, se lo construye como conflicto penal, debiendo éste tratarlo como tal, lo que implica no considerarlo en el sistema de protección¹⁶⁵, en tanto, independientemente, no concurran sus presupuestos

Lo dicho es, a nuestro juicio, preferible –el mal menor, como todo el sistema penal– pues asegura un marco de garantías suficientes para el tratamiento del caso¹⁶⁶, y hace coherente la respuesta prevista con su fundamento, optimizando las posibilidades de intervención eficaz.

Todo lo dicho se afirma, naturalmente, a menos que la sociedad que reciba el modelo esté dispuesta efectivamente a renunciar a la construcción penal de esos conflictos¹⁶⁷, con lo cual no hace más que devolverlo al ámbito privado-civil (no proteccional), siendo ilegítima en esa esfera la coacción pública¹⁶⁸. Bajo el límite de la culpabilidad cronológica –cuya fijación resulta exigida, como opción político criminal–¹⁶⁹ debe operar, entonces, el sistema civil –indemnizatorio, y el sistema proteccional, en caso que sus supuestos –verdaderos y reales– lo ameriten¹⁷⁰.

5. El contenido material del llamado "principio educativo" (el "interés superior del niño" como criterio rector)

El criterio del interés superior del niño radica sus fuentes en el artículo 3.1 de la CIDN¹⁷¹. El sentido que es posible atribuir a dicho texto y su contenido material se extrae del

¹⁶³ En este sentido se pronuncia GARCÍA PÉREZ O: "Es preciso llamar la atención frente a cualquier tentación de convertir las instituciones de protección en órganos que vienen a suplir la falta de intervención penal sobre determinados grupos de menores." Vid. GARCÍA PÉREZ O. *Op. cit.*, pág. 57. En el mismo sentido se pronuncia *Movilla Alvarez, González Zorrilla y García Pablos de Molina* (citados en ORNOSA FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 36 y 37).

¹⁶⁴ Al respecto ALBRECHT señala: "La alternativa de la Ley de Bienestar del Menor, aparentemente proclive a la socialización, es a menudo solo una alternativa aparente. También en ella se han programado legalmente fuertes estigmatizaciones, discriminaciones y mecanismos de aislamiento" (agregando cita de bibliografía específica). *Op. cit.*, pág. 135. Señala asimismo, que las normas a las que se recurre en estos casos son "comprendidas bajo la expresión «carácter policial de la ley de Bienestar del Menor»" (*Op. cit.*, pág. 134), agregando que: "Al operador jurídico se le puede recomendar como directriz: en la duda, descriminalizar en vez de exculpar", en tanto la segunda opción implica la derivación al sistema de protección. (*Op. cit.* pág. 135); Vid. asimismo LANDROVE DIAZ, GERARDO: "Derecho Penal de Menores". Edít. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 207, evidenciando los riesgos de esta idea.

¹⁶⁵ Vid. ALBRECHT, *Op. cit.*, pág. 116.

¹⁶⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 169, nota 417; MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 94.

¹⁶⁷ Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: "Un Proyecto Alternativo a la Regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores". Documentos, Nº 5, 2000, pág. 14.

¹⁶⁸ Sobre ello Vid. GIMÉNEZ SALINAS, *Op. cit.*, pág. 637 y ss.

¹⁶⁹ La exigencia deriva de los instrumentos internacionales, del fracaso de los modelos psicológicos y de las exigencias de seguridad jurídica e igualdad. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 33.

¹⁷⁰ En todo caso, debemos considerar que el artículo 4.1 de la CIDN impone una obligación a los Estados ratificantes relativo a la fijación de una edad por debajo de la cual no debe establecerse responsabilidad penal. ("En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse en una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.") A juicio de García Méndez, el límite para esa decisión político-criminal (y en definitiva, participativa y social) bordea la edad de los 12 años, siendo a su juicio imposible justificar un tramo inferior. Vid. GARCÍA MENDEZ, *Op. cit.*, pág. 221.

¹⁷¹ Vid. *Supra*, nota 49.

contexto en el cual encuentra inmerso y que le sirve de origen y sustento, cual es la consagración positiva de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño en el marco de la regulación internacional.

La intervención del Estado a favor de "intereses" centrados en la "figura del menor" –cualquiera haya sido la denominación asignada– es un concepto que históricamente no resulta privativo, en abstracto, del modelo de responsabilidad, siendo funcional a múltiples perspectivas. Como señala ORNOSA FERNÁNDEZ: "cada uno de los que intervienen directa o indirectamente en el proceso de menores puede tener una idea distinta de cuál es el auténtico interés de ese menor y la consecuencia práctica va a ser para él totalmente diferente según cuál de esas posiciones prevalezca al final, con lo que este concepto, en principio nacido para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad"¹⁷². Así, incluso puede operar como fuente de intervención positiva, justificando medidas de cumplimiento imperativo cuyo resorte resulta por completo independiente de la voluntad del menor, detonándose en base a aquella voluntad que la sustituye "para elegir lo que es más beneficioso para él", en miras a su reeducación (educación), reinserción (inserción) o resocialización (socialización)¹⁷³. Así, el modelo tutelar justifica su intervención en la atención de las carencias o necesidades del menor desprotegido¹⁷⁴. En el caso del modelo educativo se propone sustraer al menor del ámbito de la justicia formal, buscando soluciones extrajudiciales de contenido educativo ("diversión" o, más recientemente, programas de "justicia-restaurativa").

Por ello, creemos que no basta con una referencia abstracta al "interés del menor" para definir los caracteres del modelo propuesto como sistema de intervención, sino que se requiere definirlo con un contenido material, para dar claridad y sentido a su aplicación e incluso para precisar su función en el sistema. Dicho contenido material se debe extraer, sistemáticamente, del contexto en que es enunciado (la doctrina de la protección integral de los derechos del niño) y que le sirve de origen, tomando como punto de partida el que se propone definir el tratamiento social del niño desde la base de considerarlo como sujeto –autónomo– de derechos.

Ello permite afirmar que el interés del menor de edad, como sujeto de derechos, radica precisamente en el respeto y promoción de sus propios derechos. Se actúa entonces en interés del niño y adolescente, cuando se interviene en función de sus derechos, y

¹⁷² Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 77.

¹⁷³ Incluso, bajo esta perspectiva, la privación de libertad fundada en la "condición de riesgo" cumple la función de separar de ella al menor que la "sufre" o experimenta de sus efectos.

¹⁷⁴ De hecho, y como señalamos precedentemente, el movimiento que lleva al nacimiento de los tribunales tutelares de menores denominado "los salvadores del niño" buscó sustraer al menor de la "inhumana" aplicación del sistema penal, por y desde su incapacidad. Por ello, en tanto el Estado actúa en favor del niño ("en su interés"), permite eliminar, como referente de legitimidad, la necesidad de respetar principios fundamentales del sistema penal, incluyendo las garantías procesales.

no cuando se desarrollan simplemente procedimientos "para su beneficio", formulación vacía de contenido, abierta a la discrecionalidad o incluso a la arbitrariedad¹⁷⁵. Con ello, el principio impone la obligación de orientar la interacción para con el niño hacia la eficacia y vigencia a sus derechos, no siendo legítimo, a pretexto de su supuesto o real beneficio, justificar su restricción. "No se puede actuar en interés del menor, restringiendo sus derechos y reconocerle con ello al mismo tiempo el carácter de sujeto y titular de los mismos"¹⁷⁶. Este concepto, que puede fácilmente ser percibido en su aplicación y reflejo en las instituciones de garantía comunes a toda persona en el marco del derecho penal y del proceso, importa el reconocimiento de características específicas y especiales adicionales, a ser consideradas como parte de las bases del sistema¹⁷⁷.

La sanción penal, en tanto restricción coactiva de derechos, importa privar al sentenciado de espacios de ejercicio de los mismos, limitando sus posibilidades de interacción, acotando materialmente los niveles de desarrollo del individuo. Ello tiene especial importancia en caso de aplicarse sobre adolescentes. Si se consideran las bases del principio de autonomía progresiva del menor de edad, particularmente en la etapa de vida que le corresponde desarrollar en la adolescencia¹⁷⁸, caracterizada como un proceso de plena formación y consolidación de los rasgos de su personalidad, es evidente que la pérdida de factores de socialidad –interacción autónoma– inciden de manera negativa en éste. La formación para la autonomía y la definición de los caracteres individuales fundamentales, se alcanza precisamente en dicha etapa, habiendo ya superado el aprendizaje de las habilidades básicas. En este proceso resulta fundamental el desarrollo de destrezas sociales, enriquecidas en las instancias de socialización propias de la vida en comunidad¹⁷⁹. Las restricciones de derechos necesariamente afectan esos espacios, incidiendo por ello de manera directa en la formación. Por ello se estima que la sanción penal –en caso de adolescentes– puede incluso generar desajustes –arraigados en la personalidad– mayores que el beneficio que se pretende obtener, orientación que, según vimos, justifica las propuestas del modelo educativo. Por ello, el principio exige caracterizar los espacios de intervención coactivos propios del sistema penal de adolescentes (en el proceso y en las instancias de determinación, cumplimiento o ejecución de sanciones) en base a consideraciones que tiendan a minimizar o

¹⁷⁵ Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 80; Oo. en CRUZ BLANCA, Op. cit., pág. 487, con una posición minoritaria (que no asimila el concepto a la idea "educativa del menor").

¹⁷⁶ *Idem* nota precedente.

¹⁷⁷ Debe cuidarse especialmente el no poner en riesgo las diferencias del menor de edad a propósito de la defensa de su igualdad de trato. Sobre ello, detallando espacios en los que "la lucha de los niños por su derecho a la igualdad se ha desvinculado de la lucha por el reconocimiento de su diferencia", Vid. BARATTA, ALESSANDRO: "Infancia y Democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, Op. cit., pág. 44 y 45.

¹⁷⁸ Vid. TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica", ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999, pág. 124.

¹⁷⁹ La adolescencia, de hecho, se caracteriza por la concurrencia en el sujeto de una madurez biológica no acompañada de madurez social. Vid. TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 79.

evitar dichos efectos desocializadores, lo que se traduce en: i) la consideración de un amplio catálogo de sanciones posibles de aplicar¹⁸⁰; ii) a ser impuestas en base a un procedimiento reglado predominantemente discrecional; iii) en base a un regla de principios (que considere los elementos propios del delito –en sentido sistemáticamente amplio– y el interés superior del menor comprometido)¹⁸¹; iv) en la utilización de la privación de libertad como último recurso¹⁸²; v) el establecimiento de procedimientos periódicos de revisión de la medida; vi) la mayor celeridad en el procedimiento; y vii) la consagración de salidas alternativas al procedimiento y medidas de "diversión"¹⁸³.

Ello opera, en una orientación preventivo especial no intervencionista y en la consideración de la intervención mínima (la menor coacción o restricción) en todas las etapas del sistema.

Estas consecuencias parecen en principio coincidentes con las medidas de *diversión* propias del modelo educativo. Sin embargo, el punto de partida es diverso y complejo –de doble composición–, lo que lleva a soluciones prácticas distintas en cada caso. En el modelo educativo (desfomalización y educación como objetivo) se puede justificar una medida orientada positivamente a la introducción de factores de socialidad en el individuo, siempre que no tenga formalmente carácter penal (lo que puede perfectamente importar un marco de restricciones superior, impuesta en sede administrativa y sin control jurisdiccional). En el caso del modelo de responsabilidad ("sujeto responsable" - "en desarrollo progresivo"), sólo se justifica una consecuencia que no supere la culpabilidad por el hecho, y en el mínimo de restricciones que sean posibles de imponer¹⁸⁴. Por ello, en este caso una solución educativa es consecuencia de una decisión judicial que busque el menor nivel de restricción de derechos que es posible asociar a la comisión culpable de un hecho delictivo, no siendo justificable una intervención de mayor afluencia fundada en un supuesto beneficio del menor.

Por ello, y a diferencia de la propuesta del modelo educativo, se afirma que no existe incompatibilidad entre los conceptos educación y sanción¹⁸⁵. "Apreciar la responsabilidad

¹⁸⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 180.

¹⁸¹ Vid. GÓMEZ RIVERO, *Op. cit.*, pág. 13.

¹⁸² Artículo 37 letra b) de la CION ("Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. Le detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda").

¹⁸³ Vid. TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 83 y 84.

¹⁸⁴ Sobre ello, de manera categórica, y recordando el contenido limitativo y de garantía del principio, por sobre cualquier pretensión educativa "en interés del menor" se manifiesta CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, págs. 486 y 487. Señala que debe respetarse el principio de culpabilidad "sin subterfugios que permitan su vulneración en nombre de la idea de resocialización". Asimismo, CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, págs. 42 y 43 y TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica", ILANUD, UNICEF y UE, San José, 1999, pág. 108 y ss.

¹⁸⁵ Para GIMÉNEZ SALINAS, este doble carácter es propio del sistema y los modelos varían según al preponderancia que se de a uno y otro criterio: "Educación-sanción, sanción-educación están, pues, en una balanza que en cada uno de los sistemas puede inclinarse de una forma distinta según la propia ley, según el momento político-criminal y según la aplicación diaria de los propios jueces." *Op. cit.*, pág. 639; Asimismo, CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 486 y con más detalle y desarrollo en "Derecho Penal de Menores...", págs. 195 y ss; Oo. en MARTÍN LÓPEZ, quien en una interesante reflexión considera que la situación actual corresponde a un estado de transición en la pugna existente entre educación y penalización, como opción de tratamiento político criminal. (MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, págs. 97 y ss).

del joven, no significa abandonar el principio educativo que debe presidir el derecho de menores (...) el modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo más importante, <educar en la responsabilidad>”¹⁸⁶.

En todo caso no debe asociarse al denominado “principio educativo” con las necesidades o carencias de formación, desarrollo o madurez del menor de edad, argumento que desde una perspectiva complementaria suele –sobre la misma lógica– esgrimirse a favor de su supremacía en el sistema¹⁸⁷, todo ello, en tanto no resulta compatible con el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho del menor de edad adolescente. Al esgrimir dicho fundamento para justificar la imposición –incluso coactiva– de medidas de “enseñanza” (correccionales en definitiva), se transforma al beneficiario en un “incapaz relativo”¹⁸⁸. Frente a ello creemos que no puede, en definitiva, afirmarse la responsabilidad como fundamento (capacidad) y definirse las consecuencias de la misma en base a su ausencia o, en su caso, concurrencia incompleta. Precisamente creemos que esta doble funcionalidad (positiva y negativa) de aplicación del criterio “educativo”¹⁸⁹ lo hace inconciliable con la consideración del niño como sujeto de derechos, en tanto asume al menor de edad como imperfecto o necesitado de ayuda¹⁹⁰.

Cabe agregar finalmente que los “defectos de socialización”, como fundamento preventivo especial del sistema, han sido fuertemente criticados desde principios del siglo XX, encontrándose hoy en día abandonados¹⁹¹.

¹⁸⁶ Vid. GIMÉNEZ SALINAS, op. cit., pág. 619. Además agrega: “¿O acaso el modelo protector no sancionaba y reprimía más duramente?, eso sí, con total libertad y arbitrariedad.” Con mayor desarrollo sobre el tema, págs. 628 y ss. Por su parte, GÓMEZ DA COSTA, en un interesante trabajo da cuenta de las relaciones existentes entre sanción, derecho y educación, proponiendo un análisis desde la perspectiva derecho-deber en que funda un sistema de responsabilidad penal adolescente y que es el resultado de su reconocimiento como sujeto de derechos. (GÓMEZ DA COSTA, ANTONIO CARLOS: “Pedagogía y justicia” en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 64 a 66.)

¹⁸⁷ En el sentido defendido en el texto se manifiesta CRUZ BLANCA, quien concibe la sanción penal juvenil con un criterio preventivo especial, de preferencia, con contenido educativo que describe en los siguientes términos: “La finalidad educativa en un Derecho Penal de menores no ha de entenderse en sentido amplio como sinónimo de socialización, esto es, como proceso complejo que busca un desarrollo determinado de la personalidad, sino que ha de circunscribirse de forma parcial a la pretensión de que el menor que ha delinquido, en adelante adecue su comportamiento a las exigencias legales, es decir, que no cometa delitos en el futuro.” Op. cit., pág. 486.

¹⁸⁸ “Cualquier (otra) definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez (...) dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.”. Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 80.

¹⁸⁹ Un resumen en torno a la discusión en torno a esta doble función del principio educativo se puede encontrar en TIFFER / LLOBET, Op. cit., pág. 126 y ss.

¹⁹⁰ De ahí que puedan compartirse afirmaciones como las expuestas por VIVES ANTÓN (“La idea de sustituir el reproche y el castigo, en la medida de lo posible y realizable, por la asistencia y la educación, no es, como a veces se dice, un simple señuelo ideológico del positivismo, sino la expresión de un pensamiento profundamente humanitario que merece ser llevado a la práctica”. Op. cit., pág. 348) pero no sus conclusiones (modelo educativo “por ley” acompañado de la descriminalización del comportamiento del adolescente), precisamente pues –en sus términos– la “medida de lo posible” debe encontrarse asegurada, en términos materiales, en igualdad de condiciones de acceso respecto de todos los ciudadanos, lo que ha demostrado no cumplirse en base sistemas fundados en el modelo educativo o en sistemas que renuncian a la formalización en términos generales, produciendo la sociedad medidas alternativas de control “descontroladas” institucionalmente.

¹⁹¹ Vid. VIANA BALLESTER, Op. cit., págs. 175 y 176; ZAFFARONI, Op. cit., págs. 62 y 63.

6. A modo de conclusión

Conforme al desarrollo expuesto estimamos posible afirmar que la equiparación del criterio del interés del menor con un concepto relativo a la "intervención educativa" y la "capacidad incompleta", subjetiva y personal, como fundamento de atribución, constituyen presupuestos que resultan insuficientes para definir la especialidad del sistema.

La definición de ambos conceptos deriva de la posición que ocupa el niño y el adolescente en el ámbito de las relaciones en una sociedad determinada y no en su capacidad natural, personal o psicológica. La adolescencia "constituye una etapa de la vida que en sociedades como la nuestra se define culturalmente (...) desde una perspectiva social"¹⁹². "De hecho, puede decirse que el establecimiento de un límite de edad superior al que marcaría la posibilidad de afirmar la capacidad de comprender y querer del menor o, para quienes sitúan en ella la culpabilidad, de su motivabilidad, no es más que una concesión propia del retraso en el reconocimiento de su madurez en sentido social por contraposición a lo que sería su afirmación en términos estrictamente físicos o biológicos. Este "retraso" tiende a ser más generoso mientras más avanzada es una sociedad y mejores sus condiciones de vida, ya que es justamente en ella donde pueden justificarse con mayor facilidad la demora en la madurez social del individuo; y a la inversa, la madurez social suele predicarse en edades más tempranas allí donde las concepciones de vida determinan la pronta incorporación del menor al mercado de trabajo, y en general, al mundo de los adultos"¹⁹³.

Esta premisa se puede constatar observando como el desarrollo histórico demuestra efectivamente una correspondencia entre el reconocimiento social de los menores de edad y su capacidad, integración y responsabilidad¹⁹⁴. Así, originalmente (durante el liberalismo clásico) se incorporaba al niño a la vida adulta una vez afirmada la pubertad. Con ello, la sociedad propia de la ilustración prácticamente no concebía un régimen separado de competencias sociales asignadas a la franja etárea de la adolescencia, incorporando al infante rápidamente a la vida adulta una vez superado el margen del inicio de la pubertad. De esta forma, la fertilidad en la mujer, y la capacidad laboral del hombre, permitían justificar una declaración de aptitud o competencia para incorporarse a la vida adulta¹⁹⁵. Es decir, se le reconocía participación, pero como adulto, desconociéndose su carácter de tal (adolescente) y sus diferencias. En materia de

¹⁹² GARCÍA PÉREZ, O.: Op. cit., pág. 51

¹⁹³ Vid. GÓMEZ RIVERO, Op. cit. pág. 4. En el mismo sentido TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 79.

¹⁹⁴ En relación a los modelos de intervención históricamente implementados MARTÍN LÓPEZ afirma que "suelen tener correspondencia con la situación cultural y social de un país". Op. cit., pág. 67.

¹⁹⁵ Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: Op. cit., passim; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., Op. cit., págs. 35 y ss; PÉREZ MARTELL, ROSA: "El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor". Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía N° 5, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002., págs. 28 y ss;

responsabilidad penal, el correlato se demuestra en la aplicación de una sanción propia de los adultos, atenuada por "defectos" de madurez.

Luego, la complejización de la convivencia social –derivada de los caracteres de la sociedad industrial– y las mayores exigencias de formación requeridas para la interacción, llevaron a prolongar la incorporación activa de los sujetos hasta que alcanzaran la mayoría de edad, privándoseles por este expediente de reconocimiento de capacidad (y responsabilidad). Así, dichas necesidades de formación y la elevación del tramo de edad de incorporación a la vida adulta, le dieron sustento a la intervención tutelarista, con éxito, generando como consecuencia el aumento del control de la marginalidad emergente en la nueva sociedad, casi por definición, en "riesgo social"¹⁹⁶. De ahí que se intervenga, sobre la excusa de la incapacidad, con o sin el pretexto del desarrollo o ejecución de una actividad delictual, transformando en política criminal / judicial un problema social. En los hechos dicho proceso, criminaliza, atendido el tipo de respuesta aplicada y los fundamentos esgrimidos para su imposición¹⁹⁷.

El modelo de bienestar reacciona, manteniendo la base de sustento de la incapacidad, pero operando desde una perspectiva social –no jurisdiccional– planteando en sus bases la necesidad de devolver el sistema de tratamiento de la marginalidad a su cauce original, pero desjudicializándolo. Mantiene así la consideración de una base fundada en la incapacidad social de los menores de edad que justifica, por ejemplo, el que se proponga evitar recurrir a procesos considerados estigmatizantes (social o individualmente) y sus efectos, asumidos como desocializantes. Con ello, en todo caso, se gira al extremo inverso, planteando un tratamiento social y administrativo del conflicto penal, manteniendo en su base la afirmación de la incapacidad del adolescente¹⁹⁸.

Si nos acercamos a finales del siglo XX podemos observar como, en los hechos, se ha producido un aumento exponencial en las necesidades de formación, postergando con ello de manera general la incorporación a la vida adulta. Así, "Desde una perspectiva eminentemente sociológica suele hoy entenderse que en las sociedades industrializadas la etapa de la adolescencia se ha prolongado, lo que se acredita en base a la ampliación de los periodos de formación escolar obligatoria y profesional, que en la mayoría de los países europeos, y entre ellos, España, se viene elevando hasta los dieciséis años. A este dato debe añadirse otro más, aportado por la Psicología del

¹⁹⁶ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 43 y 44.

¹⁹⁷ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Infancia. De los derechos y de la justicia", 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 8.

¹⁹⁸ Cabe destacar que dicha incapacidad del adolescente sirve en un primer momento para "sacarlo del sistema penal" formal, de manera general (con independencia del carácter punitivo de subyace en las medidas de protección). Luego, en el modelo educativo, se persigue el mismo fin, pero buscando que el sistema opere, de manera individualizada, caso a caso. Esta dinámica, fundada en la definición del menor de edad como un sujeto incapaz, se entiende que habilita al Estado a cumplir a su respecto funciones paternalistas, al atribuirle una condición de carencia, ya sea por entender que es plenamente incapaz o por requerir de un complemento en su desarrollo. Sobre los presupuestos de justificación –claramente no concurrentes en este caso– del paternalismo jurídico del Estado. Vid. GARZÓN VALDES, ERNESTO: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 5, 1988, págs. 155 - 173.

aprendizaje, que hace depender el desarrollo del adolescente del incremento de su edad y, primordialmente, de los procesos de aprendizaje mismo"¹⁹⁹.

A ello debemos agregar el efecto de la masificación de procedimientos a través de medios electrónicos que privan al menor de contactos personales e interacción social. *"Vivimos en sociedades cada vez más complicadas debido a los avances tecnológicos, lo que hace que esta etapa de preparación para el desempeño del rol de adulto se extienda. Así lo demuestran la extensión del periodo de enseñanza obligatoria, el retraso en la incorporación al mercado laboral y, por tanto, en la emancipación económica"*²⁰⁰. Ello debiera consecuentemente llevarnos a extender los tramos asignados a la incapacidad social, limitando las esferas de responsabilidad.

Esta afirmación, por ejemplo, encuentra reflejo en la consagración reciente de franjas de adultez en las que se permite responder como adolescente, lo que da lugar a que se denomine como *"jóvenes-adultos"* al tramo de edad que corre entre los 18 y los 21 años. En el mismo sentido se pronuncia el texto de MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, quienes en relación a la extensión del sistema penal juvenil a personas de entre 18 y 21 años en el modelo Alemán señalan: *"Para este paso del legislador fue decisivo el creciente descubrimiento de la psicología juvenil, en el sentido de que el desarrollo ético-espiritual del joven normal no está, ni con mucho, acabado de llegar a los dieciocho años. Especialmente en los últimos decenios fue posible comprobar una creciente discrepancia entre la madurez corporal, por un lado, y la madurez espiritual –y, especialmente, la moral– por el otro. Mientras que la primera, con la anticipación del proceso de pubertad, se hacía presente más rápidamente que antes (en parte como consecuencia de la urbanización y de las guerras) el logro de la madurez intelectual y moral se desplazaba más allá de la edad considerada a la sazón normal para dicho fenómeno, o sea, los dieciocho años"*²⁰¹.

Paradójicamente este expediente no nos permitiría explicar hoy en día –en base al desarrollo previamente expuesto– el porqué, si ha aumentado el espacio de incapacidad, también aumenta la esfera de responsabilidad, mediante la creación de *"sistemas especiales"* que imponen edades de imputabilidad inferiores a las consideradas durante la mayoría del siglo XX. Así, pareciera existir un contrasentido al separarse los conceptos de *"capacidad social"* y de *"responsabilidad penal"*, lo que transformaría en falsa la hipótesis que hemos afirmado al iniciar el presente acápite y a través de todo el desarrollo del documento.

No obstante ello creemos que dicha afirmación mantiene plenamente su validez. Lo que sucede es que la definición del rol del adolescente en la sociedad es lo que cambia,

¹⁹⁹ Vid. CARMONA SALGADO, *Op. cit.*, pág. 2.

²⁰⁰ Vid. GARCÍA PÉREZ, D., *Op. cit.*, pág. 51

²⁰¹ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Op. cit.* T. I, pág. 639.

concibiéndose su participación en cuanto tal (como adolescente) y no en su relación con el adulto, como lo fue hasta hace poco. "Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas. En esta doctrina, tal como sabemos, ya no se ve al niño como objeto de protección-represión por parte del estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios con respecto a esas instituciones"²⁰². De esta forma, lo que cambia es el foco o lente con se lleva a cabo el análisis de la relación de participación del individuo en sociedad, toda vez que ya no se buscan los efectos de la incorporación del adolescente al mundo de adultos, sino aquellos que derivan de su reconocimiento en sociedad como tal²⁰³.

La capacidad de responsabilidad y la consideración del individuo ya no se fija desde la perspectiva de la adultez, afirmándose en su reemplazo un concepto que permita identificar etapas de desarrollo diferenciables que cruzan o acompañan a la persona humana en su vida²⁰⁴. El ejercicio consiste en atribuir responsabilidad al adolescente en cuanto tal ("sujeto de derechos" con "autonomía progresiva"), y no desde la perspectiva del derecho penal general, diseñado por adultos y aplicable a ellos²⁰⁵.

Por ello es que el aumento de los factores que retardan la incorporación a la vida adulta ya no se encuentra vinculado a la participación del niño o adolescente a la vida en sociedad. Ello permite afirmar su responsabilidad como adolescente y, por su parte, las mayores exigencias de la vida adulta, que llevan a extender desde un punto de vista social las etapas propias de la adolescencia, permiten extender dicha responsabilidad a etapas que hasta hace algún tiempo eran propias de dicho nivel de participación, superando la barrera socialmente asentada que bordea los 18 años de edad²⁰⁶.

El considerar al niño o adolescente como sujeto de derechos lleva a asumir a su respecto políticas integradoras, participativas, con espacios de autonomía que conllevan responsabilidad. "Se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la

²⁰² Vid. BARATTA, ALESSANDRO: Op. cit., pág. 40.

²⁰³ BARATTA habla del "derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del estado democrático de derecho (...) una ciudadanía plena que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño", Op. cit., pág. 45 y 50.

²⁰⁴ Dicha argumentación -como vimos- lleva a sustentar la falta de responsabilidad y la disposición de medidas de corte tutelar o asistencial, de ayuda al incapaz. Con respecto a ello, y de modo enérgico, GARCÍA MENDEZ señala: "Se trata en definitiva de un cambio en los patrones culturales que demuestre la absurdidad de pensar la protección de los sectores débiles de nuestra sociedad, sólo en los estrechos marcos de declarar su incapacidad y condenarlos a la segregación.", Op. cit., pág. 58.

²⁰⁵ Asumiendo la procedencia de establecer un estatuto especial, de derechos, "más allá de una mera actitud humanitaria" o asistencialista se pronuncia HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), Op. cit., pág. 29 y ss. no obstante lo cual le atribuye como efecto un paternalismo protectorista ("Lo considera una etapa de desarrollo humano que exige una singular protección y de la que surgen unos peculiares derechos.")

²⁰⁶ Vid. CRUZ BLANCA, Op. cit., pág. 494.

misma que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor de edad"²⁰⁷. El adolescente no detenta "defectos de madurez o desarrollo" que permiten disminuir su "imputabilidad". No es un sujeto incompleto, sino distinto. "Los menores no son simplemente adultos pequeños"²⁰⁸. Su responsabilidad, por ende, también lo es.

No se trata por ello de un mero cambio de orientación de los fines político criminales que se persiguen con la responsabilidad penal, en caso de adolescentes, sino de construir la base de los conflictos en que éste participe, como conflictos de derecho, rigiendo a su respecto las garantías que son propias de un Estado de derecho. Se repite entonces, a su respecto, un modelo participativo, democrático²⁰⁹, básicamente garantista, de origen liberal, actualizado –o más bien, puesto al día en su aplicación–²¹⁰ hacia las perspectivas propias de fines del siglo XX.

La *democracia* es participación en condiciones de igualdad. Las posibilidades de participación importan reconocimiento de autonomía. La autonomía conlleva *responsabilidad*, en consecuencia. La democracia exige responsabilidad individual.

²⁰⁷ MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 154, en cita a Rivero Hernández.

²⁰⁸ Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Op. cit.*, pág. 15.

²⁰⁹ Vid. BARATTA, *Op. cit.*, pág. 41. Vid. asimismo, GÓMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS: "Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente", en García Méndez / Carranza (edii.): "Del revés al Derecho", Buenos Aires, 1992, págs. 131- 153, contenido en nota 30. del texto de BARATTA antes citado.

²¹⁰ Vid. BARATTA, *Op. cit.*, pág. 43 a 46.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO:** "Razones para un Proceso Penal con Menores", en Martín López, María Teresa (Coord.): "La Responsabilidad Penal de los Menores", Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 13 a 17.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS:** "El Derecho Penal de Menores", trad. Bustos Ramírez, Juan, Edit. PPU, Barcelona, 1990.
- BARATTA, ALESSANDRO:** "Infancia y Democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 31 a 58.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN:** "Lecciones de Derecho Penal", Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN:** "Algunas Observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de Enero", en RECPC 04-03, año 2002, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL,** en Politoff / Ortiz (Dir.) Matus (Coord.): "Texto y Comentarios del Código Penal Chileno", Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, págs. 109 -126.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL:** "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 69 a 85.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A.:** "La Responsabilidad Penal del Menor de Edad", Edit. Tecnos, Madrid, 2002.
- CEZÓN GONZÁLEZ, CARLOS:** "La Nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", Edit. Bosch, Barcelona, 2001.
- CONTRERAS LARGO, CONSUELO:** "Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía", en VVAA: "De la Tutela a la Justicia", Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, págs.11 a 33.
- COUSO SALAS, JAIME:** "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 VVAA: "De la Tutela a la Justicia", Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, págs. 71 a 101.
- CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ:** "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la Reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de Diciembre", en Cuadernos de Política Criminal Nº 75, 2001, págs. 481 a 513.

- CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ:** *"Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores"*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 87, Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN:** *"El Nuevo Derecho Penal de Menores"*, Edit. Civitas, 2002.
- CURY URZÚA, ENRIQUE:** *"Derecho Penal. Parte General."* Tomo II, 2º Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1992
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO:** *"Joven Delincuente y Derecho Penal"*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 54, 1994, págs. 1037 a 1051.
- DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR:** *"Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho"*, Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías Nº 254, Valencia, 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL:** *"Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error"* en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): *"Cuestiones Actuales de la teoría del delito"*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- DÜNKEL, FRIEDER:** *"Reacciones en los Campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la Delincuencia Infantil y Juvenil: Un estudio comparativo a escala Europea"*, en *"La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales"*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº III - 2001, págs. 119 a 186.
- FERRAJOLI, LUIGI:** *"Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal"*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Infancia. De los derechos y de la justicia"*, 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral"*, 2ª Edición, Edit. Forum-Pacis, Tolima, 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Para una historia del control penal de de la infancia: La informalidad de los mecanismos formales de control social"*, en Bustos Ramírez, Juan (Dir.): *"Un Derecho Penal del Menor"*, Edit. Conosur, Santiago, 1992, págs. 151 a 176.
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO:** *"La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores y las bases de la responsabilidad penal de éstos y el derecho supletorio."*, en Giménez- Salinas I Colomer, Esther (Coord.): *"Justicia de Menores: una Justicia Mayor"*. Manuales de formación continuada Nº 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 45 a 80.

- GARRIDO GENOVÉS, VICENTE y MONTORO GONZÁLEZ, LUIS (Dir.):** "*La Reeducción del Delincuente juvenil. Los Programas de Éxito*", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO:** "*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*" en Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 5, 1988, págs. 155-173.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER:** "*La Mayoría de Edad Penal en la Reforma*", en Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, págs. 607 a 645.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER:** "*La Justicia Juvenil en España: Un Modelo Diferente*", en Martín López, María Teresa (Coord.): "*La Responsabilidad Penal de los Menores*", Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 19 a 44.
- GÓMES DA COSTA, ANTÓNIO CARLOS:** "*Pedagogía y justicia*" en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "*Infancia Ley y Democracia en América Latina*", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 59 a 68.
- GÓMEZ RIVERO, MARÍA CARMEN:** "*La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000.*" en Revista Penal Nº 9, págs. 3 a 26, 2002.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL:** "*Un Proyecto Alternativo a la Regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores*", serie Documentos, Nº 5, 2000.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL:** "*Una Propuesta Alternativa a la Protección Penal de los Menores*", serie Documentos, Nº 7, 2003.
- HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.):** "*El Sistema Español de Justicia Juvenil*", Edit. Dykinson, Madrid, 2002.
- HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE:** "*Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal*", en Actualidad Penal Nº 34, 2003, págs. 845 a 869.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA:** "*Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*", edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- KINDHÄUSER, URS:** "*La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*" en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): "*Cuestiones Actuales de la teoría del delito*", Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 185 a 217;
- KINDHÄUSER, URS:** "*Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*", Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Nº 9, Bogotá, 1996.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO:** "*Derecho Penal de Menores*", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- LARRAURI, ELENA:** *"Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español"*, introducción a *"Censurar y Castigar"* de Andrew von Hirsch, Edit. Trotta, Madrid, 1998
- MARTÍN CRUZ, ANDRÉS:** *"Minoría de Edad Penal"*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 63, 1997, págs. 701 a 709.
- MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA:** *"Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño"*, en del mismo (Coord.): *"La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención."*, Monografías Civitas, Madrid, 2001, págs. 143 a 176.
- MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA:** *"Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado"*, en del mismo (Coord.): *"La Responsabilidad Penal de los Menores"*, Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 67 a 104.
- MARTÍNEZ SERRANO, ALICIA:** *"Principios Sustantivos y Procesales Básicos de la Responsabilidad Penal de los Menores Establecidos en la LO 5/2000"*, en *"La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales"*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº III - 2001, págs. 17 a 40.
- MAURACH / GÖSSEL / ZIPF:** *"Derecho Penal. Parte General."*, 7ª edición, Tomos I y II, traducción Jorge Boffil G., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO:** *"Derecho Penal. Parte General"* 6ª edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002.
- MORA ALARCÓN, JOSÉ ANTONIO:** *"Derecho Penal y Procesal de Menores. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios"*, Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías Nº 235, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** *"Derecho Penal y Control Social"*, reimpresión de la segunda Edición, Colección Monografías Jurídicas Nº 98, Edit. Temis, Bogotá, 2004.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** *"El error en Derecho Penal"*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** Introducción, en CLAUS ROXIN: *"Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal"*, traducción de Muñoz Conde, Edit. Reus, Madrid, 1981.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO:** *"Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores"*, 2ª Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.
- PÉREZ MARTELL, ROSA:** *"El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor"*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía Nº 5, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002.

- POLO RODRÍGUEZ, J.J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J. :** *"La Nueva Ley Penal del Menor"*, 2ª Edición actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000. Circular 1/2000 de la FGE, Edit. Colex, Madrid, 2001.
- RÍOS MARTIN, C:** *"El Menor Infractor ante la Ley Penal"*, Granada, 1993.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL:** *"Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora"*, Edeval, Valparaíso, 1974.
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL:** *"Minoría de edad penal y derecho penal juvenil"*, Edit. Comares, Granada, 1998.
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL:** *"La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor"*, en *Actualidad Penal* Nº 33, 2000, págs. 699 a 727.
- SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA:** *"El Régimen de la Minoría de Edad Penal"*, en del mismo, *"El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales"*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 159 a 195.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA:** *"El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?"*, en *Revista Penal* Nº 8, 2001, págs. 71 a 89.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN:** *"Culpabilidad y Prevención"*, en *VVAA: "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales"*, Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2001, págs. 227 a 255.
- TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER:** *"La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica"*, ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999.
- TORRENTE, DIEGO:** *"Desviación y Delito"*, Edit. Alianza, Madrid, 2001
- VENTAS SASTRE, ROSA:** *"Minoría de Edad Penal en el proceso de la codificación Penal Española (Siglos XIX y XX)"*, Cuadernos de Política Criminal Nº 77, 2002, págs. 301 a 407.
- VIANA BALLESTER, CLARA:** *"La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores"*, en *Revista Penal* Nº13, 2003.
- VIVES ANTON, TOMAS SALVADOR:** *"Constitución y Derecho Penal de Menores"* en, del mismo, *"La Libertad como Pretexto"*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 337 a 352.
- VVAA:** *"Situación Actual del Derecho de los Menores"*, en *Revista Penal* Nº 5, 2000, págs. 147 a 194.
- VVAA:** *"La Delincuencia Juvenil en España"*, Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia y del Interior, 1995.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL:** *"Derecho Penal. Parte General"*, 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002.

ABANDONO, AMPARO E INTERVENCIONES DESDE LA DEFENSA SOCIAL

JAVIER M. PALUMMO LANTES *

Allí donde muchas veces se dijo cuidar o proteger, en verdad se reprimió, se controló. Allí donde muchas veces se dijo curar o prevenir, muchas veces se internó, es decir se privó de libertad.

Héctor Erosa

1. Introducción

La ratificación por parte del Estado uruguayo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante *CDM*) a través de la ley N° 16.137 del 28 de setiembre de 1990, ha dado lugar a un largo proceso de adecuación legal que podría haber terminado con la reciente aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante *CNA*).

Mientras que en el ámbito internacional se están cuestionando las intervenciones que llevan a la institucionalización de los niños, y se está intentando superar la concepción de los niños como objetos de control por parte del Estado¹, paralelamente y en las antípodas de este pensamiento, en el ámbito local las autoridades policiales y del Instituto Nacional del Menor (en adelante *INAME*) han anunciado en varias oportunidades la decisión de actuar en conjunto para erradicar la presencia de niños que mendigan en las esquinas². Habiéndose registrado y denunciado operativos de detención de niños, niñas y adolescentes que se encontraban mendigando en los alrededores de importantes comercios³.

Asimismo, en el ámbito legislativo se discute un proyecto de ley de fecha noviembre de 2003, que permite que las autoridades retiren de la vía pública y conduzcan ante el juez de menores, a todo niño de hasta quince años de edad que permanezca en la calle, espacios abiertos, transporte de pasajeros y lugares públicos, con el fin de ejercer la mendicidad, realizar destrezas, vendiendo artículos de cualquier índole o realizando tareas a cambio de una gratificación o cualquier otra modalidad que implique la

* Abogado uruguayo.

¹ Crotti, Egidio, "Presentación", en Ferrari, Mario; Couso, Jaime; Cillero, Miguel; Cantwell, Nigel. (Coords.) *Internación de niños: ¿El comienzo del fin?* UNICEF, Publicaciones Innocenti, Santiago de Chile, 2002.

² El País, 31 de agosto de 2003; Brecha, 12 de setiembre de 2003, entre otros.

³ Brecha, 13 de febrero de 2004.