

LA JUSTICIA DE MENORES EN BRASIL Y EL SISTEMA GARANTISTA. LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

César BARROS LEAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Justicia de Menores. 3. El Periodo Anterior al Estatuto. 3.1. El Código Mello Mattos y el Sistema de Protección y Asistencia a los Menores Abandonados y Delincuentes. 3.2. El Código de Menores y la Doctrina de la Situación Irregular. 4. El Estatuto del Niño y del Adolescente y la Doctrina de la Protección Integral. El Sistema Garantista. 4.1. Medidas Socioeducativas. 4.1.1. Advertencia. 4.1.2. Obligación de Reparar el Daño. 4.1.3. Prestación de Servicios a la Comunidad. 4.1.4. Libertad Asistida. 4.1.5. Régimen de Semilibertad. 4.1.6. Internación. 4.2. Investigación de la Infracción. 4.3. Las Virtudes del Estatuto. 4.4. Las Dificultades de Aplicación y las Fallas del Estatuto. 5. La Edad de la Responsabilidad Penal. 5.1. Propuestas de Reducción de la Edad. 5.1.1. Argumentos Favorables a la Reducción de la Edad. 5.1.2. Argumentos Contrarios a la Reducción de la Edad. 6. Apuntes Finales: en cuanto a la Justicia Juvenil; en cuanto a la Edad. 7. Conclusiones. Notas.

I. Introducción

Permítanme empezar esta conferencia, dirigida sobre todo a los estudiantes y a los funcionarios involucrados en el campo de los menores infractores, que no están familiarizados con las normas vigentes en mi país en materia de justicia juvenil, con la evocación del drama de una tierna y dulce niña que se llamaba Ana y que, en su lecho de indigente, en el hospital donde había sido internada en gravísimo estado de anemia, de debilitación profunda, causada por el hambre, se volvió hacia su madre y le preguntó con voz trémula: “Dime, mamá: en el cielo ¿hay pan?” Y, en seguida, inclinó mansamente la cabeza y cerró para siempre sus ojos (inocentes ojos acostumbrados a la oscuridad de la penuria absoluta, a la negritud de la miseria ominosa).

Dedico esta conferencia a Anita y a todos los niños y adolescentes, en Brasil y México, que “invisibles para la sociedad”² que les niega pan, atención y amor, viven en las calles (o tal vez deba decir: sobreviven a la intemperie, a la indiferencia generalizada y a los grupos de exterminio), no van a la escuela, no tienen acceso a los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

servicios de salud, son víctimas de discriminaciones y maltratos rutinarios, se rinden impotentes a la seducción del consumo y del tráfico de drogas, cometen pequeños hurtos (y a veces actos mucho más graves, con el uso de armas de fuego), son explotados sexualmente, recogen basura, piden limosnas o se visten de payasos o equilibristas en los semáforos, reclamando, con la sonoridad de su anónima desesperanza y de su tragedia anunciada e ignominiosa, un mínimo de alimentación, asistencia médica, educación, seguridad. En su nombre, con el instrumento de poder que me confiere la conciencia de la legitimidad de su súplica, evoco la lección de Juan Busto Ramírez: “la mejor política criminal todavía es una excelente política social”, así como la advertencia de Sócrates, citado por Ruth Villanueva Castilleja: “No critiquen a la juventud, más bien, pregúntense qué hemos sembrado en su interior para que estén dando estos frutos.”³

En el voto razonado que acompañó a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el célebre caso de los “Niños de la Calle”, originado en una denuncia contra Guatemala, en el año de 1977, el juez brasileño Antonio Augusto Cançado Trindade denunció la “brutalidad imperante en lo cotidiano de las calles de América Latina y, – ¿por qué no admitirlo? – de las calles de todo el mundo ‘postmoderno’ de nuestros días”, ese triste “mundo que se muestra determinado a proteger los capitales, bienes y servicios, pero no a los seres humanos...”⁴

Sus palabras me hacen recordar el poema escrito, en el mismo año, por Paulo Lúcio Nogueira, juez de menores de la ciudad de Marília, São Paulo, ya fallecido:

“Llore niño abandonado, desesperado,
que tal vez su grito de orfandad
despierte a nuestra sociedad, pues ya es tiempo
de sensibilizar el corazón de su hermano,
hacerlo sentir que fue justamente por no oír
su llanto, que hoy los hombres, a coro,
lamentan sus crímenes, su agresividad,
y se juzgan también culpables, por haber generado,
con tanta indiferencia, su nefasta presencia,
de hombre rebelde, delincuente, afecto a la maldad,
como fruto de nuestra propia sociedad.”⁵

Ahora bien. En homenaje a la pequeña Ana y a los millones de niños y adolescentes desheredados, víctimas y victimarios para quienes las respuestas deben ser mucho más estructurales que legales y que ponen sus esperanzas en ustedes, en nosotros, sus hermanos, hombres y mujeres de buena voluntad, les pido, como evidencia de nuestra solidaridad y nuestro repudio a su desamparo, que de pie hagamos un minuto de silencio.

Y ahora una breve síntesis para su conocimiento y reflexión.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

2. La Justicia de Menores.

La evolución del Derecho del Menor, desde las Ordenaciones Filipinas (cuando los menores eran imputables a los siete años) hasta el Estatuto del Niño y del Adolescente (léase Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), ha sido caracterizada por una progresiva sustitución de las penalidades históricamente conminadas a adultos y chicos, con función retributiva, por medidas profilácticas y tutelares⁶ aplicables de forma indiferenciada a diferentes categorías de menores, culminando, más adelante, en mi país, con un sistema de justicia juvenil de vocación humanista, que toma en cuenta la condición peculiar del infante y del adolescente como un ente biopsicosocial en crecimiento y que hace énfasis en sus derechos y en las medidas que buscan el fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios.

3. El Periodo Anterior al Estatuto.

En el capítulo relativo al menor, el Código Criminal del Imperio (1830) cuidó únicamente de su responsabilidad penal, fijándola a los 14 años y acogiendo el criterio del discernimiento (o sea, la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del acto y de determinarse de acuerdo con este entendimiento): “Si obran con discernimiento, deberán ser recogidos en una casa de corrección, por el tiempo que al juez parezca necesario, con tal que dicho recogimiento no exceda de la edad de 17 años.”

Adoptado en esa época por incontables países, en sustitución al criterio cronológico, se mantuvo en el Código Penal de la República de 1890, que consideró irresponsables a los menores de 9 años, pero estableció que a partir de esa edad hasta los 14 años responderían por sus actos cuando resultase patente haber actuado con discernimiento.

3.1. El Código Mello Mattos y el Sistema de Protección y Asistencia a los Menores Abandonados y Delincuentes.

En el año de 1921, la edad de la responsabilidad penal se elevó a los 14 años y se puso un punto final al empleo, en este ámbito, del criterio del discernimiento, que Tobias Barreto ya apellidaba como “fósil jurídico”.

Seis años después se promulgó el Código Mello Mattos (Decreto n. 17.943-A, del 12 de octubre de 1927), cuyo principal mérito consistió en reunir en un único cuerpo normativo las leyes entonces existentes y crear un sistema de protección y asistencia a los menores. Entre sus características están: la clasificación de los menores en dos grandes grupos (abandonados y delincuentes), el poder de perdón del juez (cuando la conducta transgresora era de poca gravedad y no revelaba mala índole), la sentencia indeterminada, la libertad vigilada y la diversidad de procedimientos respecto de los delincuentes, conforme a su edad.

En los años subsiguientes se expidieron nuevas leyes alusivas a la protección y asistencia a los menores abandonados y delincuentes. Después de la puesta en vigencia del Código Penal de 1940 (que fijó en 18 años la edad límite de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

responsabilidad penal), se editó el Decreto-Ley n. 6.026/43 a fin de reglamentar las medidas aplicables por la comisión de infracciones penales.

3.2. El Código de Menores y la Doctrina de la Situación Irregular.

Con la intención de cambiar el tratamiento del menor, compatibilizándolo con la evolución jurídica y social que tuvo lugar en el transcurso de varias décadas en el territorio latinoamericano, se promulgó, el 10 de octubre de 1979, un nuevo Código de Menores (Ley n. 6.697).

Entraba en escena, como paradigma de la ideología positivista dominante, la doctrina de la situación irregular⁷ (en un sistema que se decía tutelar e invocaba el principio del superior interés del menor {artículo 5º, obrante asimismo en la Convención}, pero que, en verdad, era distorsionado por una práctica represiva), la cual preveía un tratamiento indistinto⁸ para los menores delincuentes y abandonados, aunque esos términos no se utilizasen más porque eran considerados como despectivos.

Los que estaban en situación de abandono, los pobres, los desposeídos, los marginados, eran tachados de débiles e incapaces, portadores de una patología social que necesitaba de tratamiento, de una política higienista. Difíciles, indeseables, se les consideraba un estorbo y también una amenaza. Constitutivos de riesgo social, delincuentes proclives al crimen y peligrosos (el principio de la culpabilidad se sustituyó por el de la peligrosidad), eran objeto con demasiada frecuencia de la intervención judicial, en tanto se les aplicaban medidas sin necesidad de juicio de culpabilidad respecto a una conducta y sin el debido proceso legal, con la ausencia constante del defensor de oficio.

En las instituciones juveniles (Fundaciones Estatales del Bienestar del Menor – FEBEM, aún existentes) se recibían, sin separación, a los infractores y a aquellos sin ningún conflicto con la ley (los últimos en mayor número), o sea, tanto a los sujetos activos como a los sujetos pasivos de la violencia, a quienes se proponía un tratamiento sin distinción. Predominaba una política de criminalización de la penuria, de control sociopenal (en el lenguaje de Emilio García Méndez), de prácticas represivas y autoritarias, en la que se substraía de los menores el almacén de garantías procesales ordinariamente ofrecidas los adultos.

Al mantenerse medidas similares a las sanciones penales, pero sin las respectivas salvaguardias, se consolidaba, de este modo, un *derecho penal reforzado, mixtificante*.

Eran seis las categorías de menores:

- I – privado de condiciones esenciales a su subsistencia, salud e instrucción obligatoria, aun cuando eventualmente, en razón de: a) falta, acción u omisión de los padres o del responsable; b) manifiesta imposibilidad de los padres o del responsable para proveerlas; II – víctima de maltratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o por el responsable; III – en peligro moral, debido a: a) encontrarse, de modo habitual, en ambiente contrario a las buenas costumbres; b) explotación en actividad contraria a las buenas

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

costumbres; IV – privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de los padres o del responsable; V) – con desvío de conducta, en virtud de grave inadaptación familiar o comunitaria; VI – autor de una infracción penal.

Claramente se identificaban las hipótesis de situación irregular: el menor abandonado (I), el menor víctima (II), el menor en peligro moral (III), el menor en abandono jurídico (IV), el menor con desvío de conducta (V) y el menor infractor (VI).

Las medidas aplicables al menor por la autoridad judicial constaban en el artículo 14: I – advertencia; II – entrega a los padres o al responsable, o a una persona idónea, mediante una declaración de responsabilidad; III – colocación en un hogar sustituto; IV – imposición del régimen de semilibertad; V – colocación en una casa de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional, ocupacional, psicopedagógico, psiquiátrico u otro adecuado.

La autoridad judicial podría en su caso y en cualquier tiempo, de oficio o mediante iniciativa fundamentada de los padres o del responsable, de la autoridad administrativa competente o del Ministerio Público, acumular o sustituir dichas medidas.

La infracción penal correspondía a la comisión de un acto infractor descrito en la legislación penal como crimen o contravención. En esta hipótesis se aplicaba una de las siguientes medidas: advertencia, libertad asistida, colocación en una casa de semilibertad o internación. La última solamente se daría si fuese inviable o malograrse la aplicación de las demás medidas, siendo que, en la ausencia de un establecimiento adecuado, la internación podría excepcionalmente ofrecerse en una sección de la unidad destinada a mayores (esto es, en prisión), desde que fuesen instalaciones adecuadas, afianzándose una absoluta incomunicabilidad.

En el supuesto de que el menor cumpliera veintiún años sin que hubiera sido declarada la cesación de la medida, pasaría a la jurisdicción del juez de ejecución penal. En tal caso sería conducido a un establecimiento apropiado hasta que el Juez juzgase extinto el motivo en que se había fundamentado la medida, en la forma establecida en la legislación penal.

4. El Estatuto del Niño y del Adolescente y la Doctrina de la Protección Integral. El Sistema Garantista.

Con la actual Constitución, hubo una movilización nacional de repudio al tratamiento ofrecido al menor en situación irregular, en especial a los internamientos en forma indiscriminada. Se constituyó una cruzada contra la cultura minorista, que reunió a representantes de la sociedad civil y a entidades gubernamentales, incluso abogados, fiscales, jueces, etcétera, bajo la inspiración de su artículo 227 (“Es deber de la familia, la sociedad y el Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, salud, alimentación, educación, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad y

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”),⁹ con vistas a sustituir el Código de Menores (el titular de un periódico “Menor mata a un Niño” expuso la agonía de un término en descrédito, que embutía rótulos y estigmas) por una nueva ley cuyos destinatarios serían todos los niños (así nombrados hasta los 12 años incompletos) y adolescentes (entre los 12 y 18 años por cumplir),¹⁰ sin ninguna discriminación, quienes pasaban a ser sujetos de derecho, personas en condición peculiar de desarrollo y objeto de prioridad absoluta.

Surgió, así, en 1990, la Ley n. 8.069, el Estatuto del Niño y del Adolescente (en portugués, *Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA*), una de las más vanguardistas normas dirigidas a la protección de la niñez y la adolescencia, revolucionaria en su esencia, que retiró las ambigüedades, las discrecionalidades (jurídicas y pedagógicas), las falacias y los subjetivismos del Código de Menores, a la par que sirvió de modelo para legislaciones extranjeras, en particular de Latinoamérica.

De carácter eminentemente garantista y coherente, pues, con el Estado Democrático de Derecho, abrazó la doctrina de la protección integral, su piedra angular, defendida por las Naciones Unidas y cimentada sobre instrumentos universales (como la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; las Reglas de *Beijing*, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas de *RIAD* y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad), proclamó el dominio de la ley y del respeto enérgico a los derechos fundamentales y estableció la municipalización de la asistencia, además de la participación de la sociedad organizada, ya sea en la formulación de las políticas públicas para la infancia y la juventud, ya sea en el monitoreo de las acciones (para lo cual fue fundamental el artículo 204, de la CF, fracción II: “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios: II: Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles”).

En el área de los actos infractores a la ley penal, enunció que, en conformidad con el artículo 228 de la Constitución Federal, los menores de 18 años son penalmente inimputables¹¹ (con fundamento en un criterio político y también biológico, en la especial condición de persona en proceso de maduración), quedando sujetos a las medidas en él previstas, siendo considerada, para los efectos de la ley, su edad a la fecha del hecho delictivo.

El artículo 105 estableció que al acto infractor practicado por el niño le corresponderán las medidas de protección contenidas en el artículo 101:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

I – encaminamiento de los padres o del responsable mediante una declaración de responsabilidad; II – orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III – matrícula y frecuencia obligatorias en un establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV – inclusión en programas comunitarios u oficiales de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V – requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio; VI – inclusión en un programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII – abrigo en una entidad; VIII – colocación en una familia sustituta.

Al Consejo Tutelar, órgano municipal permanente, autónomo, no jurisdiccional, compuesto de cinco miembros, remunerados, elegidos por la comunidad, le incumbe atender a los niños y adolescentes infractores, en la aplicación de las medidas del artículo 101. Mientras el Consejo no se instale, sus atribuciones son ejercidas por la autoridad judicial.

Acorde con el artículo 5º, fracción LXI de la CF, el Estatuto prescribe que ningún adolescente será privado de su libertad excepto cuando fuere hallado en el flagrante de una infracción o por una orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial, asegurándosele, entre otras, en el artículo 111, las siguientes garantías:

I – pleno y formal conocimiento de la atribución del acto infractor, mediante citación o medio equivalente; II – igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias a su defensa; III – defensa técnica por abogado; IV – asistencia judicial gratuita e integral a los necesitados, en la forma de la ley; V – derecho de ser oído personalmente por la autoridad competente; VI – derecho de solicitar la presencia de sus padres o del responsable en cualquier fase del procedimiento.

Las Reglas de Beijing (7.1.) disponen que “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogarlos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

4.1. Medidas Socioeducativas.

Al adolescente infractor el juez podrá aplicarle las medidas socioeducativas, de naturaleza retributiva, pero con contenido pedagógico, enunciadas en el artículo 112: I – advertencia; II – obligación de reparar el daño; III – prestación de servicios a la comunidad; IV – libertad asistida; V – inserción en régimen de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional; VII – cualquiera de las formas previstas en el artículo 101, de I a VI.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Aplicables aislada o cumulativamente, dichas medidas pueden ser reemplazadas en cualquier tiempo por la autoridad competente si así lo juzgue necesario, con amparo en un dictamen pericial.

Para ello se ha de considerar la capacidad del adolescente de cumplirlas, las circunstancias de la infracción y su gravedad.

De cada una de ellas trataremos más adelante, destacándose que la imposición de las medidas preceptuadas en las fracciones de II a VI presupone la existencia de pruebas suficientes de autoría y materialidad de la infracción, salvo la hipótesis de la remisión, en los términos de la ley.

4.1.1. Advertencia.

Recomendada a los adolescentes que no tienen antecedentes de trasgresiones y autores de infracciones leves y aplicada en audiencia, presentes sus padres o el responsable (aun porque a éstos también está destinada, llamándoles la atención para las consecuencias de su conducta delincinencial y los riesgos de una recaída), consiste en una amonestación verbal, con orientaciones y exigencias de la autoridad competente, registrada en los autos y firmada por el juez, el representante ministerial, el adolescente y sus padres o el responsable.

La advertencia se incluye generalmente en la remisión extintiva del proceso, concedida por la autoridad judicial, y puede aplicarse junto con una medida de protección al adolescente o de una medida pertinente a los padres o al responsable.

4.1.2. Obligación de Reparar el Daño.

Sustituible por otra adecuada si fuera manifiestamente imposible, y aplicable por la autoridad cuando la infracción tenga reflejos patrimoniales. El adolescente (por lo general perteneciente a las clases más elevadas) podrá ser obligado, si fuera el caso, a restituir la cosa, efectuar el resarcimiento del daño o, de otro modo, compensar el perjuicio de la víctima.

Evidentemente, ante la imposibilidad de cumplirla, la ley establece que la medida podrá ser sustituida por otra adecuada.

Homologada la composición, la sentencia constituye un título ejecutivo.

4.1.3. Prestación de Servicios a la Comunidad.

Muy común en otros países (*community service*, en los Estados Unidos), consiste, a semejanza de la que se imputa a los adultos, en la ejecución de tareas gratuitas, de interés general, por un período no superior a seis meses, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas y otros establecimientos congéneres, así como en programas desarrollados por la comunidad o por el gobierno, con el monitoreo de ambos.

Las tareas se atribuyen conforme a las aptitudes del adolescente y deben ser cumplidas con duración máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días festivos, o en días hábiles, a fin de que no perjudique la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Nótese que la prestación de servicios no puede ser impuesta contra la voluntad del adolescente, porque, si así fuera, se configuraría como trabajo forzado que la Constitución Política expresamente prohíbe.

4.1.4. Libertad Asistida.

Con raíces históricas en el instituto estadounidense (conocido como *probation*), es adoptable siempre que se muestre conveniente a efectos de acompañar, auxiliar y orientar al adolescente que haya cometido un acto infractor. Su aplicación no se recomienda a reincidentes y debe fijarse por el plazo mínimo de seis meses, sujeta a sufrir una prórroga o ser revocada en cualquier tiempo y sustituida por otra medida, con previa consulta al orientador, al Ministerio Público y al defensor.

Al orientador, persona capacitada para acompañar el caso y que puede ser indicada por una entidad o un programa de atención, le incumbe, con el apoyo y la supervisión de la autoridad competente, promover socialmente al adolescente y a su familia, supervisar su frecuencia y aprovechamiento escolar, gestionar su profesionalización e insertarlo en el mercado de trabajo, además de presentar un informe del caso.

4.1.5. Régimen de Semilibertad.

Determinada por la autoridad judicial desde el principio, después de la comisión del acto infractor, o como forma de transición para la libertad, corresponde a actividades externas durante el día (trabajo y/o asistencia a la escuela), permaneciendo el menor en el período nocturno en una entidad de atención.

Exige seguimiento técnico y puede llevarse a cabo de dos formas: a) desde el principio; o b) en concepto de progresión, como forma de transición del interno hacia el medio abierto.

Prevista, como hemos apuntado con anterioridad, en el Código de Menores bajo la denominación de “colocación en casa de semilibertad”, su valor terapéutico es enaltecido por todos. Sin plazo determinado, hace uso, cuando es posible, de recursos comunitarios, con la oferta obligatoria de escolarización y profesionalización.

4.1.6. Internación.

Aplicable por la autoridad judicial en una decisión fundamentada, se basa en tres principios básicos (art. 121):

- a. brevedad (deberá durar por lo menos seis meses y jamás excederá de tres años);
- b. excepcionalidad (como *ultima ratio*, sólo se admite en tres hipótesis, previstas en el art. 122: infracción cometida mediante grave amenaza o violencia a persona; reiteración en la comisión de otras infracciones graves; incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta, hipótesis en la que no podrá exceder de los tres meses). Alcanzado el límite máximo de tres años, el adolescente deberá ser liberado, puesto en régimen de semilibertad o de libertad asistida;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

c. respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo (al Estado le corresponde velar por su integridad física y moral, adoptando las medidas apropiadas).

La internación deberá darse en entidad exclusiva para adolescentes (puesto que se retiró la posibilidad anterior de quedarse en los penales, de acuerdo con el artículo 185), donde serán obligatorias las actividades pedagógicas, se obedecerá a una rigurosa separación (con asiento en tres criterios: edad, complexión física y rigor de la infracción) y se les asegurarán los derechos referidos en el artículo 124: I – entrevistarse personalmente con el representante del Ministerio Público; II – hacer petición directamente a cualquier autoridad; III – encontrarse reservadamente con su defensor; IV – ser informado de su situación procesal, siempre que lo solicite; V – ser tratado con respeto y dignidad; VI – permanecer internado en la misma localidad o en aquella más cercana al domicilio de sus padres o del responsable; VII – recibir visitas, por lo menos semanalmente; VIII – mantener correspondencia con sus familiares y amigos; IX – tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y el aseo personal; X – habitar alojamiento en condiciones adecuadas de higiene y salubridad; XI – recibir escolarización y profesionalización; XII – realizar actividades culturales, deportivas y de recreación; XIII – tener acceso a los medios de comunicación social; XIV – recibir asistencia religiosa, conforme a su creencia, y en caso de que lo quiera; XV – mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de los que hayan sido depositados en poder de la entidad; XVI – recibir, con ocasión de su salida, los documentos personales indispensables para la vida en sociedad.

Además, en ningún caso habrá incomunicabilidad, pero la autoridad judicial podrá suspender temporalmente la visita, incluso de los padres o del responsable si acaso existan motivos serios y fundados de que pueda perjudicar los intereses del adolescente.

Son previstas tres hipótesis (*numerus clausus*) de internación provisional: a) por decisión fundamentada del juez; b) por aprehensión del adolescente en el flagrante de una infracción y c) por una orden escrita de la autoridad judicial.

Antes de la sentencia puede ser determinada por el plazo máximo de cuarenta y cinco días, debiendo la decisión ser fundamentada y basarse en indicios suficientes de autoría y materialidad, una vez demostrada su necesidad imperiosa (presentes los dos requisitos de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*).

De acuerdo con el artículo 183 el plazo máximo e improrrogable para la conclusión del procedimiento de investigación del acto infractor, estando el adolescente internado provisionalmente, es de cuarenta y cinco días.

4.2. Investigación del Actor Infractor.

Cuando se trata de un actor infractor cuyo responsable es un niño, la competencia es del Consejo Tutelar y, en defecto de éste, de la autoridad judicial, quien podrá, en

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

los términos del artículo 143, investigar los hechos y ordenar de oficio las providencias necesarias, luego de escuchar al representante del Ministerio Público.

Al prever la forma de investigación de la infracción atribuida al adolescente, el Estatuto define, *inter alia*, algunos puntos de esencial importancia:

- El adolescente, aprehendido por conducto de una orden del juez, será al instante encaminado a la autoridad judicial; y cuando fuere aprehendido en el flagrante de un acto infractor, será encaminado de inmediato a la autoridad policial competente;
- En la hipótesis de que haya oficina policial especializada para la atención del adolescente y, tratándose de un acto infractor practicado en coautoría con un adulto, prevalecerá la atribución de la oficina especializada que, después de las providencias necesarias y conforme al caso, encaminará al adulto a la comisaría que le es asignada;
- Compareciendo cualquiera de los padres o el responsable, el adolescente será en seguida liberado por la autoridad policial, siendo firmado un documento de compromiso y responsabilidad de su presentación al representante del Ministerio Público, en el mismo día o, siendo imposible, en el primer día hábil inmediato, excepto cuando, por la gravedad del acto infractor y su repercusión social, deba el adolescente permanecer internado para garantía de su seguridad personal o manutención del orden público;
- Siendo imposible la presentación inmediata, la autoridad policial encaminará al adolescente a la entidad de atención que hará la presentación al representante del Ministerio Público en el plazo de veinticuatro horas; en las localidades donde no haya dicha entidad, la presentación se hará por la autoridad policial y, en la ausencia de oficina policial especializada, el adolescente aguardará la presentación en dependencia separada de la destinada a adultos, no pudiendo, en cualquier hipótesis, exceder del plazo de veinticuatro horas;
- Siendo liberado el adolescente, la autoridad policial enviará inmediatamente al representante del Ministerio Público una copia del auto de aprehensión o la comunicación del incidente;
- No siendo hipótesis de flagrante, en caso de que haya indicios de participación del adolescente en la comisión de un acto infractor, la autoridad policial enviará al representante del Ministerio Público un informe de las investigaciones y demás documentos;
- Una vez presentado el adolescente, el representante del Ministerio Público, en el mismo día y a la vista del auto de aprehensión, comunicación del incidente o informe policial y con los datos sobre los antecedentes del adolescente, procederá inmediatamente a la toma de su declaración y, siendo posible, de sus padres o del responsable, de la víctima y de los testigos; en caso de que no haya presentación, el representante del Ministerio Público

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

notificará a los padres o al responsable para la presentación del adolescente, pudiendo requerir a tal efecto el apoyo de las policías civil y militar;

- El representante del Ministerio Público podrá: a) archivar los autos; b) conceder la remisión; o c) representar a la autoridad judicial para la aplicación de una medida socioeducativa. Archivados los autos o concedida la remisión por el representante del Ministerio Público, en decisión fundamentada, que contendrá el resumen de los hechos, los autos serán enviados a la autoridad judicial, quien, después de homologar el archivo o la remisión, determinará, según el caso, el cumplimiento de la medida;
- En caso de que el representante del Ministerio Público, por cualquier razón, no promueva el archivo ni otorgue la remisión, ofrecerá representación procesal a la autoridad judicial, proponiendo la instauración del procedimiento para la aplicación de la medida socioeducativa que juzgue más adecuada;
- Ofrecida la representación, la autoridad judicial designará la audiencia de presentación del adolescente, decidiendo, de inmediato, sobre el decreto de la internación o su manutención (provisional);
- Decretada o mantenida por la autoridad judicial, la internación no podrá ser cumplida en un establecimiento prisional;
- En caso de que la autoridad judicial entienda que es conveniente la remisión, escuchará al representante del Ministerio Público y emitirá su decisión;
- Siendo el hecho grave, pasible de una medida de internación o de la colocación en régimen de semilibertad, la autoridad judicial, en la hipótesis de constatar que el adolescente no posee abogado para representarlo, nombrará a un defensor, designando la correspondiente audiencia y pudiendo determinar la realización de diligencias y de un estudio del caso;
- Como forma de extinción o suspensión del proceso, la remisión podrá ser aplicada en cualquier fase del procedimiento, antes de la sentencia;
- La autoridad judicial no aplicará ninguna medida siempre que reconozca en la sentencia: estar probada la inexistencia del hecho; no haber prueba de la existencia del hecho; no constituir el hecho un acto infractor; no existir prueba de haber el adolescente coadyuvado al acto infractor. En esta hipótesis, estando el adolescente internado, será inmediatamente puesto en libertad.

4.3. Las Virtudes del Estatuto.

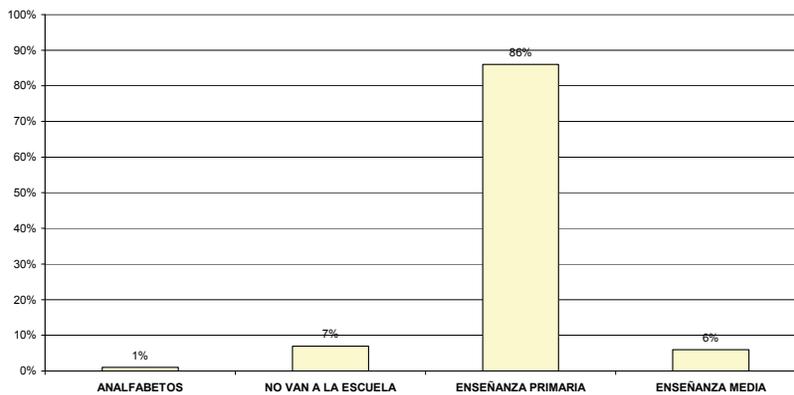
Es innegable que el Estatuto del Niño y del Adolescente ha representado un salto cualitativo, un perfeccionamiento en el marco legal, al adoptar la doctrina de la protección integral y crear un sistema garantista en el que los niños y adolescentes son sujetos-personas titulares de (plenos) derechos y objeto de prioridad absoluta.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

A despecho de la fragilidad de algunas de sus conquistas, han sido concertadas, después de su vigencia, diversas acciones a las cuales se atribuyen repercusiones positivas en la lucha del gobierno y de la sociedad en contra de la mortalidad infantil (de 1900 a 2002 el índice se redujo a la mitad, conforme al Instituto Brasileño de Geografía y Estadística), el trabajo infantil (hubo una reducción, también, de alrededor del 50%), la falta de escolaridad (el 97% de los niños brasileños están hoy en la escuela, en la enseñanza primaria), la explotación sexual de niños (un problema mayúsculo en algunas capitales) y el flagelo del Sida.¹²

En cuanto al aprendizaje, la situación de los adolescentes infractores de Río de Janeiro es indicativa de las condiciones generales del país:

**ESCOLARIDAD DE LOS INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

La culpabilidad del autor dio lugar a la culpabilidad por la conducta, por el hecho (en la que sí importa la efectiva comisión o participación en un acto infractor). En eso radica uno de los puntos básicos del nuevo derecho, que para muchos es un derecho penal juvenil.¹³

Una vez reconocidos los males del encierro –uno de sus principales retos– el legislador lo sujetó a los principios ya aludidos de la brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición de persona en desarrollo; estableció que ningún adolescente será privado de su libertad sin el debido proceso legal (artículo 5º, LIV, de la Constitución Federal); prescribió la reevaluación de su manutención como máximo cada 6 meses; fijó el período no superior a tres años, con liberación compulsiva a los 21 años de edad; y enumeró los derechos del adolescente privado de libertad, reafirmando el deber del Estado de cuidar de su integridad física y mental.

Además, no olvidándose de los principios básicos rectores de la intervención mínima, hacen hincapié en las medidas alternativas a la privación de la libertad.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En la investigación de la infracción penal, es inequívoco el cuidado no sólo de impedir que la investigación policial pueda causar traumas, sino también que garantice el pleno y formal conocimiento de la atribución del acto, la igualdad en la relación procesal y la defensa técnica por un abogado.

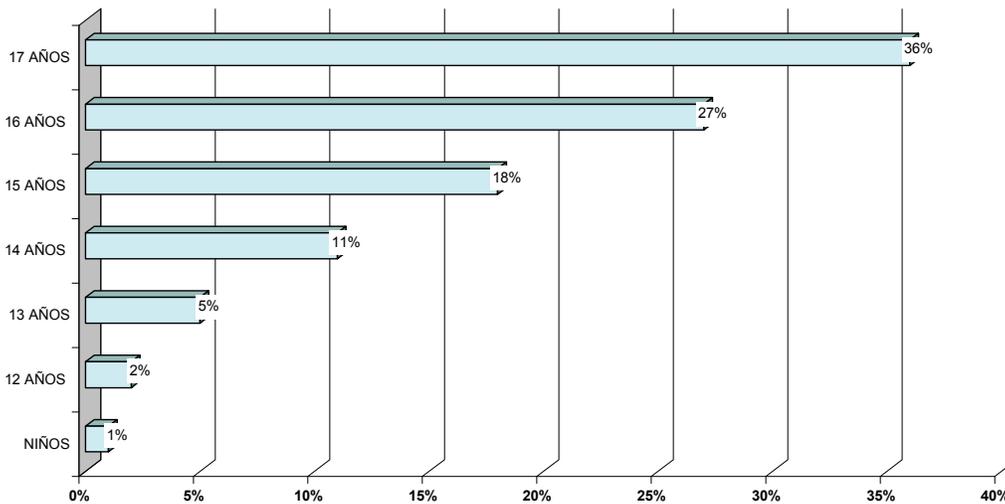
En este contexto, al Ministerio Público, instrumento indispensable en la función jurisdiccional del Estado, le incumbe promover y seguir los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes. A él le corresponde conceder, antes de empezar el procedimiento judicial para la investigación del acto infractor, la remisión como forma de exclusión del proceso (artículo 126). Señálese que, en conformidad con el párrafo único de este artículo, una vez inaugurado el procedimiento, la concesión de remisión corresponde a la autoridad judicial.

4.4. Las Dificultades de Aplicación y las Fallas del Estatuto.

No obstante sus atributos, sus conquistas, la “destinación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud”, en los términos del Estatuto, artículo 4º, párrafo único, letra d), no se han logrado llevar a cabo las mudanzas anunciadas con entusiasmo en el universo de los adolescentes infractores.

Multiforme, la delincuencia sigue siendo un desafío. El cuadro a continuación, de Río de Janeiro, nos da una perspectiva de sus dimensiones:

**EDAD DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

En muchas ciudades no hay comisarías especializadas en la atención a los adolescentes infractores de la ley penal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Las unidades de internamiento, instituciones totales, exhiben, en su mayoría, profundas deficiencias y se asemejan en diversos aspectos a los penales. En ellas, las medidas de contención y seguridad son frágiles (por eso ocurren tantas evasiones), el personal debería estar más capacitado y especializado y es rematadamente insatisfactoria la vida de los adolescentes, quienes, privados de libertad, sin la separación estipulada en la ley, difícilmente tienen asegurados los derechos previstos en el artículo 124 (entre ellos el de ser tratado con respeto y dignidad; habitar en un alojamiento en condiciones de higiene y salubridad; recibir escolaridad y profesionalización; realizar actividades culturales, deportivas y de recreación).

Emblemática ha sido la denuncia hecha ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las condiciones a todas luces deplorables en las que viven los internos del Complejo de Tatuapé, la principal unidad de la FEBEM de São Paulo, ubicada en la zona este del área metropolitana de la capital del Estado. Constituido por 18 unidades, saturadas, en pésimo estado de conservación, alberga a jóvenes de 12 a 18 años de edad, con registros de amenazas, malos tratos, torturas y muertes, así como una alimentación inadecuada, falta de higiene y carencia de atención médica y de actividades laborales. No cabe duda que los referidos hechos evidencian una situación de grave riesgo y vulnerabilidad, un peligro constante para los adolescentes privados de libertad allí residentes, por lo que la Corte otorgó medidas provisionales (Resolución del 17 de noviembre de 2005) con el propósito de:

- a) proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes internos en la FEBEM de Tatuapé; impedir que los internos sean sometidos a tortura o castigos físicos; evaluar la pertinencia de cesar en sus funciones a los custodios involucrados en actos de violencia; y adecuar la estructura física y las condiciones de higiene y seguridad del Complejo a los estándares mínimos vigentes para la materia; b) garantizar la supervisión periódica de las condiciones de internamiento y del estado físico de los jóvenes, a través de un órgano independiente, y que los informes elaborados por dicho órgano sean enviados a esta Comisión; y d) investigar los hechos que motivaron la adopción de las medidas cautelares, a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones administrativas y penales correspondientes.

En su voto concurrente a la Resolución, escribió el Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez:

Si es imperiosa la situación especial de garante que incumbe al Estado en relación con quienes se hallan sujetos a su autoridad, observación, conducción y control en un centro de detención, lo es más todavía si los internos o detenidos son menores de edad. En este supuesto aparecen dos circunstancias que extreman los deberes del Estado: por una parte, las obligaciones específicas que éste tiene a propósito de los menores de edad –o niños, conforme a la Convención de las Naciones Unidas–, y por la otra, la evidente vulnerabilidad mayor en la que se hallan los niños, tomando en cuenta su

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

debilidad, insuficiente desarrollo y carencia de medios para proveer a su propio cuidado. En la especie se puede hablar, por lo tanto, de una condición de garante reforzada o calificada.

Recordemos una norma que palidece, hasta volverse absolutamente irreal, en las instituciones de detención de menores de edad cuya situación ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: ‘Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’ (artículo 19 CADH), disposición que debe leerse, para fines de interpretación, a la luz del amplio concepto tutelar que ofrecen diversos instrumentos internacionales. Y mencionemos las apreciaciones formuladas por la Corte, a este mismo respecto, en diversas decisiones: en relación con los niños, el Estado tiene obligaciones complementarias de las que entraña su relación con los adultos (*Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit. párr. 302). La función estatal de garantía ‘reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad’ (*Caso Bulacio*, cit., párr. 127). El ‘hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal’ (*Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 170).¹⁴

Téngase en cuenta que el 12 del corriente mes, después de un motín en dos unidades, que las dejó casi enteramente destruidas, 131 adolescentes del Complejo de Tatuapé fueron trasladados, bajo protestas de la sociedad civil y del Ministerio Público, a la antigua Penitenciaría Femenina. El juez, que dictó la orden, dio un plazo de 180 días para su regreso.¹⁵

La prestación de servicios a la comunidad, a su vez, es dejada en el tintero por muchos jueces que apuntan, entre las razones inhibitorias, a la insuficiencia del soporte comunitario y gubernamental que asegure un monitoreo idóneo.

A pesar de sus virtudes, la libertad asistida, enaltecida por todos, ni siquiera se implantó en algunos estados y en otros se halla en decadencia o ha sido desactivada por mengua de recursos.

La investigación de la infracción atribuida al adolescente es perjudicada asimismo por la falta de adiestramiento de un número significativo de profesionales que actúan en este campo y no conocen suficientemente la ley (y eso se explica, en parte, por el hecho de que la materia “Derecho de Menores” o “Derecho de la Infancia y la Juventud” no se imparte en la mayor parte de los cursos jurídicos ni en las academias de policía civil y militar).

A esta carencia de capacitación, actualización y especialización se aúna la falta de equipos interprofesionales (obstaculizando los estudios de caso, vitales para la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

definición de las medidas socioeducativas), así como la escasez de defensores de oficio para atender la creciente demanda de servicio y prestar el apoyo jurídico imprescindible.

Los Consejos Tutelares, presentes en casi 5000 municipios –entre cuyas atribuciones está la de atender a los niños y adolescentes, aplicando las medidas del artículo 101, de I a VII, así como providenciar la medida establecida por la autoridad judicial–, funcionan precariamente en su gran mayoría, ya que les falta estructura y personal técnico.

En cierto modo, el desinterés de los gobernantes, que realmente nunca dieron prioridad a la infancia y la juventud, en el marco de una política distorsionada, responsable de la marginación de miles de niños así como del aumento vertiginoso de la delincuencia infanto-juvenil (abro un paréntesis para afirmar que la película “Ciudad de Dios” es el retrato fiel, en blanco y negro, desde la perspectiva de una villa miseria en Río de Janeiro, de un problema nacional, a saber, la existencia de una juventud perdida, involucrada en drogas, inmersa en el delito, sin ninguna expectativa de futuro, que muere demasiado temprano, casi siempre antes de los 16 años¹⁶), la indiferencia de la comunidad (cómplice en su omisión e indolencia) y la postura de muchos fiscales, jueces y abogados refractarios a las mudanzas impuestas por el Estatuto, contribuyen vigorosamente a que perdure, en muchos aspectos, un abismo entre el Estatuto y su puesta en práctica.

Además de todo esto, el Estatuto contiene múltiples equívocos, compilados por Alyrio Cavallieri, ex juez de menores y uno de los más prestigiosos especialistas brasileños en este campo. Son 395 objeciones, tanto genéricas como específicas, hechas con “el deseo de colaborar en el perfeccionamiento de la ley y presentar sugerencias para su más correcta aplicación”.¹⁷

En numerosos congresos, diversos grupos de expertos han señalado la necesidad de hacer correcciones puntuales al Estatuto.

Es inaceptable, que (por la ausencia de una definición clara) no se pueda internar al adolescente que, por primera vez, practique una infracción grave, sin violencia o grave amenaza contra la persona. Tarcísio José Martins Costa, ex Presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados de la Infancia y la Juventud, cita el caso, referido a menudo por Alyrio Cavallieri, de un adolescente que es aprehendido por la policía con una ametralladora o un fusil AR 15 y varios kilogramos de cocaína. No correspondiendo a ninguna de las hipótesis del art. 122, no se podrá aplicarle la clausura. El juez menciona también, como hipótesis de no aplicación de la medida segregativa, el caso de un joven que, durante la noche, invade una casa, saca una variedad de sustancias psicotrópicas con vistas al comercio de drogas y destruye el ambulatorio del hospital; o el caso de tres adolescentes que entran en una escuela, se apoderan de muchos de sus objetos y prenden fuego a las aulas.¹⁸

Algunos autores proponen un tratamiento distinto, especial, para los adolescentes de entre 16 y 18 años que sean psicópatas, autores de actos de extrema gravedad. No se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

trata de rebajar la edad sino de agravar las respuestas por la infracción cometida, eliminando la liberación compulsiva a la edad de 21 años.¹⁹

5. La Edad de la Responsabilidad Penal.

Hemos visto que, siguiendo los pasos del Código Penal de 1940 y de la Carta Magna de 1988 (una de sus cláusulas pétreas), el Estatuto estableció el límite de edad para efectos de imputabilidad penal a los 18 años.

Abandonado el criterio del discernimiento, previsto en leyes anteriores, el criterio que se adopta para la definición de la inimputabilidad, en la legislación brasileña, es, según hemos visto, esencialmente biológico.

De ahí que la responsabilidad penal es inadmisibles para los menores de 18 años. Su conducta, aunque tipificada en la legislación penal, no los somete a las penas aplicables a los adultos. A los niños autores de actos infractores corresponden las medidas de protección (artículo 101, de I a VIII); a los adolescentes, las medidas socioeducativas (artículo 112), incluyendo aquellas previstas en el artículo 101, de I a VI.

En verdad, vale para Brasil lo que consta literalmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras (Decreto 73/1996), con una salvedad: en la ley hondureña “se entiende por niño o niña a toda persona menor de dieciocho años”:

Artículo 180. De los niños infractores de la ley. “Los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común y sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Lo dispuesto en el presente título únicamente se aplicará a los niños menores de doce años de edad que cometan una infracción o falta. Los niños menores de doce (12) años no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral.

5.1. Propuestas de Reducción de la Edad.

El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano del Ministerio de Justicia, estableció, en el año de 1999, las Directrices Básicas de Política Criminal y Penitenciaria. Entre ellas sobresalía: “Repudiar propuestas como la pena de muerte, pena perpetua y reducción de la edad de la responsabilidad penal.”.

El tema es polémico. A continuación consideraré tanto los argumentos favorables como los contrarios, aunque debo dejar claro que, como miembro del CNPCP, he manifestado en contadas ocasiones mi preocupación con respecto al retroceso que representaría para el Estatuto del Niño y del Adolescente la disminución de la edad penal.

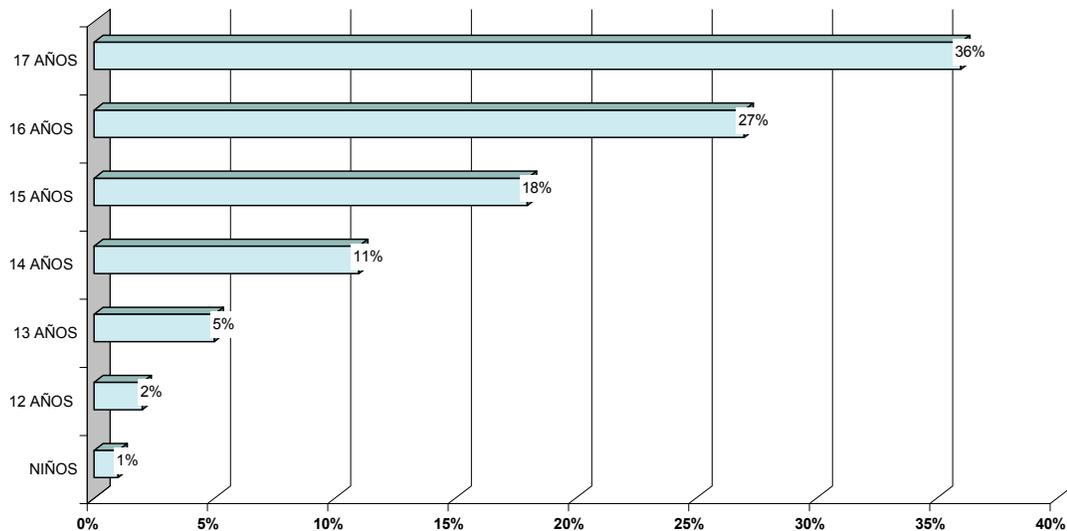
5.1.1. Argumentos Favorables a la Reducción de la Edad.

Las innumerables propuestas de enmienda constitucional, en trámite en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal, con el fin de fijar la mayoría de edad penal a los 17, 16, 14 o bien 11 años, resultan del hecho de que:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- Predomina la concepción de que los jóvenes, en la sociedad contemporánea, llegan con celeridad a la plena madurez biológica, psicológica y social y, por ende, poseen discernimiento, siendo capaces de evaluar las consecuencias de sus actos. Éste es el argumento preferido;
- Los actos infractores, en su mayoría, son practicados por adolescentes del sexo masculino, entre 16 y 18 años; el cuadro abajo muestra esta realidad en Río de Janeiro:

**EDAD DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

- La disminución de la edad penal representaría un freno a las infracciones cometidas por menores, sobre todo de las edades más elevadas, quienes reprimirían sus acciones delictivas frente a la posibilidad de ser encarcelados. Se suele apuntar el ejemplo de los países europeos en donde la responsabilidad penal empieza por lo general a los 14 años y se aplica a los jóvenes de 18 a 21 años el mismo tratamiento ofrecido a los adultos.
- Los jóvenes en Brasil, en la edad de 16 a 18, pueden votar pero no pueden ser condenados por crímenes electorales;
- El Estatuto es indulgente, lo cual estimula la comisión de infracciones; mientras el Código Penal prevé 30 años como pena máxima, el Estatuto establece que la internación, como la medida socioeducativa más rigurosa, no puede ser superior a tres años;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- La internación se emplea, a despecho de la ley, con una frecuencia lastimosa; por lo demás, hemos visto que se vuelve, en lo cotidiano, en una pena de prisión, puesto que los establecimientos de internación de menores infractores son generalmente precarios (siete de cada diez, con arreglo al Grupo Interministerial de la Juventud, tomando como parámetros los requisitos definidos en la ley), no logran proteger al menor y/o reeducarlo y adolecen de casi todos los males de las cárceles: violencia, promiscuidad, ociosidad, etcétera.²⁰

5.1.2. Argumentos Contrarios a la Reducción de la Edad

Se pretende sustituir el criterio cronológico por el de discernimiento, rechazado actualmente por la mayor parte de los países occidentales.

Alyrio Cavallieri, en el artículo titulado “¿La cárcel es la solución?”, afirma que según Tobias Barreto, en su obra “Menores y Locos en el Derecho Criminal”, es posible encontrar discernimiento hasta en un niño. Y agrega:

Ocurre que este argumento es el más frágil de todos. Y simplemente porque el sistema no se basa en la capacidad de entendimiento, pero sí, básicamente, en la edad. Tanto es así que el joven vota con 16 años, aun siendo analfabeto. Nunca se pregunta si él sabe votar, así como no se indaga de la señorita de 16 años si ella sabe casarse. Además, el diputado federal más votado del país no puede proponerse como candidato a senador, ni a vice, ni a Presidente de la República si no hubiere cumplido 35 años. Del mismo modo, el más hábil chofer no obtiene su habilitación legal antes de los 18 años. La capacidad viene después de la edad, el criterio es de la edad, sin excepción. Hasta aquí hablamos de adquisición de derechos. Pero también por el impedimento de la edad se pierden derechos. Así es que el más competente y sabio magistrado se quita su toga, deja de lado su martillo virtual y no juzga más, un día después de cumplir 70 años. Es el sistema universal. Este sistema no es justo, ni científico, pero está basado en un criterio de conveniencia; he ahí porque es variable la fijación de una edad. Sin embargo, tiene a su favor ser radical, amplio, *erga omnes*, obligando a todos sin excepción. Además, no se utiliza el criterio justo del discernimiento, por el cual la capacidad, la calidad, la habilitación de la persona queda pendiente de un peritaje, una evaluación falible y, sobre todo absolutamente impracticable por la imposibilidad de someterse todos los individuos a una apreciación técnica considerándose su volumen. En relación con los menores, el sistema del discernimiento fue abandonado en Brasil el 1921.²¹

- El argumento de la disminución de la edad penal como freno al delito no resiste a un examen superficial de la realidad; en Brasil, la promulgación de leyes más severas no ha sido capaz de reprimirlos, representando un completo fracaso en términos de política criminal; en tal caso, es profundamente lamentable que enfrentemos el riesgo de perder las

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

conquistas del Estatuto, en razón de un razonamiento enteramente equivocado, demagógico, que atribuye a la ley lo que procede de la apatía de un Estado inoperante y excluyente. A la merma de la delincuencia juvenil – que se persigue con la reducción de la edad– le correspondería, en consecuencia, por la falacia de la intimidación, el aumento de la delincuencia adulta. Esto acaece porque, a sabiendas, lo que descorazona la comisión de infracciones es la certeza de la punición y no la severidad de la sanción punitiva; la reducción de la edad penal sólo ayudaría a elevar el índice de reclusos –en aquellas hipótesis en las que se aplica la pena privativa de libertad–, agudizando el problema de la sobrepoblación, el embrutecimiento causado por la convivencia nociva y la diseminación de enfermedades como la tuberculosis y el Sida.

- En Brasil, la capacidad política es limitada: el derecho del voto a los 16 años es facultativo y los adolescentes no son elegibles. Los que se valen de esa tesis (que se convirtió en uno de los argumentos más utilizados a favor de la reducción) se olvidan de que los adolescentes autores de crímenes electorales pueden ser punidos con la internación, en régimen cerrado;
- Es un desacierto decir que el Estatuto del Niño y del Adolescente es muy liberal, benigno; al contrario, puede ser más rígido que el Código Penal, pues prevé para el adolescente infractor la medida de internación (equivalente a la pena privativa de libertad) por el periodo máximo de tres años, agregándose, si fuere necesario, tres años más en régimen de semilibertad y, en última hipótesis, tres años más de libertad asistida, totalizando nueve años. A nivel de los adultos, los condenados a la cárcel en régimen cerrado pueden progresar al régimen semiabierto luego de purgar un sexto de la pena, computándose, aún, el tiempo redimido. Ilustrativo es el ejemplo de un adulto que comete un robo: la pena que podrá serle aplicada será más o menos de 5 años y algunos meses de reclusión, con observancia de los criterios del Código Penal. Condenado cumplirá sólo un tercio, alrededor de 2 años. En cambio, el adolescente que comete el mismo crimen se subordina a una medida de internación de hasta 3 años y, si fuere el caso, 3 años más de semilibertad y 3 años de libertad asistida.
- El argumento de que las instituciones de menores son equiparables a las prisiones (lo cual no deja de ser verdad, visto que muchos centros se han transformado en meros depósitos, lóbregos espacios de ocio, hacinamiento y promiscuidad, nada más que *barriles de pólvora*) puede ser engañoso, por cuanto hace vista gorda a decenas de establecimientos que huyen de ese modelo y en donde se ha logrado la reinserción social de un sinnúmero de jóvenes antes rotulados como irrecuperables.

6. Apuntes Finales.

En cuanto a la Justicia de Menores.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por casi todos los países latinoamericanos tuvo consecuencias distintas en sus respectivas normas de derecho interno, a saber: a) no se produjo ningún impacto o se observó un impacto político tenue o retórico; b) las adecuaciones resultaron meramente formales o atenuantes; c) unos hicieron o están realizando ajustes relevantes, sustanciales.²²

En varios países hispanoamericanos, bajo el influjo de la CDN, la doctrina de la situación irregular fue sustituida por la doctrina de la protección integral. En este aspecto, es conveniente hacer, *inter alia*, las siguientes observaciones:

- en el modelo anterior, los menores no eran reconocidos como sujetos de derechos sino como objetos de tutela, por sus condiciones especiales, por su incapacidad; sus derechos eran, sin embargo, regularmente conculcados (lo que se acordó nombrar “compasión-represión”), en tanto que carecían de las garantías atribuidas a los adultos; existían tipos abiertos, categorías oscuras, imprecisas (sociológicas) como “en situación de riesgo”, “en peligro moral”, “en circunstancias especialmente difíciles”, “con desvío de conducta”, etcétera.; el sistema se centraba en proteger a la sociedad de los menores abandonados y delincuentes, considerados peligrosos (se hablaba del menor abandonado-delincuente como un “monstruo bicéfalo indiferenciado”²³); el tratamiento dado a los menores, de diferentes categorías, era prácticamente el mismo; las medidas eran generalmente por tiempo indeterminado; los jueces, en carácter de *paterfamilias*, tenían superpoderes, ampliados con decretos que les permitían actuar en el área judicial, familiar y social;
- en el modelo actual, los niños y adolescentes (y ya no “menores”) son sujetos de derechos, correspondiendo a la familia, a la sociedad y al Estado asegurárselos, con absoluta prioridad; se y se le reconocen garantías constitucionales, procesales; se esfuman las categorías vagas, ambiguas; el tratamiento brindado al adolescente infractor (una categoría jurídica) se distingue de aquel que se ofrece a los carentes de asistencia; las medidas son por tiempo determinado; los jueces, de actuación eminentemente técnica, tienen poderes limitados, merced de las garantías previstas, por ejemplo, en el artículo 111 del Estatuto.

Entre los desafíos más grandes del Estatuto (cuya aprobación, después de la *década perdida* de los años 80, estableció un puente excepcionalmente rico con los demás países latinoamericanos, en términos de intercambio e integración en el campo social²⁴) está el de achicar la distancia sideral entre la teoría y la praxis, permitiendo que el niño y el adolescente vengan a ser protagonistas de su propio futuro y no simplemente marionetas de las circunstancias adversas, víctimas de la injusticia social, de la ausencia de políticas públicas orientadas a la promoción de sus derechos, sobre todo cuando pertenecen a las clases necesitadas, miserables, y con remotas perspectivas de ascensión social.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Una experiencia loable se desarrolla en varios países: la llamada “Justicia Terapéutica”, un modelo de enfrentamiento a la drogadicción (problema agudizado con la participación progresiva de niños y adolescentes involucrados en marihuana, crack, cocaína, etcétera.) que busca ofrecer a los usuarios y dependientes de drogas una respuesta (tratamiento especial) que pueda ser capaz de superar su conflicto con la ley y, a la vez, cambiar su conducta. Y eso se hace, en Brasil, con base en el propio Estatuto, que prevé, como vimos, entre las medidas protectoras el artículo 101: inclusión en programa comunitario u oficial de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio e inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento de alcohólicos y toxicómanos. Los fiscales y jueces se suman en la construcción de este nuevo paradigma, que ostenta índices muy bajos de reincidencia.

Otra experiencia no menos valiosa es la “Justicia Restaurativa” (nacida en Nueva Zelanda y hoy adoptada en países como Argentina, Canadá y Australia), que implica, en forma libre, consciente y racionalizada, la participación activa de la víctima (tan injustamente olvidada por el sistema penal), del trasgresor y de la comunidad en la búsqueda, en conjunto, de una solución para el conflicto emergente con la reparación efectiva del daño (material y emocional) causado por la infracción. En las reuniones (debates, mesas redondas), con la presencia de las “partes interesadas principales” y de un mediador habilitado, las víctimas expresan sus miedos y su sufrimiento, revelan sus expectativas e intentan, con los demás, definir un plan de restauración que sea igualmente de conciliación y reintegración del ofensor (a quien incumbe reconocer su error) en la comunidad. La idea es, en un espíritu cooperativo, evitar prácticas punitivas (de la Justicia Retributiva), reduciendo primordialmente el impacto patrimonial y emocional del delito sobre las personas, reparando sentimientos y relaciones, asumiendo el trasgresor su responsabilidad y los respectivos compromisos, sobre todo el de no cometer nuevos actos antijurídicos. Téngase presente que dichas prácticas de restauración pueden y deben ser desplegadas en el momento de la remisión, como mecanismo de exclusión del proceso, de su suspensión o extinción.

Son oportunas las reflexiones de Emilio García Méndez sobre el “sustancialismo”:

Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico –cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular– no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino ‘sustancialistas’ merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término ‘sustancialistas’ a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea ‘profundamente estructural’. Son los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación.²⁵

En cuanto a la Edad.

Partidarios, en su mayor parte, de los movimientos de ley y orden, adeptos del derecho penal máximo, los medios de comunicación masiva y los políticos inescrupulosos (estos a cambio de votos, particularmente en los periodos electorales) explotan exhaustivamente algunos de los delitos cometidos por jóvenes que violan la ley penal (como el robo y el tráfico de drogas ilícitas, no mencionando que los delitos son, mayoritariamente, de poco potencial ofensivo), así como la histeria y el miedo colectivos (alarma social) generados por la violencia callejera y los frecuentes motines en instituciones de adolescentes infractores, insinuando que un número elevado de ellos delinquen encubiertos por el manto protector de la impunidad (el mito sobrevive) y que las garantías procesales definidas por el Estatuto los vuelven prácticamente inalcanzables, inmunes a las sanciones en él previstas, lo que coadyuva al incremento de la delincuencia juvenil.

Haciendo vista gorda a la Convención, proclaman como solución del problema la reducción de la edad penal, poniendo de manifiesto que todo adolescente infractor es en potencia un criminal adulto y, por lo tanto, resulta indiferente que sean huéspedes de un centro de internación de menores o de una prisión de mediana o máxima seguridad; de cualquier modo, habitarían ambientes de hacinamiento y contaminación.

Más que nunca, se vuelve imperativo concientizar a la gente que la proposición de bajar la edad es un engaño y no puede ser esgrimida como respuesta a las dificultades de implantación del Estatuto. Además de eso, no supondría ningún beneficio, a corto, medio o largo plazo, ni para la sociedad ni para la víctima, ni para el autor de la acción delictiva. Al contrario, si triunfara esa concepción, constituiría una victoria del anacronismo, un retroceso descomunal, en la medida que el adolescente infractor pasaría de la condición de victimario a la de víctima, supeditándose a un sistema sin condiciones para el cambio que se pretende (alrededor de 4 mil personas ingresan cada mes a la prisión y centenares de reclusos pueblan las comisarías, las cárceles locales, los centros de detención provisional y las penitenciarías promiscuas, superpobladas) y que se mostró incapaz de lograr uno de los fines de la pena, que es el de la reintegración social.

De nuevo alecciona Alyrio Cavallieri:

Tenemos que sustentar la gloriosa bandera de la responsabilidad a los 18 años. La sociedad la aceptará si ofrecemos algunas correcciones de la ley, tales como la adopción del verdadero sentido de las medidas socioeducativas que, en este momento, con sus plazos de vigencia determinados, se asemejan a penas

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

criminales, lo que es incompatible con la intención educacional (ENA, artículos 122 [internación], 118 [libertad asistida]); la corrección de los casos de internación que, ahora, impiden la privación de libertad en el caso de traficante armado, artículo 122; la eliminación de la inconstitucionalidad consistente en sustraer del Poder Judicial la apreciación del delito en que exista lesión o amenaza de derecho practicada por menor de 12 años (artículo 105 y otros). Esta excrecencia ha llevado a los traficantes a atraer a los niños, conforme a la denuncia del Fiscal Márcio Mothé de Río de Janeiro. En otro sector, sería loable que, al lado de las 54 veces en que la palabra derecho/derechos aparece en el Estatuto, mientras la palabra deber/deberes sólo surge 9 veces y ésta nunca es dirigida a menores – hubiera una compensación: el artículo 124 se refiere a los 18 derechos de los adolescentes internados y ninguna obligación, ningún deber.²⁶

Las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985, en su numeral 4.1., estatuye: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”

En sus comentarios sobre el tema, nos dice Pedro R. David, consejero interregional de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, en Viena, Austria:

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal: es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etcétera).²⁷

7. Conclusiones.

En el plano del adolescente infractor, el Estatuto ha innovado con la doctrina de la protección integral y la incorporación de un modelo de responsabilidad penal juvenil fundado en los principios del garantismo, que tiene en Ferrajoli su principal teórico.

No obstante sus avances, prevalece el entendido de que debe ser revisto puntualmente y que una legislación específica enfoque el proceso de ejecución de las medidas socioeducativas, de nítido carácter sancionatorio.

En lugar de la reducción de la edad penal²⁸ (violatoria de nuestra *Lex Fundamentalis* y de la Convención), algunos proponen un plazo mayor de internación cuando se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

trate de adolescentes infractores responsables de actos de intensa gravedad. Es una cuestión pendiente.

De hecho, lo que nos cabe, fundamentalmente, en este nuevo milenio, es asumir nuestras responsabilidades sociales, romper el ciclo de negligencia, de promesas vanas e hipocresías, y buscar una luz al final del túnel, fomentando una política criminal congruente con los lineamientos de la CDN, dando prioridad a prácticas calificadas de prevención de conductas antisociales –con acento en la familia, la educación, el deporte, etcétera.– (crucial en las estrategias y acciones de seguridad pública, como puntualiza Ruth Villanueva Castilleja en sus escritos²⁹) así como a la procuración, administración y ejecución de la justicia juvenil, mejorando el sistema, ampliando los programas de capacitación y asegurando las garantías constitucionales, sin olvidarse del aspecto proteccionista,³⁰ pero no incurriendo en interpretaciones propias de la doctrina de la situación irregular.

Un documental, exhibido en un canal de la televisión brasileña, el 19 de marzo de este año, titulado “Falcón: Niños del Tráfico”, con entrevistas a niños (predominantemente negros, del norte al sur del país, quienes, en la periferia de las ciudades, trabajan y sostienen a sus familias protegiendo las villas miserias donde impera el comercio de drogas), ha causado una profunda conmoción nacional. El testimonio de sus personajes quedará eternamente fijado en los archivos de mi memoria, especialmente las palabras de un adolescente de 17 años, a quien se le pidió su opinión sobre la muerte: “Si me muero, nace otro como yo, un poco peor o un poco mejor. Si me muero, voy a descansar.” Contundente, el productor de la película, Celso Ataíde, dijo en una entrevista reciente: “Si es necesario el caos para comenzar el nuevo mundo, la hora es ahora. El caos ha llegado. Sólo no están viendo el caos quienes viven en el asfalto.”³¹

En esta ciudad de Guadalajara, Antonio Sánchez Galindo, indignado con las condiciones de la niñez, en su conmovedor poema “Los Niños de Acapulco”, al llamar la atención sobre los niños “de nuestro pueblo, de nuestro corazón y nuestras culpas”, exclamó: “¡No puede ser que esto siga!”³²

Voy a concluir esta ponencia con las palabras de Antonio Carlos Gómez Acosta, citadas por Elías Carranza, en su conferencia “Menores Infractores en el Marco de las Políticas de Naciones Unidas”, presentada en el “Seminario Internacional sobre Política de Justicia en Menores Infractores”, en México, en año de 1998:

“Solamente una sociedad capaz de tener respeto por la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes infractores, de los presos y presas comunes será capaz de respetar a todos los ciudadanos.”³³

NOTAS

1. Poder Ejecutivo. Secretaría de Gobernación. DECRETO: “El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución General de la República y previa la aprobación de la mayoría de las honorables legislaturas de los Estados, declara reformado el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo único. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue: Artículo 18. La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. TRANSITORIOS. PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto. México, D.F., a 8 de noviembre de 2005. Dip. Heliodoro Díaz Escárraga, Presidente. Sen. Enrique Jackson Ramírez, Presidente. Dip. Ma. Sara Rocha Medina, Secretaria. Sen. Yolanda E. González Hernández, Secretaria. Rúbrica.” Diario Oficial del 12 de diciembre de 2005.

2. Quinientos mil, en promedio, suelen cumplir, en Brasil, un año de edad sin el certificado de nacimiento, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF. In: Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. In: *Justicia de Menores Infractores*: México, Ediciones, Delma, p. 65.
4. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Caso de los Niños de la Calle (Reparaciones). Voto razonado del juez. Apud BARROS LEAL, César Oliveira de (Coordinador). *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 486.
5. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, XIII.
6. “Los niños y adolescentes han sido pobladores de las prisiones ordinarias. Estos lazarillos, héroes de la más bizarra picaresca, menudearon en los reclusorios, disputando con los adultos el pan, la luz y los vicios. En una época se les sometió a castigos más benévolos porque tenían, se dijo, la malicia disminuida. Andando el tiempo se proclamó que los menores de edad habían salido del Derecho Penal. Entonces se les construyó un orden jurídico específico, denominado ‘tutelar’: el Estado se convirtió en tutor de los pequeños infractores, en relevo de los malos padres o de los malos tutores que descuidaron a sus hijos y pupilos.” (RAMÍREZ, Sergio García. In: *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 207).
7. “La doctrina de la situación irregular o modelo de protección promueve una idea de justicia de menores –que se inicia a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX–, en virtud de la cual ésta es concebida para desempeñar una función tutelar y protectora de los ‘menores abandonados-delincuentes’ a través de medidas de ‘reeducación’ o ‘readaptación’, en un proceso también conocido como de *judicialización* de la problemática social de los niños.
Un elemento fundamental en este modelo es el tratamiento indiferenciado que se hace, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquellos que sólo se encuentran en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resulta irrelevante el motivo por el cual el menor llega ante la Justicia, ya que las medidas que ésta adoptará son las mismas en uno u otro caso. Esta confusión deriva de una concepción sobre los niños como seres dependientes, incapaces, no autónomos y se relaciona con una estrategia de control social que busca ampliar su campo de acción con esta confusión: si son capaces de comprender el alcance de sus actos, son peligrosos para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos. Esta inspiración de carácter peligrosista y de defensa social no es ajena, por cierto, a la idea de que los menores son objeto de tutela y represión, pero no sujetos de derechos.” (FRÍAS, Eduardo Gallardo y DÍAZ, Gonzalo Berríos. *Imputabilidad Penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes*. (<http://www.oij.org/oij19.htm>)).
8. “Estas características de las leyes de situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, a la recreación, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además, posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en ‘situación irregular’.” (BELOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro para Desarmar. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. (Publicación disponible en www.unicef.cl, pp. 13-14).

9. Léase el artículo 4º del Estatuto del Niño y del Adolescente:

“Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referente a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el deporte, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria.

Párrafo único. La garantía de prioridad comprende:

- a) primacía de recibir protección y socorro en cualesquiera circunstancias;
- b) precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública;
- c) preferencia en la formulación y la ejecución de las políticas sociales públicas;
- d) asignación privilegiada de recursos a las áreas relacionadas con la protección a la infancia y la juventud.”

10. Acerca de la definición de niño y adolescente: *Paraguay* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. A los efectos de este Código, es considerado niño toda persona humana desde su nacimiento hasta que cumpla los catorce años y adolescente la persona desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Perú* (Código de los Niños y los Adolescentes. Artículo 1º. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad). *Venezuela* (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Artículo 2º. Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.) *Bolivia* (Código del Niño, Niña y Adolescente. Artículo 2º. Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos). *Costa Rica* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho) *Guatemala* (Código de la Niñez y la Juventud. Artículo 2º. Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Nicaragua* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. El presente Código considera como niña y niño a los que no hayan cumplido los 13 años de edad y adolescente a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos). Observaciones para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989, niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de la edad.

11. “Si el adolescente considerado autor de infracción es inimputable por determinación constitucional, tenemos que: a) él no comete crimen o contravención, no puede ser interrogado, no puede recibir pena, en fin, no puede someterse a un proceso criminal para la investigación de su acto.” (In: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3ª edición. São Paulo: Editorial Malheiros, p. 94). Léase también: “En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa ‘irresponsabilidad’, ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena). Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor; al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otro cosa.” Más adelante, con un tono menos radical: “Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter *estigmatizador*, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto, su aplicación al menor de 18, que ya está limitado en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema. Ahora bien, desde el punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ha ratificado lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de ésta hay abundantes investigaciones que demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años.” (RAMÍREZ, Juan Bustos. *Imputabilidad y Edad Penal*. Publicación disponible en Internet)
12. Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4. Luis Rodriguez Manzanera, después de afirmar que “Otro grupo físicamente victimizable es de los menores económicamente débiles; éstos son víctimas de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

varios delitos (lenocinio) y principalmente de explotación laboral”, señala: “Simplemente en México han sido detectados por el DIF tres millones quinientos mil niños que trabajan, a veces en condiciones infrahumanas, con flagrante violación constitucional y de la Declaración Universal de Derechos Humanos...” (In *Victimología*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 185).

13. “Es por ello que se habla de un derecho penal juvenil, donde se atenuarían de modo sustancial, procesal y en la ejecución de la sanción, las normas del derecho penal de adultos, desde luego garantizando un derecho penal de conducta y no de autor (*nulla pena sine lege*).

Para ese derecho penal juvenil en lo sustantivo hay que buscar un equilibrio entre lo judicial y lo educativo en un modelo de responsabilidad frente a la ley penal y centrar la sanción en respuestas educativas y flexibles. Ello implica al joven como sujeto de derechos, pero también que la privación de libertad es la respuesta de último recurso como dicen las normas internacionales.” (DAVID, Pedro R. *Sociología Criminal Juvenil*. 6a. edición. Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 230) Léase también: “Legislaciones juveniles, antiguas y nuevas, generalmente relacionan las siguientes medidas como respuestas a la delincuencia juvenil: advertencia (la más blanda de todas); prestación de servicios a la comunidad; libertad asistida; semilibertad; internación en establecimiento educacional. Si la simple advertencia, materializada a través de la reprensión, de la amenaza de sanciones más graves, no tuviere carácter penal, no correspondiere a una punición, ¿a qué corresponderá? La prestación de servicios a la comunidad es una pena restrictiva de derechos en la mayoría de las legislaciones penales de adultos. La libertad asistida no pasa del *probation* de la legislación penal común. La internación, eufemismo, corresponde a la privación de la libertad. Es sabido que la expresión *pena* pertenece al género de las respuestas sancionatorias y que las penas se dividen en disciplinarias, administrativas, tributarias, civiles, incluso socioeducativas. Son clasificadas como criminales cuando corresponden a un delito cometido por persona de 18 años o más, imputable frente al Derecho Penal Común. Aunque de carácter predominantemente pedagógico, las medidas socioeducativas, perteneciendo al género de las penas, no pasan de sanciones impuestas a los jóvenes. La política criminal los aparta de la sanción penal común, pero los somete al régimen del Estatuto propio.” (AMARAL, Antônio Fernando. O Mito da Imputabilidade Penal y o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: *Âmbito Jurídico* set/98. <http://ambito-juridico.com.br/aj/eca0003.htm>).

14. Texto obtenido en el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
15. Periódico *O POVO (El Pueblo)*, Fortaleza, Ceará, Brasil, p. 12.
16. Jacobo Waiselfisz nos pone al corriente de que “en el plano nacional, el 35,1% de las muertes de jóvenes se debe a homicidios y otras violencias. En las capitales del país, esa proporción se eleva al 41%. Y en las regiones metropolitanas, al 47,7%.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

(In: *Mapa da Violência II: Os Jovens do Brasil – Juventude, Violência e Cidadania*. Brasília: Unesco, 2000, p. 131).

17. CAVALLIERI, Ayrírio (Org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. XVIII.
18. COSTA, Tarcísio José Martins. *A Reforma do Estatuto y la Reducción de la Edad Penal*. Disponible en Internet.
19. De nuevo Tarcísio José Martins: “En el Juzgado de Belo Horizonte, en obediencia al comando del § 5º del artículo 121, que prevé la liberación compulsiva a los 21 años, tuvimos diversas veces que determinar la salida de adolescentes con grave desvío de personalidad. Recientemente, la de un joven autor de cuatro homicidios. Aplicada la medida socioeducativa de la internación, pocos días después el adolescente huyó del Centro de reintegración del Adolescente – CIA, ubicado en Siete Lagos – MF, a 60 Km. de Belo Horizonte. Aprehendido tres años después de la fuga, fue trasladado para la misma unidad, donde permaneció menos de un mes, puesto que vino a cumplir los 21 años de edad.

Hace pocos días, una viuda, inconformada, vociferaba en los corredores del Juzgado contra la liberación de un adolescente que, por motivo fútil, asesinó a su marido. El autor del acto infractor, en su primera reevaluación, que resultó favorable, conforme determina el § 2º del artículo 212 del Estatuto, obtuvo en menos de seis meses la liberación. De acuerdo con la pobre mujer, él es traficante de drogas y días después de ser libertado de la institución, estaba armado, amenazándola de muerte. En lugar ninguno del mundo, aun donde predominan los principios de despenalización, de la descriminalización, del Derecho Penal Mínimo y del Derecho Socioeducativo Juvenil, quien mata por motivo fútil o torpe, a traición o con maldad y alevosía, mayor o menor de edad, no permanece recluido por sólo seis meses. No es creíble que una personalidad gravemente deformada pueda estructurarse en tan corto espacio de tiempo. Bajo el ángulo de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares, tal respuesta, además de injusta e inadecuada, configura una verdadera impunidad.” (Ídem).

20. “Inmundos, violentos y superpoblados. Bautizado de "Verdaderos Calabozos: Detención Juvenil en el Estado de Río de Janeiro", el informe de la ONG *Human Rights Watch* hizo un retrato sombrío y caótico sobre las condiciones higiénicas, sanitarias y humanitarias en los cinco centros de detención de adolescentes en Río de Janeiro. Por lo menos un tercio de los más de 1.700 jóvenes entre 12 y 21 años detenidos actualmente en los centros del Departamento General de Acciones Socioeducativas de Río (Degase) cometió algún tipo de infracción relacionada directa o indirectamente con el tráfico de drogas. Dentro de las unidades ellos son divididos conforme a la facción que domina su región de origen; el sistema vale también para los que no tienen ningún involucramiento con el tráfico. El informe de la *Human Rights Watch* confirma datos obtenidos en 2003 por el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que analizó la situación de diez mil jóvenes

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- detenidos en 190 instituciones en Brasil. De acuerdo con el Ipea, la situación en los centros de detención juvenil es caótica no sólo en Río sino en todo el país. El estudio concluyó que el 71% de los establecimientos no cumplen los requisitos mínimos de higiene, instalaciones físicas, atención médica, jurídica y educacional exigidos por las Naciones Unidas.” (MONTEIRO, Marcelo. El Sombrío Panorama de los Centros de Detención Juvenil. Internet. Diciembre de 2004. In: *Derechos Humanos. La Insignia*. Fuentes: *Human Rights Watch, O Globo, Andi*).
21. CAVALLIERI, Alyrio. *Cadeia é Solução?* In: *Revista Consulex*. 15.12.2003.
 22. BELOFF, Mary. Op. cit., p. 11.
 23. MÉNDEZ, Emilio García. *Brasil, Adolescentes Infractores Graves: Sistema de Justicia y Política de Atención*. Publicación disponible en Internet.
 24. MÉNDEZ Emilio García. *Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia*. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. Publicación disponible en www.unicef.cl, p. 24.
 25. Ídem, p. 27. El autor agrega: “El enfoque ‘sustancialista’ se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser ‘reflejo de la realidad’. Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque ‘sustancialista’ exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esta perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformó en completamente inútil” (Ídem, p. 28).
 26. CAVALLIERI, ALYRIO. In: *O Menor e a Responsabilidade Penal*, apud BARROS LEAL, César (Org.) *Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, pp.33/34. Nota: traducción del autor.
 27. DAVID, Pedro R. Op. cit, p. 356.
 28. Es deprimente registrar que el 73% de los jueces de Brasil defienden la reducción de la edad, según investigación ampliamente divulgada. Ésta no es la postura de Antonio Sánchez Galindo: “Dentro de las ‘arbitrariedades gubernamentales justificadas’ se encuentran de manera sobresaliente, los cateos *extrajure*, las redadas imprevistas, la disminución de la edad penal, la impiedad para los ancianos envueltos en el delito y aún, en ciertos casos, la tortura soslayada y el exceso de violencia en las detenciones. Quizá lo más grave –que todo entraña gravedad- sea la recriminalización de las conductas de los menores y adolescentes.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

No hay justificación alguna para disminuir la edad y endurecer el sistema de justicia penal de este vulnerable sector social.” (Op. cit. {11}, Prólogo)

29. CASTILLEJA, Ruth Villanueva. Menores Infractores y Seguridad Pública. In: PEÑALOZA, Pedro José. *Seguridad Pública: Voces Diversas en un Enfoque Multidisciplinario*. México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 805-817.
30. “En ocasión del ingreso de la Dra. Ruth Villanueva Castilleja en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el doctor Sergio García Ramírez, en su discurso-respuesta, señaló: “En el debate de nuestro tiempo se han enfrentado los combatientes a partir de un desacierto monumental. Es como si se hiciera la guerra donde no hay guerra que hacer. La formulación de un falso dilema, que arrastra todo género de consecuencias erróneas, es el origen de la controversia. Con fervor casi teológico, hemos insistido en oponer el sistema tutelar al sistema garantista. Por ende, pondremos frente a frente gladiadores irreductibles: tutela, en un extremo; garantías, en el otro. Lo que sigue es el dogma, y con el dogma, en ristre, el combate.

Esta falacia no resiste el menor análisis: vuelvo a decir que las verdaderas oposiciones se formulan de otra manera, si se procede con sensatez. Lo garantista se opone a lo no garantista, y lo tutelar a lo penal. La tutela no es, ni en el caso de los menores infractores ni en el de los incapaces en general, un sistema desprovisto de garantías por su propia naturaleza. Por lo contrario, es –él mismo– una expresión de garantía social a la que se suman otras, para fortalecerla, asegurarla, supervisarla, perfeccionarla. Oponer lo garantista a lo penal es un extravío de la razón que puede llevarnos a otros extravíos, como en efecto ha sucedido.” (In *Cuadernos del Boletín n. 13*. México: Secretaría de Gobernación, Consejo de Menores, pp. 24-25). En su artículo “Menores Infractores y Seguridad Pública”, arriba citado, agregó Ruth Villanueva Castilleja: “Atendiendo a estos aspectos en diferentes congresos y foros se ha llegado a diversas conclusiones, entre las que destacan: Concertar acciones para legislar en materia de justicia de menores, armonizando un sistema que equilibre y considere tanto los aspectos tutelares como los garantizadores de los derechos de los menores.” (In: PEÑALOZA, Pedro José. Op. cit., p. 808).
31. Falcón: Niños del Tráfico. In: <http://www.ojornalista.com.br/news1>.
32. GALINDO, Antonio Sánchez. *Los Niños de Acapulco*. Guadalajara, Jalisco, 1979.
33. In: *Memoria del Seminario Internacional “Política de Justicia en Menores Infractores”*. México, Secretaría de Gobernación, 1998, p. 27. En las conclusiones de los Congresos Nacionales de Menores Infractores, realizados en México, en las dos últimas décadas, se ha destacado la relevancia de los programas de prevención, en el marco de una política criminal respetuosa de los derechos humanos de los menores infractores.