

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



**Política Jurisdiccional en Materia Penal
de Menores entre 1924 Y 1991:
Ideología, Legalidad y Democracia**

**Tesis para optar el grado académico de
Magíster de Derecho con mención en Política Jurisdiccional**

Roger E. Niego Arana

Miembros del Jurado:

**Dr. Juan Morales Godo - Presidente
Dr. Gorki Yuri Gonzales Mantilla - Asesor de tesis
Dr. Dino Carlos Caro Coria**

Lima, agosto de 2010

Si perecieran todos sus adultos, y quedaran sólo los niños y adolescentes que tuvieran algo de uso de razón, pero todavía en los años de la niñez y pubertad, se ve claramente que podían los príncipes encargarse de ellos y gobernarlos mientras estuvieran en tal estado. Si esto se admite, parece cierto que no se ha de negar que pueda hacerse lo mismo con los padres de los bárbaros, supuesta la idiotez y rudeza, de la cual dicen que es mucho mayor que en los niños amentes de otras naciones.

FRAY FRANCISCO DE VICTORIA, O.P., Las Relecciones de Indis y de Iure Belli

Desde el principio he hecho ver que la igualdad es un estado de guerra y que la desigualdad ha sido introducida por consentimiento universal.

TH. HOBBS, De cive

En el alma del hombre hay ocultas más maravillas que las que podemos imaginar. Si está inspirado, actuará; si se lo convoca, responderá.

ABRAHAM YEHOSHUA HESCHEL, Mensaje a los jóvenes

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
I. LOS ORIGENES IDEOLÓGICOS DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR DEL MENOR	21
I.1 Menor abandonado – delincuente	21
I.2 La etiología	27
I.3 La necesidad del estudio del menor	31
I.4 La sentencia indeterminada	35
I.5 Las medidas	37
II. REFLEJO DE LA IDEOLOGÍA TRADICIONAL EN EL DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES DE MENORES	45
III. IDEOLOGÍA Y LEGISLACIÓN	51
III.1 Antecedentes	51
III.2 El Código Penal de 1924	53
III.3 El Código de Menores de 1962	58
III.4 El proceso de reforma normativa	61
IV. SITUACIÓN IRREGULAR: UNA CONCEPCIÓN QUE NO TERMINA DE MORIR	67
IV.1 Utopía y democracia: los significados del nuevo Paradigma	67

IV.2	Antiutopía y autoritarismo: los paradigmas tradicionales y los nuevos paradigmas “defensistas” o “peligrosistas” de la sociedad	90
V.	UNA MIRADA A LA CULTURA DE LOS JUECES EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES	116
V.1	Problemática de la especialización de los jueces en materia penal juvenil	116
V.2	La cultura como objeto de estudio	119
V.3	Concepción ontológica de la realidad	123
V.4	El poder discrecional de los jueces y su percepción del infractor	125
V.5	La aplicación del Derecho	126
V.6	El sentido de la rehabilitación	128
V.7	Seguridad ciudadana y democracia	129
V.8	¿Cuánto han incorporado los jueces la Doctrina de la Protección Integral?	131
V.9	¿Subjetividad o normatividad en la toma de decisiones de los magistrados?	132
V.10	La formación profesional como parte de la imagen objetivo ideal del juez de familia	132
V.11	¿Dejando espacio para la discriminación?	133
V.12	La vigencia de la Doctrina de la Situación Irregular	134
V.13	Actitudes con las que se podría empezar a trabajar	134
V.14	Un sistema que no ofrece alternativas	135
V.15	Desafíos por enfrentar: involucramiento institucional y trabajo multidisciplinario	136
V.16	Reflexión final	137
VI.	CONCLUSIONES	139
	FUENTES BIBLIOGRAFICAS Y DOCUMENTALES	148
	ANEXOS	163

POLÍTICA JURISDICCIONAL EN MATERIA DE MENORES ENTRE 1924 Y 1991: IDEOLOGÍA, LEGALIDAD Y DEMOCRACIA

INTRODUCCIÓN

Aun cuando se ha dado un cambio sustancial de paradigma en la visión social de la infancia expresado en un cambio en el plano legislativo, el Derecho de Menores no aplica adecuadamente los criterios y principios garantistas en él contenidos.

La explicación tal vez la podríamos encontrar en el hecho, expresado por el jurista Luigi Ferrajoli,¹ de que en nuestra tradición jurídica, derecho – derechos e infancia son tendencialmente antinómicos. Por una parte, estando los niños privados de la capacidad de actuar, siempre han sido tratados, y antes de ello incluso pensados, mucho más como objetos que como sujetos de derecho. Por otra parte, el Derecho de Menores ha estado siempre concebido como un “derecho menor”, ajeno al horizonte teórico del jurista y escasamente compatible con las avanzadas formas jurídicas del Derecho de los adultos.

Por ello, entender los antecedentes históricos de la cultura jurídica de los operadores de la justicia especializada permitirá identificar, en tanto variable principal, algunos factores de resistencia cultural que podrían en la actualidad estarse produciendo a partir de una extendida práctica judicial efectuada en un contexto legislativo insertado en la Doctrina de la Situación Irregular, doctrina no sólo hegemónica sino prácticamente exclusiva durante décadas, pues somos concientes de cómo este factor que llamamos de “resistencia cultural” podría gravitar de manera negativa en el desarrollo del nuevo Derecho del Niño y del Adolescente, y podría contribuir a un proceso apresurado y superficial de adecuación meramente

1 En el prólogo de *Ley, infancia y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, p. xi.

formal a los nuevos principios político-jurídicos internacionales, que consideran, a la categoría infancia como pleno sujeto de derechos.

La parte sustancial del presente estudio pretende, en esa dirección, identificar y entender los antecedentes históricos de una cultura jurídica de los magistrados situada actualmente en el contexto de un proceso de transición, a medio camino entre una concepción del Derecho de Menores inscrita en la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia. Para ello, nos centraremos en el estudio histórico de la cultura jurídica de la infancia, que comprende el período de vigencia del Código Penal de 1924, vale decir el mismo que abarca los años 1924 a 1991, examinando: a) el desarrollo de las ideas y de la doctrina imperante en torno al concepto del menor delincuente; b) el desarrollo doctrinario de los tribunales de menores; y c) la legislación penal juvenil durante la vigencia del Código Penal de 1924.

Hemos elegido explorar desde un enfoque histórico el área de los menores en conflicto con la ley penal en el período que hemos precisado, por ser tal vez el área y el período con la mayor cantidad de mitos sociales en torno a la infancia, y además por haber sido prácticamente la razón de ser del “Derecho de Menores” en tanto instrumento creado básicamente para regular el “control social” de la infancia. Como señala la jurista argentina Lucila Larrandart:

«La defensa de la sociedad requería la tutela y la protección-control de la infancia y, en este sentido las carencias básicas (salud, educación y vivienda), en vez de tomarse como privación de derecho, se trataban como factores de una futura desviación y como causa de la delincuencia. Esto dio lugar al nacimiento (el subrayado es nuestro) del derecho de menores, el cual si observamos la bibliografía tradicional o antigua, vamos a ver que siempre se enfoca desde la prevención de la delincuencia (...) Precisamente porque había que combatir las situaciones de pobreza, de falta de educación, etc., en vez de tomarse como violación de los derechos del niño se tomaron como causa de una futura delincuencia en esos jóvenes y niños».²

Como hipótesis general del trabajo, mencionaremos que, desde la aparición del discurso sobre el “Derecho de Menores” y su plasmación a través de las instituciones diferenciadas, el tema del menor se ha enfocado desde la óptica represiva y no proteccional. El menor ha sido víctima de la acción tutelar. Se han penali-

2 Larrandart, Lucila. “Doctrina de la situación irregular y doctrina de la protección integral”. En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial y UNICEF, 1995, p. 40.

zados los problemas sociales y se han socializado los problemas penales, de modo tal que se han eliminado las garantías frente a la intervención del Estado. Esta intervención ha consistido en “tutelar” a través de los tribunales específicos y la carencia de políticas sociales ha sido reemplazada por la intervención a través de los órganos del sistema de justicia juvenil, resultando consagrado el binomio protección – segregación o tutela – estigmatización. Aun cuando se ha dado un cambio sustancial de paradigma en la visión social de la infancia expresado en un cambio en el plano legislativo, los precedentes históricos en la práctica jurisdiccional constituyen un factor gravitante del actual tratamiento por parte de los tribunales de menores en el Perú. Este factor “cultural” entra en funcionamiento en el actual análisis y decisión de los conflictos jurídicos que tienen que resolver, amenazando el conjunto de posibilidades de realización del Derecho de la Infancia.

En lo que se refiere al marco teórico, señalaremos que, para realizar el presente estudio de investigación histórica sobre el desarrollo del Derecho del Niño y Adolescente y la aparición de los tribunales juveniles desde comienzos del siglo pasado hasta el presente, es interesante que nos ubiquemos en los dos paradigmas que tiene la Criminología pues la ubicación en una de ellas nos puede indicar de dónde surge la Doctrina de la Situación Irregular y en qué contexto y de qué otras especies criminológicas surge la Doctrina de la Protección Integral.

Dicho en otras palabras, para comprender bien el tema de la detección social o lo que es considerado como niños, niñas y jóvenes, es necesario conocer el enfoque criminológico. Es decir, cómo el tema de la desviación o de la delincuencia ha sido tratado en general desde la Criminología; puesto que de acuerdo al paradigma con que la cuestión sea abordada, distinto será el tratamiento del fenómeno. En el análisis del fenómeno criminal o la desviación encontramos simplemente dos enfoques.

El enfoque positivista que surge con la aparición de la Doctrina de la Situación Irregular a comienzos del siglo pasado, con las teorías patológicas de la criminalidad que explicaban el fenómeno criminal basado en características biológicas o psicológicas que diferenciaban a los sujetos criminales y a los individuos “normales”.

Esta es la terminología positivista que predominó a fines del siglo XIX y comienzos del siglo pasado, pero que tiene efectos, incluso más cercanamente. Para esta concepción el desviado o el delincuente es un individuo diverso que puede ser observado en forma clínica; éste es el llamado paradigma etiológico de la cri-

minalidad positivista: lo que se hacía hasta entonces era observar a las personas que se hallaban detenidas, para definir las como delincuentes.

El estudio de las causas dentro de esta concepción patológica y las distintas orientaciones se trazaron desde los factores biológicos a las causas psicológicas, a las causas sociales, siempre tratando de buscar las causas de la delincuencia. La pena en esta concepción, por la respuesta desde el aparato del Estado, es un medio de defensa social; en el caso de los niños, niñas y jóvenes la intervención en esta concepción debía darse cuando se presentaban las causas que fatalmente determinarían a que esos niños o jóvenes llegaran en algún momento a ser delincuentes o desviados cuando fueran adultos.

La defensa de la sociedad requería la tutela y la protección - control de la infancia y, en este sentido las carencias básicas (salud, educación y vivienda), en vez de tomarse como privación de derecho, se tomaban como factores de una futura desviación y como causa de la delincuencia. Esto da lugar al nacimiento del Derecho de Menores, el cual, si observamos la bibliografía tradicional o antigua, vamos a ver que siempre se enfoca desde la prevención de la delincuencia y observamos el rígido concepto de estudio, clasificación, observación, internación, tratamiento, precisamente porque había que combatir estas causas que determinaban la comisión de conductas desviadas e, incluso, las situaciones en las que los niños resultaban víctimas de privación de los derechos humanos básicos, situaciones de pobreza, de falta de educación, etc., en vez de tomarse como violación de los derechos del niño se tomaron como causa de una futura delincuencia en esos jóvenes y niños.

Nace entonces la concepción de la *Doctrina de la Situación Irregular*. El elevado nivel de la delincuencia demuestra que pese no obstante a que mucha gente comete delitos, no todos están definidos como delincuentes y sólo se considera delincuente al que haya recibido una pena, estos rótulos de delincuentes se aplican a determinados sectores de la población y, en general, si nosotros tomamos las estadísticas de cualquier país del mundo, vamos a ver que en general las estadísticas nos hablan de gente que pertenece al estrato más humilde de la población y que otros delitos mucho más importantes cometidos por otros sectores sociales resultan impunes al sistema de justicia.

Se cuestiona esta teoría rígidamente determinista, etiológica y aparece la nueva perspectiva criminológica que se conoce como el enfoque de la reacción social que cuestiona esa tradicional definición de desviación o delincuencia, acen tuando, por el contrario, el carácter constitutivo que tiene toda reacción social

o reacción penal respecto de la cualidad desviada de determinado comportamiento.³

Desde este punto de vista, el hecho que los autores de ciertos comportamientos lleguen a ser objetos de la reacción de los organismos de represión penal que influyen sobre la realidad social de la desviación y sobre la consolidación del status de delincuente en la persona es debido al efecto estigmatizante de la acción penal. El status social del delincuente no es una realidad que esté preconstituida respecto de las reacciones institucionales y esto lo podemos ver en aquellas personas que han cometido conducta desviada pero que no han llegado a ser definidas como delincuentes: su status permanece invariable a pesar de la comisión de esa conducta.

Desde nuestra percepción, tendemos a decir *delincuente* no al que comete delito sino a aquéllos a quienes han sido definidos como *delincuentes*.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la desviación se evidencia no por el hecho en sí, porque para cada una de las acciones desviadas es posible encontrar innumerables acciones que no son tenidas en cuenta o que no se nos presenta evidentemente como desviadas o que lo son de acuerdo a las circunstancias. Las instituciones entonces actúan distinto respecto a los hechos definiendo su naturaleza y estado social y cultural. De todos los que cometen delitos o conductas desviadas, sólo algunos que son pertenecientes a los sectores más humildes de la población, son seleccionados y definidos como delincuentes, esto es lo que se denomina en criminología *los sectores vulnerables a la acción del sistema penal*. En el caso de los niños, niñas y jóvenes también se les considera como conducta desviada cuando es llevada a cabo por aquellos que pertenecen a los sectores más humildes y esto nos sucede a nosotros cotidianamente, cuando la misma conducta de un sector social alto, en general, no va a dar lugar a la acción del sistema de justicia sino que se da en la oficina o en el consultorio de un psicólogo; esa misma conducta en otro niño perteneciente a un sector humilde, será probablemente tomada como una conducta desviada y como un niño en peligro material o moral.

Frente a este paradigma, estudiar la desviación significa estudiar aquellos procesos de definiciones, el control social es lo que se estudia, la forma como la sociedad trata de responder a los comportamientos de las personas consideradas como des-

3 Es la perspectiva en la que se enmarca la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia. Como señala Michel Foucault, "se trata de comprender no cuál es el Poder que pesa desde el exterior sobre la Ciencia, sino qué efectos de Poder circulan entre los enunciados científicos". *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 1988, pp. 9-10.

viadas o problemáticas, amenazantes, peligrosas, etc. La respuesta asume diversas formas: castigo, tratamiento, prevención, segregación, reforma, resocialización, y el comportamiento es calificado entonces como crimen, delincuencia, inmoralidad, perversidad, maldad, o en el caso de la Doctrina de la Situación Irregular como situaciones de abandono, de peligro material o moral o problemas de conducta. Las personas a las cuales se les aplica la represión son definidas como criminales, peligrosos, enfermos, rebeldes, etc.⁴

En el ámbito del Derecho de Menores esa acción de la reacción social ha sido concebida como tutela o protección. En nombre de la tutela y de la protección, el resultado de la aplicación de la Doctrina de la Situación Irregular, ha sido la cantidad suficiente de niños institucionalizados, porque en realidad en todas las leyes tradicionales no se posibilitaban muchas respuestas como las que ahora tiene el nuevo código, sino que las leyes tradicionalmente decían que el juez podrá internar al niño, cuando mucho dejarlo en libertad vigilada, o sino tomar cualquier otra medida, pero sin estar previstas medidas alternativas a la internación. Surgía un problema social de carencia, las respuestas eran las mismas: estado de abandono, peligro material o moral, o infracción a las leyes penales, las mismas que determinaban "la tutela", pero que en realidad y en esencia no consistían en otra cosa que en alguna forma de privación de la libertad.

El resultado concreto de esta historia es que se privó a los menores que infringían la ley penal de toda una serie de garantías, de las que son titulares los adultos, con lo cual, esa pretendida tutela determinó que se mezclaran los problemas, es decir que se penalizaran los problemas sociales, que se socializaran los problemas criminales y en la práctica el menor resultó privado cuando era sometido a un proceso penal, de todas las garantías que incluían la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

En el esquema de la Doctrina de la Protección Integral no se parte del menor infractor de la ley, sino del respeto a los derechos básicos de la infancia y de todos sus derechos individuales frente a la intervención punitiva del Estado, pretensión punitiva que puede llamarse pena o medida tutelar, pero implica, en realidad, privación de derechos y si hay privación o restricción de esos derechos es una

4 Michel Foucault analiza la creciente "psiquiatrización", que sería en cierta forma la confirmación de que hay un origen común entre delincuencia y locura porque ambas crean "desadaptados sociales" que deben ser curados. Por otro lado, señala también que la cárcel es un sistema de poder tanto como el de la fábrica, el cuartel, la escuela, etc.; en todos estos lugares hay poderes ejerciéndose contra grupos de gente impotente. Véase, por ejemplo, *Vigilar y castigar*. México D. F.: Siglo XX, 1976.

respuesta de contenido penoso que debe estar rodeada de todas las garantías que tiene cualquier ciudadano que está sometido a la acción del Estado que le va a restringir algún tipo de bien jurídico.

En el Perú, ha sido de tal intensidad y dominio la cultura hegemónica con respecto al menor que a nadie se le ocurrió plantear que la legislación de menores era notoriamente inconstitucional.

Luego de lo ocurrido durante más de siete décadas, aparece un nuevo marco, que cambia el paradigma hasta ese entonces vigente: los primeros instrumentos internacionales de Derecho del Menor sobre todo la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing sobre la Administración de Justicia de Menores y las Reglas y Directrices de Ryad, todas sancionadas por Naciones Unidas. En los mismos, se plantea la devolución de las garantías a los niños, que el niño imputado de infracción a la ley penal tiene el derecho de un debido proceso con todas las garantías porque es un ciudadano. Se trata de concebirlo como sujeto de derecho y no como objeto de tratamiento y, en lo que respecta a su situación de carencia, debe ser sujeto de políticas y programas sociales a fin de cubrir aquellas necesidades básicas insatisfechas que implican violación a los derechos humanos básicos (educación, vivienda, salud, etc.).

Con este nuevo paradigma se le devuelve a la justicia de menores su verdadero rol que es el juzgamiento mediante un debido proceso en el caso del menor infractor de la ley penal y la de dirimir conflictos de índole civil en el caso que haya un problema jurídico en ese ámbito.

Hay una norma expresa que expone uno de los principios que trae la normativa de Naciones Unidas y es la prohibición de sacar al menor de su familia, de algún modo, restringirle su derecho por problemas vinculados exclusivamente a la falta de recursos económicos. Esto resulta muy importante porque en el Perú la mayor intervención del sistema de justicia de menores se traduce en el mayor número de encierros, esto dado a problemas de índole asistencial.⁵

5 La expedición de medidas no carcelarias en la sanción a adolescentes infractores, tal como lo consigna el Código de los Niños y Adolescentes, tiene escasa difusión. De acuerdo con la estadística, hasta diciembre del 2001, mientras 987 adolescentes (66%) se hallaban internos, solo 508 (34%) se encontraban bajo un sistema abierto; esto confirma la necesidad de generar una mayor aplicabilidad de medidas socioeducativas y de reinserción que faciliten la continuidad de la vida social-familiar de los adolescentes. Véase Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH). Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAI) 2002-2010. Lima: PROMUDEH, p. 43. Disponible en <<http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/peru/federal/delamujer/planaccion/plan-accion-2002-2010.pdf>>.

Refiero una estadística para ilustrar la realidad. En el Perú durante el año 2001, la justicia de menores determinó la intervención de 1495 menores, de ellos el 93% fue intervenido por problemas de tipo asistencial, es decir ligado a carencias, sólo el 7% por comisión de infracción a la ley penal.⁶ Lo que vemos es un sistema de justicia que trata de funcionar para cubrir carencias de tipo económico o problemas de tipo social que tienen que ser asumidos por el Estado mediante programas específicos y mediante la no superposición de recursos, porque nuestro país es muy pobre y se piensa comúnmente que porque no tenemos recursos el sistema jurídico funciona mal. La mayoría de las veces no se trata de mayores recursos sino de nuevas respuestas.

La institucionalización es muy cara en costo niño – internado, y es muy cara a nivel de un futuro por los resultados que se logra, pero además existe una duplicidad de recursos. Si nosotros logramos entrecruzar todos los programas del Estado que se ocupan de los niños centralizadamente, sin superponer esfuerzos, y logramos que el niño tenga prioridad en la obtención de servicios públicos y otros, que casi siempre están dispersos, podríamos lograr con los mismos recursos un enfoque más racional, sin duplicidad de esfuerzos y de mayor cobertura en aquellos problemas y buscar solución a través de programas y no solución a través de conflictos jurídicos.

Así, en lugar de partir de la prevención de la delincuencia basándonos en la desviación, para enfocar el problema de los menores, se parte de los derechos que tienen los menores y, para saber qué derechos asisten a los menores partimos de las necesidades que tienen los menores para que éstas se transformen en derecho. El tema de la desviación desde este enfoque no es el tema más importante. De toda esa serie de derechos devueltos al niño para satisfacerlo, deben nacer respuestas alternativas. Ninguno de los derechos se puede realizar a través del encierro, sino con otro tipo de respuestas a las necesidades.

Habiendo realizado una breve exposición sobre nuestro marco teórico, a continuación nos referiremos al marco metodológico utilizado, el mismo que sigue dos objetivos centrales, a saber:

6 Ibidem.

1. Objetivo 1

Conocer la etapa de formación del tratamiento del menor ante el derecho penal como producto y expresión de la vida social, de sus condiciones de existencia, de su manera de funcionar y de sus repercusiones en las formas de la misma vida social.

Metodológicamente, se describirán, analizarán, interpretarán y compararán tanto los discursos doctrinarios y filosóficos de los principales autores legislativos de los anteproyectos y proyectos de los códigos de menores, así como el desarrollo legislativo y doctrinario sobre los tribunales de menores en el período de vigencia del Código Penal de 1924.

Para ello, seguiremos los siguientes indicadores:

Indicador 1: En nuestra tradición jurídica, al paternalismo propio del derecho de menores le ha siempre correspondido un paternalismo equivalente en los métodos de producción, entregado a “técnicos” y “especialistas” imbuidos generalmente de prejuicios y lugares comunes ocultos tras fórmulas como “la situación irregular” o “el interés superior del menor”.

Indicador 2: El tradicional paradigma tradicionalista del derecho de menores resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en la ausencia absoluta de reglas, que ha posibilitado y legitimado los peores abusos y arbitrariedades.

Indicador 3: El terreno privilegiado del enfoque garantista del derecho de la infancia resulta naturalmente el de la respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes. El paradigma del Derecho Penal mínimo resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema “pedagógico” de las llamadas “sanciones blandas” impuestas informal, y de hecho, arbitrariamente.

2. Objetivo 2

Explicitar – desde el conocimiento del pasado – la proyección de la vida de este derecho y de sus instituciones en el conjunto de su significado actual. Por ejemplo,

para comprobar - como aporte de la sociología jurídica – que no necesariamente el Derecho sea fatalmente determinado, que sea el resultado históricamente causado por una formación social específica.⁷

Para lograr este objetivo se presentarán las conclusiones de un estudio exploratorio preparado por UNICEF que tiene por finalidad identificar en los magistrados de familia los rasgos de origen cultural o ideológico que más dramática y comúnmente podrían conducir a desviaciones sustanciales de los contenidos de la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia, sentando sus raíces en el paradigma formalmente superado -pero al parecer aun en demasía presente- de la Situación Irregular. En la encuesta se explora de manera indirecta sobre el posible “imaginario” ideológico de los magistrados en torno a la consideración social de la infancia y su relación con la democracia.

Por último, quisiéramos referirnos a los antecedentes o estado de la cuestión.

En el Perú, la historia de la infancia como categoría social no ha llamado la atención mayormente a los historiadores.

De forma solitaria, el artículo *Pena y Protección: delincuencia juvenil y la minoridad legal en Lima Virreinal* de la historiadora norteamericana Bianca Premo, nos resultó significativo y hasta cierto punto podemos decir que constituyó el punto de partida inspirador del presente proyecto. El aporte de este trabajo, acerca de los menores infractores a fines del siglo XVIII, consiste en reconsiderar las instituciones coloniales en las que esperábamos encontrar a los niños en las escuelas conventuales y los talleres, para encontrar nuevas instituciones, como la cárcel, el presidio de Valdivia y las haciendas que compraban a los esclavos delincuentes.

Lo que queda claro es que las instituciones, por lo menos para los delincuentes, servían como solución para un problema que se originaba fuera de ellas. La suma importancia de las instituciones para la niñez colonial se debía a que había un aspecto de la niñez que la sociedad intentaba controlar. El estudio de Bianca Premo hace visible la existencia de una socialización callejera, y el hecho de que la vida que los jóvenes experimentaban en las calles era vista como un peligro. En

7 Así, citando a Ferrajoli, “para bien y para mal el Estado moderno, junto con ese complejo sistema de garantías que, a pesar de sus limitaciones, es el Estado democrático de derecho, ha sido el producto de la filosofía política y de la cultura jurídica. Y, por tanto, el «cómo es» y el «cómo será» del derecho depende en parte de lo que nosotros, en cuanto filósofos o juristas, hacemos”. “La soberanía en el mundo moderno”. En *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, Introducción.

tal sentido, nos invita a considerar a las instituciones no como monolitos coloniales ni como si fueran construidas por razones ajenas al contexto limeño, sino como soluciones o reacciones frente a una realidad colonial dinámica e inconstante.⁸

Por lo demás, en la vasta literatura universal sobre el tema del niño, la reflexión sobre la infancia como categoría social es bastante reciente: apenas unas décadas. El nombre de Philippe Ariès está en el centro de esta reflexión, junto a un grupo de historiadores franceses que se consolida en torno al núcleo conceptual de la historia de las mentalidades. Esta “nueva historia” como se le llamó – en oposición a la clásica historia política y económica – priorizó el análisis de la vida privada: la casa, la familia, el juego de roles de cada uno de sus miembros, la educación de los niños, en interrelación con el contexto social y político: “lo público”.⁹

En *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, considerado un clásico en la materia, Philippe Ariès sigue la historia del niño en su representación pictórica desde la Edad Media hasta la Edad Moderna y percibe el cambio operado a partir del siglo XVII y más intensamente del siglo XVIII, en su centralidad como personaje. Contextualiza esta nueva imagen del niño en la época, que acompaña los devenires de la revolución industrial, donde los niños pasan a ser especial objeto de intervención por parte de los padres, los educadores y el Estado.

La noción de cambio histórico de estos siglos en la aparición de la infancia, dejando secundariamente de lado al niño como entidad biológica, e insertándolo en su existencia social, se apoya desde variadas perspectivas. Georges Duby analiza la categoría de “lo social” entrecruzando líneas de análisis entre la familia, el rol de la mujer, la escuela, los tribunales de menores, en las prácticas caritativas, filantrópicas e institucionales, en un permanente contrapunto entre los valores e instrumentos de “lo social” según sean dirigidos a los ricos o a los pobres.¹⁰

En el campo de la producción latinoamericana, el trabajo de Emilio García Méndez analiza la categoría infancia / adolescencia desde la perspectiva de los diversos mecanismos y teorías utilizadas a lo largo de la historia para su control social, sintetizando que la historia de la infancia es la historia de su control. Uno de los mecanismos será el control social/penal que se asentará en el con-

8 Premo, Blanca. 2000. “Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII”. *Histórica*, Vol. 24, n.º 1, pp. 85-120. Disponible en <http://www.pucp.edu.pe/publicaciones/rev_aca/historica/his02.htm>.

9 Ariès, Philippe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus, 1987.

10 Duby, Georges y Philippe Ariès. *Historia de la vida privada*. Madrid: Taurus, 1991.

cepto jurídico de la inimputabilidad y en la vulnerabilidad. Estos conceptos irán acompañados de medidas protectivas que insistirán, por décadas, en el tratamiento institucional de conductas y condiciones socioeconómicas juzgadas “irregulares” pues implican “un desvío de las normas sociales (algunas de ellas consagradas penalmente) que se suponen mayoritariamente aceptadas”. A modo de conclusión señala las nuevas bases para una política jurídica latinoamericana para la infancia / adolescencia acorde con las normas internacionales, particularmente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.¹¹

En general, los estudios primeros en el campo de la nueva criminología latinoamericana, contribuyeron a convencer acerca de la importancia del análisis histórico como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la cuestión criminal y a su control social. Dicho enfoque permitirá un entendimiento más preciso, respecto de la relatividad de los valores definidos como bienes jurídicos por el sistema penal.

El mismo dio sus primeros frutos a fines de la década de los ochenta. Un grupo de juristas, sociólogos y pedagogos latinoamericanos¹² (de Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), pero que no incluía lamentablemente a representantes peruanos, dio respuestas al interrogante relativo a la cultura y mecanismos de control socio – penal de la infancia, que en casi todos los trabajos se abrió en los primeros períodos del proceso de colonización, hasta la aparición de las primeras leyes específicas de la “menor – edad”, momento que es posible ubicar en la década del 20 del siglo pasado.

Los resultados de estas primeras investigaciones¹³ permitieron confirmar una hipótesis previa así como abrir una nueva perspectiva de investigación. Como señala Emilio García Méndez:

11 *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, con el apoyo de UNICEF-TACRO, 1994. Véase particularmente el capítulo II: “Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”.

12 En 1988, el UNICRI (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Derecho y la Justicia) y el ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente) emprendieron conjuntamente este ambicioso proyecto de investigación, destinado a rescatar la historia del control sociojurídico de la infancia en el contexto latinoamericano.

13 Publicadas en García Méndez, Emilio y Carranza, Elias (Coordinadores). *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

« La hipótesis confirmada se vincula al trabajo pionero, y hoy clásico, de Philippe Ariès, "El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen", que afirma que la infancia no constituye una característica de carácter ontológico, siendo por el contrario el resultado de un complejo proceso de construcción social que la "descubre" en la conciencia colectiva alrededor del siglo XVI. La perspectiva novedosa por su parte, puede considerarse en la afirmación de que la historia de la infancia es la historia de su control. En otras palabras, esto significa que es posible reconstruir la historia de la infancia concentrándose en el estudio de los mecanismos "punitivos o asistenciales" que la "inventan", modelan y reproducen». ¹⁴

Con estos resultados, este mismo grupo de investigadores – seis fueron los países objeto de investigación en la segunda fase, entre los que no se incluyó nuevamente al Perú -, se propuso analizar la creación y evolución de la legislación nacional desde la primera ley específica, hasta la ley vigente. Un énfasis particular fue dado en esta segunda fase, para confrontar la legislación en vigor, en especial, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los otros instrumentos de la llamada "Doctrina de la Protección Integral de la Infancia". Ello con el objeto de determinar en qué medida la legislación nacional se adecuaba sustancialmente a esta nueva doctrina, lo que significaba al mismo tiempo medir su grado concreto de eficacia en la protección de los derechos humanos específicos de los niños y adolescentes de nuestro continente. ¹⁵

Una de las conclusiones a las que llega este conjunto de investigaciones es que los excluidos se transformarán en "menores" y para ellos será necesario la construcción de una instancia específica de control y socialización: los Tribunales de Menores que funcionan en base a los principios de la Doctrina de la Situación Irregular.

Para entender esta constatación en su dimensión histórica, es necesario situarla en el marco de la tradición jurídica latinoamericana que descansa en una dicotomía flagrante entre discurso y práctica. Un derecho liberal y formalmente garantista, desvirtuado y distorsionado en la práctica por las mediaciones de los factores reales de poder y que para activarlo en un sentido democrático,

14 García Méndez, Emilio y Elías Carranza. "El derecho de 'menores' como derecho mayor". En *Derecho a tener derechos*. Tomo II. Bogotá: UNICEF-TACRO/IIN-OEA, 1993, p. 43.

15 Los resultados de estas investigaciones fueron publicados en García Méndez, Emilio y Carranza, Elías (Coordinadores). *Del Revés al Derecho La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una Reforma Legislativa*. Buenos Aires: Ed. Galerna, UNICEF, UNICRI e ILANUD, 1992.

requiere de una nueva conciencia jurídica que tímidamente se encuentra en proceso de formación.

Por otro lado, en la tradición del Derecho de “menores” estos estudiosos apuntan a señalar que el problema es aun mucho más dramático. En este campo – sostienen - asistimos a una ulterior ruptura regresiva de la dicotomía anteriormente señalada. El propio discurso jurídico resulta explícitamente negador de los derechos básicos y esenciales previstos en los cuerpos constitucionales.

Bajo esta premisa, entonces resulta legítimo sostener - como lo hacen de modo enfático y revelador – que es de naturaleza ideológica la cultura “proteccionista” que está en la base de la Doctrina de la Situación Irregular. Esta afirmación se apoya en la comprobación igualmente realizada por estas investigaciones del hecho que dicha doctrina se sustenta en el principio de no verificación consecuente de todas y cada una de sus funciones declaradas.

En resumen, cada uno de estos excelentes trabajos que componen esta investigación en sus dos fases, ha contribuido, dejando un amplio margen para la investigación posterior, en el análisis de las funciones reales de la situación irregular, remitiéndonos a las vicisitudes de las políticas sociales básicas de los últimos setenta años en el contexto latinoamericano.

Por último, no podemos dejar de mencionar, sobre la actualidad y persistencia de este problema, una investigación patrocinada por ILANUD, que recoge información de los sistemas de justicia de menores de 18 países de la región,¹⁶ la misma que corrobora que la clientela de estos tribunales pertenece a un sector social y económico bien específico, que es tempranamente criminalizado en forma diferenciada y que, en un alto porcentaje, continua siendo criminalizado luego de su mayoría de edad.

Para concluir diremos que transcurridas casi dos décadas desde que el Perú hizo vinculante la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a su sistema legal, creando además instituciones fundamentales para su desarrollo, es tiempo de preguntarnos si, más allá del plano formal, estamos construyendo un verdadero conjunto –un auténtico sistema integrado– de acciones permanentes,

16 Carranza, Elías. “La prevención y el tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad”. *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, 1989, pp. 205-237.

preventivas, promocionales y de protección en la perspectiva de proteger integralmente a nuestra infancia.

En todo este proceso, al margen de lo significativo que es un adecuado funcionamiento del sistema de administración de justicia, la “cultura jurídica” de los operadores del sistema, entendida ésta última como el conjunto de elementos compuestos por valores y creencias integrados a la utilización de los conocimientos técnico – legales, juega un rol trascendente.

En efecto, los operadores de justicia, individualmente, no están tampoco ajenos a este proceso de cambio, si tomamos en cuenta que las políticas y programas de atención a niños y adolescentes, suponen una dimensión especializada y un ámbito de competencia intersectorial que involucra necesariamente al área de la administración de justicia. Además, como miembros de la sociedad y seres humanos, los agentes de la justicia no se sustraen a los prejuicios y resistencias culturales al cambio.

Por otro lado, dependiendo de sus actitudes y de sus decisiones (sus “actos de voluntad”, como lo reconoce el propio Kelsen),¹⁷ en los que la lógica jurídica (razonamiento sobre la base de premisas normativas) está influenciada por una determinada cosmovisión, unas creencias y valores morales; tampoco están ajenos a constituirse en agentes de cambio, en promotores y ejecutores del nuevo paradigma cultural y normativo.¹⁸

Estos elementos culturales entran en funcionamiento en el análisis y la decisión de los conflictos jurídicos que tienen que resolver y, como pretendemos hacer explícito en el desarrollo del presente trabajo, no están exentos de tensiones y contradicciones internas.

La investigación que presentamos, al pretender responder a ciertas preguntas fundamentales a saber ¿Cómo se pensaba, actuaba y legislaba en el período de vigencia del Código Penal de 1924? ¿Cómo podrían aun estar gravitando en la actualidad estas ideas y prácticas en la actuación de los magistrados especializa-

17 La observación se la debo a Ricardo León Pastor, en su libro *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Colección de Estudios Judiciales N.º 1. Academia de la Magistratura. Lima: 1996.

18 Como señala Ferrajoli, el derecho moderno no tiene nada de «natural». Se presenta tal como va configurándose a través de diversas relaciones de poder. Pero se presenta también, de forma más general, como lo quieren y lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas, y también con el trabajo de los filósofos y los juristas. “La soberanía en el mundo moderno”. En *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, Introducción.

dos contemporáneos?, quiere constituir un aporte al conocimiento de la denominada “cultura jurídica” de los magistrados de familia, en tanto factor de vital importancia dentro del funcionamiento del sistema de administración de justicia, y en general, para el conjunto de posibilidades de realización del Derecho de la Infancia.



I. LOS ORIGENES IDEOLÓGICOS DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR DEL MENOR

1. Menor abandonado – delincuente

Manuel G. Abastos, en una moción enviada a la Primera Conferencia sobre el Niño Peruano de 1922, criticaba aquel concepto según el cual debía separarse a los menores abandonados de los delincuentes, afirmando que había que reformar, en la parte privativa, la vieja legislación penal, que,

«cuando mucho, atenúan la culpabilidad del menor de menos de 18 años, imponiéndole penas menos rigurosas que a los adultos o perdidos en el laberinto de la cuestión del discernimiento, declaran la inimputabilidad del menor o agravan su situación, agenos de todo punto al estudio del sujeto delincuente y de las condiciones en que se realizó el hecho delictuoso, y extraños, asimismo, al verdadero sentido tutelar que habrá más tarde que de producir una total transformación de doctrinas y métodos penales».¹

Más adelante, en el mismo documento, el autor señala:

«Según el nuevo Derecho Penal, ya no hay penas ni castigos y como, atendiendo al nuevo concepto de peligrosidad del delincuente la cuestión del discernimiento queda totalmente abolida, el niño delincuente será siempre, en todo caso, un sujeto activo del Derecho penal, y un sujeto al que ni el juez ni la ley pueden dejar de considerar sin gran interés, pues a nadie se escapa que el niño llevado ante el tribunal, ya se trate de un incorregible o de un delincuente anormal, es sumamente peligroso, y no es posible dejar en libertad, a ojos cerrados sin observar física y psíquicamente y

1 Abastos, Manuel G. "Los tribunales para niños". En Carlos Enrique Paz Soldán, Secretario General de la I Conferencia sobre el Niño Peruano (editor). *Actas y trabajos de la I Conferencia Nacional sobre el Niño Peruano*. Lima: Junta de Defensa de la Infancia, 1922, p. 32.

sin diagnosticar las medidas de cura o educación correccional que deben adoptarse respecto de él. El atender de manera inmediata a los niños abandonados y a los que delinquen tiene tanta importancia, que algunos tratadistas estiman que dicha atención se relaciona hasta con un problema de política económica».²

Otro de los autores "clásicos", Carlos Concha, también rechazaba la diferenciación entre niños abandonados y delincuentes, al señalar que uno de los factores más decisivos de la criminalidad de la infancia se halla en el abandono de los niños por parte de sus padres, abandono que los orienta al delito, abandono al que llamaba un terrible mal. Por eso, urgía el dictado de toda una legislación protectora de la niñez abandonada, y al hacerlo, es preciso

«tratar preferentemente de las distintas medidas preventivas, convencida (la sociedad) de que su esencia debe consistir, no en reprimir un acto antisocial ya realizado, sino en evitar que la comisión de un delito perturbe el orden y obligue al Estado, por razones de defensa, a privar de la libertad a individuos, cuyas energías demandan hoy más que nunca las exigencias intensas de la lucha por la vida».³

Aparece entonces claramente la idea de que ambas categorías de menores, los que habían cometido delito y los abandonados – quienes para esta concepción podían ser aun más "peligrosos" que los primeros -, no debían diferenciarse. Por ello, estos autores se mostraban contrarios a tomar como base para una clasificación el hecho de que hubieran cometido delitos.

Surge la idea de que la base para una clasificación debía ser el estudio y observación del menor debiendo establecerse la separación, luego de tal estudio y clasificación, por el hecho de haber evidenciado peligrosidad. Este concepto se torna evidente cuando el autor citado manifiesta

«No creemos que hay razón bastante para fijar diferencias de naturaleza entre los diversos fenómenos antisociales; todos ellos responden a un mismo origen y la sociedad para conservarse y defenderse eficazmente, debe adoptar un mismo criterio base de su derecho penal; ese criterio ha de ser el de la temibilidad. Huyendo de los radicalismos en que incurren las diversas escuelas que tratan de descubrir el fundamento del derecho penal, creemos nosotros que la verdadera finalidad que esta rama de la

2 Abastos, ob. cit., p. 34.

3 Concha, Carlos. "El problema de la criminalidad infantil". Tesis para el doctorado en Jurisprudencia. Lima: Oficina tipográfica de *La Opinión Nacional*, 1914, pp. 35-36.

ciencia jurídica persigue, es proteger al agregado social de los extravíos de los individuos inadaptados». ⁴

Afirmaba que la delincuencia infantil había perdido, en la nueva doctrina penal, el concepto que le atribuía la escuela clásica.

La idea era que las causas de ambas situaciones eran las mismas, y la “peligrosidad” (o “temibilidad”) el parámetro de diferenciación, por lo cual era necesario el estudio y la clasificación, no la situación de abandono ni el delito en sí mismos. Manuel G. Abastos, años después, señalaba claramente:

«Si el niño es el padre del hombre, según la frase expresiva de un gran maestro, había que salvar a los niños abandonados y en peligro moral, a los pequeños sin hogar y sin abrigo, a todos aquellos seres que no reciben educación ni tienen tutela alguna y se hallan expuestos a adquirir en la vagancia hábitos nocivos y tendencias delictuosas; y había también que reformar, en la parte privativa, la vieja legislación penal, poniéndola bajo el claro haz de luz que venía de todas las nuevas disposiciones científicas en las que los sabios habían intentado aprisionar el alma frágil del niño, del niño sano como del enfermo, del menor honesto como del perverso y delincuente, del que practica hechos ilícitos porque es un ineducado, como de aquél que es criminal, debido a su congénita y anormal constitución». ⁵

El control sobre el conjunto de la minoridad que se consideraba “peligrosa” encontraba así su legitimación.

Aquí aparece claramente la idea de la peligrosidad sin delito; lo fundamental era, para el autor citado, la inmoralidad o perversión que alcanzaba por igual a todos, delinquieran o no, incluyendo a aquellos que eran inadaptables, en mayor o menor grado, al régimen familiar o social y que no habían infringido la ley, como los anormales, deficientes, perversos, ineducados y predispuestos al delito.

Se amplía así el ámbito de los “candidatos” a controlar, que ya no sería sólo aquéllos que delinquieran, ni siquiera a los abandonados, sino también los desobedientes. La lógica consecuencia era, también, que la diferenciación proviniera del estudio de cada personalidad psíquica y moral, estudio integral y minucioso, de acuerdo al cual se dictaría la medida a adoptar, cuyo fin era el adecuado tratamiento conforme a la personalidad del menor, siendo éstas las únicas direc-

4 Concha, ob. cit., p. 14.

5 Abastos, ob. cit., p. 32.

tivas que debían orientar el problema de la infancia abandonada y delincuente, cuya finalidad era defensiva, esto es la corrección del inadaptado. Por ello se afirmaba

«Precisa no olvidar que aquellos seres que la ciencia penal declara irresponsables son, sin embargo, elementos peligrosos para la sociedad, y que ésta, faltaría a su más fundamental deber de defensa, si de manera muy seria no se preocupara de ellos. Tiene que dedicarles, pues, la misma atención que consagra a la prevención del crimen conscientemente perpetrado y al hacerlo, pone en práctica procedimientos y usos que, aun cuando específicamente distintos, pertenecen siempre a un mismo género de medidas protectoras».⁶

Lo importante entonces, era detectar los *factores* criminógenos, entre los que se encontraba la calle, el hogar desarticulado o inmoral, la miseria, el vagabundaje

«Al estudiar las transgresiones en que incurrían menores, se presentan de bulto varios hechos de innecesaria demostración. Así principalmente, (la) irregularidad constitucional o funcional de la familia, - que se traduce en abandono, descuido, omisión, negligencia o abuso de las obligaciones derivadas de la generación y en positiva anormalidad en el hogar; alcoholismo, vicio, taras hereditarias, con su secuela ineludible de degeneraciones y deficiencias individuales; ignorancia, promiscuidad, pobreza, industrialismo, urbanismo, trabajo de la madre, trabajo del menor en la calle o en medios peligrosos; licencia y pornografía, diversiones ilícitas y juego; y todas las complicaciones de la rápida, libre y urgente vida moderna, que va disolviendo la familia, son causas u ocasión más o menos directa, de la antisocialidad infantil, en la proporción que la estadística universal asigna a cada uno de esos factores. Sería exagerado pretender que el niño, inerme, no resultase víctima de la funesta conjuración de tan poderosas fuerzas sociales, creadoras del mal. Su caída fácil sólo configura su debilidad. Los más temibles delincuentes fueron también un tiempo niños de corazón sencillo, cuyo candor sólo invitaba a la caricia, y no hubieran perdido ese estado original si la sociedad dispusiese y usara los recursos de cuidados eficaces y propios a su conservación. Hasta la predisposición hereditaria negativa es posible anular o siquiera atenuar, mediante la acción educadora y preventiva».⁷

La rígida idea de defensa social es expresada por el Dr. Ildefonso Ballón, Presidente de la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores de 1935:

6 Concha, ob. cit., pp. 13-14.

7 Ballón, Ildefonso E. *Anteproyecto presentado a la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores*. Lima: 1935, p. 25.

«El Derecho Penal moderno puede legítimamente considerarse como antecesor y casi generador del Derecho de Menores, porque en las crisis del ánimo colectivo, - al igual que en la desgracia privada y personal, - aguzada la inteligencia en la angustia producida por la trasgresión violenta del Derecho – que es materia privativa del hasta hoy llamado Derecho Penal – al buscar con vehemencia el remedio de los conflictos, se ha llegado a procurar su solución de dentro de los principios de la defensa social del Derecho (el subrayado es nuestro) – que es en definitiva el objetivo, la razón y la causa primaria de la convivencia humana».⁸

Para ello se reclamaba una reforma que subsanara las deficiencias prácticas y de procedimiento que suscitaba la aplicación de la ley de menores (el Código Penal de 1924), que abrumaba de tarea a jueces y defensores, y proponía la centralización en un organismo tutelar administrativo y la ampliación de las atribuciones de los tribunales, lo que remediaría la

«Simple circunstancia atenuante de culpa de la minoridad, que ha merecido ser objeto de un par de títulos imprecisos en le Código vigente, los relativos a Tratamiento y Jurisdicción de Menores, con subsistencia del criterio penalista y de la intervención de tribunales ordinarios., señalando asimismo la necesidad de una progresiva independización de aquellos juzgados de menores respecto de los tribunales ordinarios; su evolutiva transformación de entidades judiciales en organismos de tutoría paternal, capaces de amparar todos los intereses y derechos de menores, sin excepción alguna, no por resolución impersonal y casi anónima, sino por acción de solícito contacto permanente de un funcionario tutelar; el paso radical del juzgamiento contencioso del menor a su tratamiento psicopedagógico o médico – siempre integral, providente y humano – con determinaciones y medidas cambiantes y circunstanciales, en meditada antítesis de la cosa juzgada, que no tiene cabida tratando de menores, y en razón de que la semejanza de los niños es sólo teoría, y de que cada cual requiere pedagogía o terapéutica sobre medida, sobre el respeto inalienable de su personalidad; el abandono del horror de la cárcel por el hogar acogedor y familiar; el reemplazo del elemento policial por el visitador social, amigo y conductor; del estigma escandaloso y la publicidad de la depravación o del delito y su aislamiento antisocial e inhumano, por la investigación confidencial discreta, por la oportunidad benéfica de educación y regeneración; el tránsito del ocio al trabajo ennoblecedor y bueno para todos; de la pena aniquilante y depresiva a la garantía social de revaloración y elevación; la proscripción definitiva del vocablo delincuente al hablar del menor; en suma, el trueque de la negación impiadosa y oscura por la segura esperanza que anuncia una alborada, son las etapas, las formas y momentos

8 Ballón, ob. cit., p. 22.

seguidos por el flamante Derecho privativo para arrancar al niño del severo dominio del Derecho Penal, del que, deriva el origen más remoto de aquél; curva luminosa de desarrollo que preconizada y recomendada incansablemente, con más o menos uniformidad, con sus votos y aspiraciones por todos los congresos y conferencias del niño, de América y Europa, ha sido también seguida por los diversos países en fórmulas cada vez más precisas, según la política legislativa de cada cual; alcanzando las conclusiones indicadas, carácter definitivo y permanente».⁹

Ballón recordaba en una conferencia sustentada ante el Ilustre Colegio de Abogados de Lima (15 de diciembre de 1933) que el profesor Albo y Marti, decía que cualquier niño podría preguntarse “si ha robado” y solo podría contestarse “aun no”. «Urgía, pues» – sostenía – «evitar que la marca ponzoñosa del mal llegara al alma de los niños».¹⁰ Para evitarlo, se requería una observación individualizada y atenta pues, de omitirse ésta, habría riesgo de que la posible índole criminal del niño pasara inadvertida o de que la desviación del mismo se acentuara en forma determinante del futuro del delincuente habitual.

Por ello, concluía que resultaba imprescindible e insustituible la sanción indeterminada, ya que «establecer reglas fijas o resoluciones a priori eran contrarias a toda lógica por tratarse de una materia en evolución».

Otros autores enfatizaban en el cambio de los términos empleados, rechazando por impropio el termino menor delincuente y, proponiendo su reemplazo por otro más adecuado como niños de conducta anormal, niños – problema, o simplemente abandonados. La idea era que las legislaciones modernas tendían a sustraer al menor del derecho penal, anteponiendo a la función represiva la función preventiva, a la responsabilidad moral la responsabilidad social; al concepto expiatorio, vindicativo y retributivo de la pena las medidas tutelares, curativas, educativas y correctivas. Se proponía la ampliación del Código Penal de 1924 a fin de que comprendiera a aquellos niños desamparados que por no haber llegado ante las autoridades judiciales carecían de toda protección.

Muy posteriormente, tratadistas como Julio Altmann Smithe, confirmaban como una realización los planteamientos doctrinarios de estos precursores, afirmando que

«Desde la expedición del Código Penal de 1924 el menor de 18 años quedó situado fuera del radio del derecho Penal y, aunque parezca paradójico, fue

9 Ballón, ob. cit., pp. 35-36.

10 Ballón, ob. cit., p. 26.

este código punitivo el que, por primera vez en nuestro país adoptó normas legislativas que reflejaban las ideas renovadas que tenían relación con la minoridad. Desde esa época, pues, el menor es inimputable de delito. Satisfaciendo naturales exigencias de justicia, no sanciona al menor peligroso, sino únicamente le aplica medidas de tutela y corrección protectora. Orientación similar acusa al Código de Menores de 1962, aunque ya adopta plenamente los principios del nuevo Derecho Tutelar de Menores. Definitivamente retira del código penal a niños y adolescentes, por conceptuar, con razón sobrada, que este cuerpo legal es inapropiado para ejercer la defensa de la minoridad. Así es que mediante la aplicación de los dispositivos del Código de Menores se procura brindar una integral asistencia y protección a todos los menores, no importa cuál sea su conducta. Todo el sistema que prevaleció hasta 1924 con relación al menor peligroso ha desaparecido y, por ende, hace más de cuarenta años que el menor es inimputable de delito. Nunca es un infractor y, por tanto, no se le puede culpar penalmente. Se ha dejado terminantemente todo asomo de procedimiento penal y son los jueces de menores los llamados por ley para dictar las medidas asistenciales y de amparo legal que sean requeridas en cada caso. Las penas han terminado para estos menores y han sido reemplazadas por providencias tuitivas. Nuestra legislación así lo establece y, consiguientemente han de ser acatadas irrefragablemente».¹¹

Se marcaría así, sin quererlo, durante siete décadas, lo que la criminología moderna llama “selectividad” del sistema penal o “vulnerabilidad” frente al mismo.

2. La etiología

En la década de los '20 comienza a centrarse la etiología en la familia, la cual reunía, para este concepto, los factores biológicos y ambientales causantes de la delincuencia. Importaba poco si ésta se había producido o no, dado que si existían las causas no era necesaria la existencia del efecto, el cual siendo seguro daba lugar a la intervención punitiva, aun antes de su aparición. Esto trae consigo la parificación del menor peligroso, entendiendo por tal tanto al abandonado como al delincuente, todos los cuales reunían el carácter común de la peligrosidad.

En tono dramático, M.G. Abastos exponía la situación en 1923:

«Para explicar la condición en que se halla el niño delincuente, diremos que es un sujeto penal clínico cuyos hechos delictuosos tienen su explicación

11 Altmann Smithe, Julio. *El menor inimputable de delito*. Lima: Consejo Nacional de Menores, 1967, pp. 32-33.

etiológica en una herencia morbosa, en el abandono más o menos absoluto en que ha vivido, en las influencias del ambiente social en que se ha desarrollado, en la falta de educación escolar o familiar, en las alteraciones orgánicas adquiridas, en la relajación de su familia y en la falta de higiene y nutrición, causas todas intervinientes en el delito infantil, por grave o simple que éste sea (...)

Cuando el niño delincuente no es un tarado (alcoholismo, epilepsia, sífilis) la causa principal de la desadaptación de su conducta hay que buscarla en lo que se llama, tratándose de las grandes ciudades, el urbanismo, o sea en la intensidad de la vida de las urbes, que ha sacado violentamente de su centro de tranquilidad y estatismo, sobre todo a la mujer, para lanzarla en la vorágine de la civilización, y en el crecimiento de la industria y la necesidad en que están los padres de abandonar el hogar a su propia suerte, para ir a la fábrica, o en el hecho mismo del trabajo del niño enviado a ésta por sus propios progenitores que ignoran la profunda desviación moral que ese ambiente ha de producir en el espíritu aun larvado del pequeño. Todas estas consideraciones colocan al niño delincuente en el verdadero terreno. El es, en todos los casos, un enfermo psíquico, orgánico o moral que ataca leyes o preceptos que generalmente ignora, porque carece de frenos y de tutela, porque no tiene ideas del bien ni del mal, porque es un instituto desbordado que sin ser el criminal nato de Lombroso, es un pequeño salvaje extraviado por culpa ajena en la vida. De aquí que su presencia ante la ley y los tribunales, como sujeto jurídico penal sea más urgente que la de los adultos, y de aquí también que los legisladores y la sociedad en general deban mirarlo con el interés compasivo con que hay que apreciar a los seres que debiendo ser bellos y frescos, aparecen en la misma mañana de la existencia feos y marchitos». ¹²

Con ello, también se señalaba claramente a los sectores sociales a criminalizar, es decir los sectores humildes o socialmente marginados. Así, por ejemplo, el médico Carlos Enrique Paz Soldan, en su Contribución a la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Menores de 1939, tratando de efectuar estadísticas que fundamenten su tesis sostenía:

«A pesar de la oscuridad en que estamos en esta materia, creemos firmemente que la infancia anormal tiene un lugar preponderante entre nosotros, constituyendo uno de los graves problemas patrios. Basta para presumirlo, pensar en las condiciones desastrosas en que vive la inmensa mayoría de las familias peruanas, con salarios insuficientes, ignorando completamente las más elementales reglas de la vida sana, con esos consumos desorbitados,

12 Abastos, ob. cit., pp. 34-35.

fantásticos, se diría si no lo registraran documentos oficiales, de 5, 1000, 000 kilos de hojas de coca y de 71, 300 hectolitros de alcohol absoluto, por año, y con el hambre, que es realidad doméstica, por doquiera, con raciones mal equilibradas, carentes de proteínas de alto valor protector, y sin luz ni aire en las viviendas, para garantizar el reposo hogareño.

Todo este cúmulo de elementos dañosos, tiene obligadamente que producir generaciones, perturbaciones somáticas graves, factores de criminalidad por anormalidades biopsíquicas». ¹³

La vagancia, la mendicidad, el alcoholismo, la pertenencia a las culturas indígenas, principalmente a la andina, eran considerados los principales factores que intervienen en la generación del delito infantil. Los psiquiatras Hermilio Valdizán y Honorio F. Delgado, en una ponencia presentada en 1922 ante la I Conferencia del Niño Peruano, en la que explicaban porqué «la heterogeneidad étnica de nuestra población es generadora de peligros hasta hoy casi inadvertidos», recomendaba que:

« Nuestra población indígena, tal vez la más numerosa, manteniendo en pleno vigor prácticas y costumbres de remotísimo origen, cuyas fiestas conubiales cuentan la alcoholización en el número de sus elementos indispensables, merece una mayor atención que aquélla que hasta hoy le ha sido dispensada». ¹⁴

Carlos Concha cita casos “comprobatorios” de la influencia hereditaria en el vicio y el crimen y, reproduciendo la afirmación de Despina, expresa que: «la estadística en América ha mostrado que los hijos de alcohólicos están expuestos *diez veces más* que los demás a cometer crímenes o delitos». ¹⁵

Para Carlos Concha también la principal causa fincaba en la familia, en el abandono materia o moral de los encargados de la crianza y educación del niño, ubicando el centro en el ambiente social, por lo que no debía aplicarse sino una medida cautelar.

13 Paz Soldán, Carlos Enrique. “Los fundamentos médico sociales del Código de Menores. Ponencia doctrinal que presenta a la consideración de la Comisión Revisora del Código de Menores”. En *Proyecto de Código de Menores presentado por la Comisión Revisora nombrada por R. S. de 24 de febrero de 1938*. Lima: 1939, pp. 51-52.

14 Valdizán, H. y H. Delgado. Ponencia “La infancia anormal. Estado del problema en el Perú”. En Carlos Enrique Paz Soldán, Secretario General de la I Conferencia sobre el Niño Peruano (editor). *Actas y trabajos de la I Conferencia Nacional sobre el Niño Peruano*. Lima: Junta de Defensa de la Infancia, 1922, p. XC.

15 Concha, ob. cit., p. 21.

Otros, como los doctores Hermilio Valdizán y Honorio Delgado, insisten en las causas y, analizando el factor psico – biológico desde un perspectiva freudiana,¹⁶ afirman que no se lo podía tomar aisladamente dado que había deficientes mentales y no todos delinquían, por lo que el factor psico – biológico solo no determinaba la delincuencia

«Nuestro concepto de la anormalidad infantil es de una grandísima amplitud; no es ella considerada, como lo fuera antaño, con aquella frecuencia limitación que sólo reputaba como tal las morbosis congénitas, en la mayor parte de los casos incurables, sino en el otro, novísimo y bien fundado, que considera asimismo las alteraciones que sólo tienen la posibilidad de estabilizarse en determinadas condiciones, y que son puramente funcionales, psicológicas en su origen, y aun en sus primeras fases; y que por lo mismo son las que mejor pueden beneficiar de la oportuna intervención del médico en la época infantil. En efecto, son infinitos los casos de niños neurópatas, criminales, y aun en apariencia atrasados mentales, que deben sus defectos a causas puramente dependientes de condiciones del ambiente».¹⁷

Más adelante, se desdeñará como factor primordial a la pobreza y la miseria, argumentándose que sólo eran causantes de delitos contra la propiedad, pero que en los países más desarrollados, con mayor índice de ocupación y producto bruto interno, se asistía a un mayor crecimiento de la delincuencia juvenil, por lo que la identificación de la misma con barrios pobres, "villas", "favelas", "barriadas", "pueblos jóvenes", etc, no daba cuenta del fenómeno, ya que las formas

16 Sigmund Freud fue el primero en abordar el estudio de los criminales desde un punto de vista psicoanalítico en el año 1906, cuando pronunció la conferencia titulada "La indagatoria forense y el psicoanálisis"; véase "El delincuente por sentimiento de culpa". En *Obras completas*. Vol. XIV. Buenos Aires: Amorrortu, 1984. A partir de ese momento, otros psicoanalistas como F. Alexander, H. Staub, Paul Schiff, Carl Jung, Alfred Adler y Jacques Lacan realizaron investigaciones sobre la relación entre Psicoanálisis y Criminología. Alexander y Staub, por ejemplo, elaboraron un texto muy meticuloso y ordenado para la comprensión del criminal desde su visión del psicoanálisis, fundamentando su obra en la necesidad de que la justicia pueda comprender al criminal, y estableciendo una clasificación minuciosa de categorías de criminales que básicamente establece tres tipificaciones: el criminal neurótico, el criminal normal y el criminal por causa de procesos patológicos orgánicos; véase Alexander, F. y H. Staub. *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1935. En Latinoamérica, influidos por esta corriente psicoanalítica europea empeñada en reformar la justicia en el sentido de conocer y comprender "los móviles del criminal", un grupo de psiquiatras, entre ellos los peruanos Honorio Delgado y Hermilio Valdizán, se alineó con esta posición. Así, por ejemplo, el uruguayo Carlos Vaz Ferreira investigó, en el año 1929, cómo anticipar y prevenir posibles hechos delictivos que pudieran desarrollar niños con ciertos trastornos específicos, llegando a la conclusión de que, en algunos casos, el complejo de inferioridad en niños puede llevar al delito, puesto que, remitiéndose a la concepción de Adler: "la vida del alma comienza siempre con un sentimiento de inferioridad más o menos profundo"; véase Vaz Ferreira, Carlos. "Contribución del Uruguay a la investigación científica de la criminología". *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 190, julio-septiembre, Madrid: 1970.

17 Valdizán y Delgado, ob. cit., pp. XCV-XCVI.

más frecuentes, graves y asociadas se daban en los centros de ocio de las grandes urbes de consumo y de confort, entre jóvenes de familias pudientes y aun universitarios, entre los que reclutaban algunos traficantes de drogas y bandas; en incursiones por el terrorismo, etc., con lo cual se revela el cambio o ampliación del estereotipo juvenil:

«La condición económica inferior determina una circunstancia de vida, una educación, unas distracciones, que predisponen a la delincuencia. El menor de día no cabe en los míseros cuartuchos, que sus padres, cuando los tiene, suelen abandonar por el trabajo, y como no va a la escuela sino en horas de la mañana o de la tarde, merodea por el barrio asociado a las pandillas que encuentran compensación al sentimiento de inferioridad, inherente a la condición de sus componentes, con la rebeldía a toda norma establecida. De noche, la promiscuidad en la estrechez de todo orden de la casa, le despierta los instintos hostiles y sexuales. No obstante, sea la que fuere la importancia que tiene el mejoramiento de las condiciones económicas, no se puede deducir que ese mejoramiento sea de automática prevención de la delincuencia juvenil, como lo demuestran los países de altas condiciones de vida donde se da también un alto porcentaje de delincuencia juvenil».¹⁸

3. La necesidad del estudio del menor

Asociado con la concepción etiológica, que parificaba a los menores en su estado peligroso, surge el planteo de la necesidad del estudio del menor, precisamente porque de él, y no de su conducta, surgiría la clasificación, base de la medida a adoptar a su respecto.

Tal estudio fue planteado minuciosamente por Carlos Enrique Paz Soldán, ante la Comisión Codificadora del Proyecto de Código de Menores de 1938, haciendo suyos los informes que sobre la infancia delincuente se presentaran a la III Conferencia de la Casa Blanca:

«A despecho de toda la parte de influencia que puede tener sobre estas caídas, el contacto con el medio social, son inevitablemente el delincuente mismo y las modalidades de su mentalidad y de su conducta lo que tiene importancia suprema. Y Treadway, recuerda este pensamiento, que bien pudiera inscribirse como lema, de no importa qué Código de Menores:

18 Chunga Lamonja, Fermín. *Manual de legislación sobre menores*. Lima: 1976, p. 30.

“se debe estudiar estas modalidades y estas impulsiones con la atención mas despierta y más simpática. Es solamente reviviendo, amigablemente, con el niño, un resumen de su vida anterior, siguiendo la concatenación de los tiempos y de los sucesos, como se puede llegar a formar una idea justa de la génesis de sus faltas. El fin es proceder científicamente. Si un estudio así comprendido, de un ser humano, no vale la pena que se le consagre el esfuerzo intelectual más intenso, nada entonces hay en la vida que merezca esfuerzo semejante”.

Tan rica savia ideológica y doctrinal, es la que anima, en los Estados Unidos, al estudio de las anormalidades de la infancia, preludio de las caídas delictuosas. Numerosos organismos universitarios están pendientes del problema. El “Commonwealth Fund”, por ejemplo, consagra atención a este estudio de la prevención de las faltas y delitos infantiles. Las finalidades señaladas a su comité encargado de esta labor son interesantes. Son las siguientes: “1- Desarrollar el estudio psiquiátrico, en las secuelas y en los tribunales de niños, de los menores difíciles, prestos a convertirse en delincuentes o ya delincuentes, y a organizar métodos eficaces de tratamiento, basándose en este estudio”; 2- Ampliar la actividad de los miembros de visitadores del cuerpo docente, gracias a la cual los preciosos contactos con cada niño, que el régimen estadounidense de escuela torna posible desde temprano, pueden ser aprovechados para la comprensión y el desarrollo del niño; 3- Establecer cursos de preparación bien comprendidos para los que deseen trabajar en este dominio y que estén capacitados para semejante labor; 4- Extender, por conferencias y por otros medios, el conocimiento, en el público, sobre las anormalidades de los menores con toda precocidad”». ¹⁹

En el estudio del delincuente juvenil debía recurrirse a la observación directa y personal del menor a fin de reunir todos sus antecedentes que ilustraran sobre sus características, las de su familia, de su infancia, de su escuela, de su capacidad para el trabajo, de las características del ambiente en que ha actuado, en la casa, en el trabajo, y en la calle.

Abastos, para quien el delito no era otra cosa que “un hecho penal clínico”, en la I Conferencia del Niño de 1922, reclamaba la realización del examen sico-fisiológico en el ámbito del proceso judicial del menor:

«La instrucción del proceso empieza con el reconocimiento del menor: Como no siempre los jueces especiales tienen los conocimientos que requiere el examen minucioso de las condiciones psíquicas y orgánicas del niño, para mejor cumplir su delicada función se hallan asesorados por médicos y sicólogos

19 Paz Soldán, ob. cit., p. 53-54.

que, en países tan adelantados como los Estados Unidos, realizan su tarea en institutos sicopatológicos. El examen que éstos llevan a cabo se completa con los informes que recogen los probation officials, hombres o mujeres, retribuidos o gratuitos, dotados de una preparación especial y cuya obligación es hacer la "historia" del niño, conocer sus antecedentes, su medio familiar, escuela, ocupación y vecindad, y proyectar la mayor luz sobre la causa de su comparecencia ante el tribunal».²⁰

Ya en 1914 Carlos Concha expresaba con especial dramatismo:

«¿Puede concebirse mayor desdén por un problema, cuya seriedad y trascendencia preocupa tan hondamente a todos los gobiernos y a todos los hombres?

Nuestros gobernantes hacen daño enorme al país y comprometen el porvenir de las nuevas generaciones, descuidando o relegando a segundo plano las cuestiones de educación pública, una de cuyas fases más interesantes está constituida por la criminalidad infantil, desde que la ciencia moderna ha comprobado que el niño delincuente no es un vulgar criminal merecedor de represión, sino un ser débil a quien hay que fortalecer y reformar para adaptarlo de nuevo a la vida social.

Urge pues que el Gobierno se preocupe de estos graves asuntos y que cese el estado de abandono en que ha vivido hasta hoy la Escuela Correccional de Varones.

(...) Ahora, los rematados –que deberían por lo menos durante el primer tiempo y mientras no ofreciesen pruebas evidentes de su reforma moral, vivir enteramente separados de los simples correccionales - , no estarían sujetos al régimen del Código Penal, si no al de la sentencia de duración indeterminada, de modo que sólo recobrarían la libertad, una vez que estuviesen efectivamente corregidos. El Consejo de Protección de Menores, y que vendría a sustituir con más amplias atribuciones a la Junta de Correccional de hoy, sería el capacitado para ordenar la libertad del joven, pero sólo con la condición de que, éste figurase en la primera categoría de alumnos clasificados por el Director, en atención a la conducta observada.

(...) Consideramos que una reforma semejante a la esbozada, daría excelentes resultados. En primer lugar, ofreceríamos al niño el ambiente puro de familia sobre cuya virtud educadora tanto hemos insistido y ampliaríamos su horizonte poniéndole en contacto con la Naturaleza y enseñándole a cosechar

20 Abastos, ob. cit., p. 36.

sus frutos. Luego, obtendríamos con este sistema que la acción del maestro fuera más directa y activa, que el aspecto moral de la educación se consultara mejor, y que la vida física se desarrollara en un medio de robustez y salud. Finalmente, con la sentencia indeterminada, convertiríamos al menor – estimulado por el deseo de poner fin a su reclusión – en el más eficaz colaborador de su regeneración espiritual».²¹

Este discurso de queja por la falta de establecimientos y el reclamo por la creación de instituciones que nunca cumplieron su objetivo y que de provisorias se convertían en permanentes, será una constante hasta la actualidad entre los “minoristas”. Ese lamento nunca los conducirá a cuestionarse la verdadera función del sistema de justicia juvenil y a plantearse que, tal vez, ese funcionamiento persistía porque así cumplía sus objetivos, sino que sólo los lleva a exigir algo mejor de lo mismo o más medios, los que, por otra parte, nunca llegan.

Fermin Chunga Lamónja, todavía en 1995, decía:

«Para mi modesta opinión el discurso es bueno, la práctica es negativa. Para quien fue Juez de Menores en Lima, para quien ha recorrido más de 220 puntos de la República a lo largo y a lo ancho, la realidad expuesta a través del discurso y la práctica tienen una brecha profunda. Las normas contenidas en el Código Penal de 1924 y en el Código de Menores de 1962 fracasaron porque no hubieron esos tres pilares fundamentales que vengo repitiendo a través de este libro: capacitación, infraestructuras y presupuestos económicos. En realidad el discurso a favor del niño es magnífico, lo que ocurre es que la decisión política, la preocupación ciudadana, es indiferente. No basta un conjunto de normas codificadas, es necesario que éstas normas se hagan realidad».²²

El Cuarto Congreso Internacional de la Asociación de Jueces de Menores (Bélgica, 1954), expresó en sus conclusiones:

«Que el tratamiento de los menores delincuentes debe inspirarse principalmente en el principio de la reeducación, sin olvidar que lo esencial es la forma en que se dictan y cumplen dichas sentencias o castigos; que es difícil pronunciarse a favor o en contra de la exclusión de las penas en vista de las diferencias que existen entre las leyes de los diferentes países; y que el criterio para dictar la sentencia adecuada no debe ser nunca la gravedad del delito o falta, sino la personalidad del delincuente, atendiendo siempre a la necesidad de proteger a la sociedad».²³

21 Concha, ob. cit., pp. 84-85.

22 Chunga Lamónja, Fermín. *Derecho de menores*. Sexta edición. Lima: Jurídica Grijley, 1995, p. 61.

23 Chunga Lamónja, Fermín. *Manual de legislación sobre menores*. Lima: 1976, p. 50.

De ahí se extraía la importancia que adquiriría el estudio del niño para la determinación del tratamiento.

La problemática a enfrentar, de acuerdo a esta concepción, no era tanto cuestión de juristas sino de especialistas en ciencias de la conducta y médicos. Lo importante era el estudio y el diagnóstico para determinar el tratamiento, no el hecho ni la responsabilidad del menor. Pese a ello y demostrativo de que todo el discurso era una justificación para la amplia intervención controladora, la dotación de “técnicos” en tribunales y establecimientos siempre fue pequeña y los establecimientos de “estudio y observación” no dejaron nunca de ser establecimientos de seguridad.

4. La sentencia indeterminada

Concordantemente, si no había que distinguir entre los menores, si lo que interesaba eran las causas que determinaban el estado peligroso, para lo cual lo determinante era el estudio, observación y clasificación de aquéllos; el tratamiento a adoptar tendría como base tal clasificación y, como de lo que se trataba era de la neutralización de las causas a través del tratamiento, éste debía ser necesariamente indeterminado en su duración.

Este planteo viene a culminar la ideología del derecho infantil, del nuevo derecho de menores, de acuerdo al cual éstos estaban fuera del derecho penal, porque lo único que pretendía el Estado era tutelarlos. Como dicha tutela era un bien para el menor y no un castigo como lo quería el derecho clásico, entonces no importaba su duración, ni tenían el menor o sus padres derecho a oponerse al mismo.

Quedaba redondeada la total desprotección del menor frente a la protección del Estado.

Abastos opinaba que lo que el juez dictaba no era propiamente una sentencia

«Después de haber estudiado detenidamente los diversos informes suscritos por médicos, maestros y psicólogos, el juez dicta sentencia. ¿Esta es la palabra? No. El juez de niños más que un juez, es un tutor a quien la sociedad confía el cuidado del menor y que conoce del delito, no para castigarlo sino para hacer el diagnóstico de su enfermedad moral y ordenar el tratamiento a que debe someterse. No hay, pues, sentencia en los tribunales juveniles: el juez es el maestro y el médico: da órdenes y recetas, he aquí todo».²⁴

24 Abastos, ob. cit., p. 39.

De ahí que el juez debía proceder con suficiente amplitud y para ello se necesitaran disposiciones elásticas que puedan amoldarse a las diferentes categorías de menores psicológicamente estudiados:

«Los tribunales juveniles no imponen penas: tan sólo pueden adoptar medidas tutelares y educativas. El estrecho espíritu represivo y expiatorio del viejo Derecho Penal desaparece para dejar lugar a un amplísimo derecho humano de iniciativas cada vez más crecientes y novedosas, todas relacionadas con la más eficaz adaptación del menor extraviado».²⁵

Carlos Concha afirmaba que la condena condicional respondía al criterio ya formado del adulto, mas no a la psicología del niño expuesto a todas las influencias.²⁶

Afirmaba que el Código Penal no había legislado otras medidas que la pena, que no había otras sanciones, por lo que se presentaba el problema de la reforma de muchos sujetos inadaptados, que por sus mismas anomalías individuales, necesitaban para su readaptación, en muchos casos, mucho más tiempo que el monto fijado por el juez en su sentencia, o del límite que fijaba la ley en los casos de disposición, expresando que entonces, para esos casos, estaban las medidas de seguridad, que implicaban la internación relacionada siempre al tiempo del tratamiento completo de reeducación y cura, que para algunos casos no era otra que la sanción indeterminada.²⁷

De igual opinión era Abastos, cuando afirmaba:

«Como se comprende, cuando se trata de verdaderos caracteres criminales, de muchachos profundamente corrompidos, no basta el sistema de libertad vigilada y es conveniente el internamiento en establecimientos adecuados (reformatorios), cuya organización, régimen y funcionamiento responde al único fin de moralizar y reformar a los pequeños delincuentes, que en ellos reciben una educación moral, religiosa, intelectual, profesional y física».²⁸

De allí que se afirmara que la única solución científica fueran las medidas de seguridad, en sus distintas formas: probatorias, reformatorias o eliminatorias en los casos de peligrosidad esencial y persistente, pudiendo variarse el tratamiento ya que la misión del juez no terminaba con el juzgamiento que trae aparejada

25 Abastos, ob. cit., p. 40.

26 Concha, ob. cit., capítulo IV.

27 Concha, ob. cit., capítulo IV.

28 Abastos, ob. cit., p. 41.

la infracción o el abandono, debiendo prolongarse su tutela mientras persistiera o se modificara la situación.

Se destaca el planteo de distinguir el estado de peligro y la peligrosidad intrínseca y la modalidad de encierro hasta que mejoren las condiciones sociales.

«Si en lugar de presuponer el libre albedrío del delincuente se buscara el determinismo de su acto antisocial (en sus anomalías psicológicas y en las condiciones del ambiente) y se calculara su temibilidad (según el peligro que pueda acarrear su convivencia en la sociedad); si no se tuviera la obcecación de castigar al delincuente que se ha supuesto libre de preferir el mal al bien, sería más sencillo y más eficaz asegurar la defensa social contra su actividad morbosa, mediante la segregación en establecimientos apropiados a cada caso especial, según la temibilidad de cada tipo».²⁹

De allí que:

«Los jueces en lugar de dictar una sentencia absolutoria, cumplen su misión ordenando se les interne en un reformatorio, casa de corrección, colonia agrícola o cualquier otro establecimiento de la misma índole por un plazo que debe ser lo más largo posible».³⁰

5. Las medidas

A partir de la década del 30', comienza una crítica hacia las instituciones existentes y un apoyo al sistema de hogares de semi – libertad, los que no llegaron a concretarse.

Se efectuaba la crítica a la rigidez de las instituciones que no preparaban a los menores para la libertad. Se criticaba la vida monótona de los establecimientos en los que se preveía todo, lo que hacía perder la iniciativa y el hábito de pensar, determinando caracteres definitivos y particulares que estructuraban una personalidad determinada, refiriéndose a la mentalidad del *hijo del asilo*.

Esta crítica que subsiste hasta en la actualidad, no llegaba a plantearse la inutilidad de las instituciones totales para el cumplimiento del objetivo programado, sino que llevaba a la conclusión de que debían mejorarse las instituciones. De ahí

29 Concha, ob. cit., p. 14.

30 Concha, ob. cit., p. 16.

que se propugnara la necesidad de la reforma, la modificación de los métodos a utilizar en las escuelas y reformatorios para no anular la voluntad ni el carácter proponiendo los hogares de semi – libertad a cargo de un matrimonio.

Años después, también propiciaba la construcción de establecimientos con sistema disperso o familiar, adaptándolos a las nuevas corrientes de la política educativa correccional, pues si el abandono y la delincuencia minoril –afirmaban– eran consecuencia de la crisis de la familia, resultaba lógico que los institutos sustituyeran en lo posible al hogar que les faltaba, fomentando su individualidad, mostrándose contrario a los anticuados establecimientos de tipo congregado y de excesiva población que existían.

En sus prescripciones revela, no obstante, que el real objetivo, era la vigilancia y el control continuo, proponiendo

«Art. 287.- En todo Hogar Infantil, en cuanto fuere posible, habrá secciones especiales para la separación completa de los detenidos, por razón de edad, motivo de la detención, índole de los menores y de los hechos por investigarse y demás circunstancias especiales importantes de diferenciación de cada caso.

Art. 288.- En el Hogar de varones y en el de mujeres, habrá una casa especial destinada a la observación de los menores, con departamentos de aislamiento, e instalada con todos los elementos científicos, psico – médico – pedagógicos.

Art.- 289.- Los menores ingresarán al Hogar después de ser inscritos, fotografiados, de tomárseles sus impresiones digitales, y demás elementos de identificación, y de ser examinados por un médico y un pedagogo; y permanecerán en la casa de observación por orden del tutor, de acuerdo con la opinión de los técnicos encargados de ésta, hasta que se señale su colocación definitiva.

Art. 290.- Los menores recibidos en el hogar Infantil, que aparezcan acusados como peligrosos serán, a juicio del tutor remitidos a Escuelas de Reeducción, y allí se hará su observación por orden del tutor, si pudiere resultar inconveniente su compañía o su presencia para los otros menores del Hogar.

Art. 293.- El local de la escuela constará de casas o villas independientes, para alojar cada una tres grupos de 25 alumnos cada cual (siempre número impar), y tendrá capacidad general máxima para 600 menores, debidamente clasificados conforma al artículo 287.

Una casa especial, servirá para los menores indisciplinados, los que, siempre debidamente clasificados entre sí, permanecerán en ella, a juicio del Director

de la Escuela, por el tiempo y en las condiciones que él determine, de acuerdo con el reglamento del plantel.

Otra casa, igualmente especial, se destinará a los menores anormales, con las secciones necesarias para la debida clasificación.

Art. 301.- El régimen educativo de todos los planteles indicados será el familiar, correspondiendo especialmente al maestro – jefe de cada casa o villa y más aun al de cada grupo de menores, participar en sus ocupaciones, trabajo y diversiones; ocuparse de su educación individual; inculcarles los principios de moral, necesarios a su regeneración; observar cuidadosamente en cada uno, sus virtudes, aficiones, tendencias y vicios, y los efectos del tratamiento que reciban, y cuanto fuere de interés para los fines propios de la escuela, en bien del menor.

Art. 302.- En cuanto sea posible, se encargará el cuidado inmediato y directo de cada grupo a un matrimonio; correspondiendo al marido la parte principal de la enseñanza y a la mujer, secundando aquél, el orden, aseo y cuidado general del pabellón.

Art.- 309.- Los directores llevarán un libro destinado a registrar la vida entera del menor en el establecimiento, desde su ingreso, principiando por la inserción de la orden o disposición en virtud de la que fuere recibido; las observaciones indicadas en el artículo 301 y el resultado que se vaya obteniendo con el régimen empleado.

Art.- 310.- Obligación análoga corresponde, asimismo a cualquier otra institución o persona, a quien fuere entregado un menor conforme a este Código, para lo que llevará un prontuario, en que se hará las anotaciones indicadas en el artículo 309.

Art. 313.- Un mes antes de vencerse el término de colocación de un menor el Director de la Escuela lo hará presente al servicio respectivo y al tutor, a fin de que se adopte las medidas que afirmen los buenos resultados de la colocación, a favor del menor, o se decida su continuación en la escuela, si así lo aconseja el bien de éste; previa la investigación que fuere del caso.

Pueden igualmente, continuar en el plantel, aun después de acordada su salida, los menores que no fueren reconocidos por sus padres o encargados, si el tutor así lo autorizase».³¹

31 Comisión Revisora Nombrada por R. S. de 24 de febrero de 1938. *Proyecto de Código de Menores*. Lima, 1939.

Difícilmente con tal criterio estos “hogares” podrían asemejarse al hogar faltante.

PROCESO DE DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY

- | | | |
|--------------|---|---|
| 1892 | : | La religiosa Hermelinda Carrera se preocupa por asistir a las hijas de las reclusas de la cárcel de mujeres, creando un asilo anexo. Posteriormente se le reconoce como casa de las educandas. |
| 1902 | : | Se inaugura la escuela correccional para menores que tenía como finalidad reformar a los menores que observen conducta irregular. ³² |
| 1932 | : | Se inaugura un moderno local en San Miguel encargado a la Congregación San Bautista de la Salle, donde funciona el Instituto de Menores de Maranga N° 1. |
| 1938 | : | Se crea el hogar Transitorio N° 1 para albergar huérfanos de 6 a 13 años, se traslada luego a San Miguel, fusionándose con el hogar de menores conocido como “pájaros fruteros”. |
| 1964 | : | Se inaugura el Servicio de Libertad Vigilada orientado a brindar tratamiento en su propio ambiente, sin apartarlo de la familia. |
| 1970 | : | Se crean dos hogares transitorios, uno para varones y otro para mujeres en la ciudad de Lima, para protección a menores de 6 a 13 años. |
| 1971 a 1991: | | Se crean centros de menores que ofrecen internación en varios departamentos con el fin de prestarles atención adecuada sin desarraigarlos de su medio. Existen 24 centros de menores (7 en Lima y 1 en El Callao, 3 en Lambayeque, 2 en La Libertad, 1 en Piura, 1 en Ica, 1 en Huanuco, 2 en Cuzco, 2 en Arequipa, 1 en Tacna, 1 en Puno, 1 en Huancayo), de los cuales dos son los únicos albergues a nivel nacional. |
| 1996 | : | Los albergues e institutos de menores pasan al Poder judicial. |
| 2001 | : | Existen actualmente 32 unidades operativas, en las cuales funcionan Hogares de Niños y Adolescentes en Lima y provincias, hogares para madres – adolescentes, casas hogares y aldeas. ³³ |

32 El presidente Eduardo López de la Romaña decretó la creación de una Escuela Correccional de Varones para “menores” de 10 a 18 años. Se conoció esa institución como la Granja- Escuela de Surco, en donde terminaban muchachos de todo el país. Su fama nunca fue muy buena. En la Primera Conferencia Nacional del Niño Peruano (1922) ya se pedía su total reforma. Véase el artículo de Van Der Maat, Bruno. “Jóvenes y privación de libertad en nuestra historia”. *Justicia para crecer*, n.º 4, octubre-diciembre, Lima, 2006, pp. 10-12.

33 Galindo Fernández, Brisaida y Zegarra Begazo, Giuliana. “La intervención con niñas, niños y adolescentes en situación de abandono”. En *Compartiendo nuestra experiencia de trabajo en INABIF*. Lima: INABIF-PROMUDEH, 2001, pp. 32-33.

Un diagnóstico presentado por Brisaida Galindo Fernández y Giuliana Zegarra Begazo,³⁴ sobre estos establecimientos durante el período estudiado, señalaba en sus conclusiones:

1. La intervención estuvo centrada en brindar protección al niño en situación precaria, abandono social y/o material y expuesto a la violencia. Se ubicaba dentro de una concepción “comprometida” en cubrir y proporcionar todos los servicios básicos, alimentación, vivienda, salud, educación y recreación, evitando toda atención que tuviera contacto con la sociedad, prueba de ello es la incorporación de la educación funcionando al interior de los hogares.
2. El adulto, siempre, pensaba y ejecutaba lo que consideraba él, era “lo mejor”, que debería de tener o recibir el niño y adolescente, tanto en el aspecto de recursos materiales y de logística, como en el aspecto técnico – metodológico y de formación educativa.
3. Las consecuencias de esta política y práctica se evidenciaban en un trato masificante, de minusvalía, de segregación de niños y adolescentes, graficándose en los siguientes íconos: uso de vestimenta tipo uniforme para todos, incluso con un llamativo logotipo institucional, el aislamiento cultural de la sociedad; funcionamiento de colegios “especiales” al interior de dichos establecimientos, siendo que los niños sólo se relacionaban con niños de su propia condición y problemática.
4. El producto fue:
 - Ahondar en la segregación social y hasta familiar
 - La masificación en el tratamiento de los niños y niñas (vestimenta, juguetes, celebraciones, etc.)
 - Institucionalización de la protección al niño y/o adolescente
 - Población “etiquetada” como niños y niñas irregulares, inadecuados, pobres, abandonados
 - No se preparaba a la población infantil y adolescente para egresar y afrontar la vida después del hogar
 - El niño era denominado “el menor”, término peyorativo que denotaba “minusvalía”, “marginalidad”
 - Provenían principalmente de familias maltratadoras, expulsoras, pasivas
 - Los niños y/o niñas no deseaban estar internados, significaba para ellos un castigo, más maltrato, falta de oportunidades, sin libertad
 - No había diferencia entre el puericultorio, albergue, servicio de reorientación del menor infractor, programa de libertad asistida

34 Galindo Fernández y Zegarra Begazo, ob. cit.

- Los profesionales que laboraban en estas instituciones eran denominados como técnicos de rehabilitación, esto determinaba sus funciones y roles
- El ingreso de los menores a los albergues no discriminaba población en situación de abandono, con conductas delictivas ya sea robo, delincuencia, homicidio, adicciones, problemas de salud.

CANTIDAD DE ADOLESCENTES ATENDIDOS POR LOS CENTROS JUVENILES DEL PODER JUDICIAL PERUANO (Hasta setiembre de 2003)

No	Total de Centros Juveniles en el Peru	Sistema Cerrado				Sistema Abierto				Total Global	
		Acumulado	Total Ing Egr		Total	Acumulado	Total Ing Egr		Total	Cant	%
1	Diagnostico y rehabilitación (Lima)	426	61	69	418	0	0	0	0	418	30.3
2	Servicio de Orientación al adolescente (SOA). Para ambos sexos – Rimac (Lima)	0	0	0	0	275	45	40	280	280	20.3
3	Santa Margarita –centro para mujeres (Lima)	47	5	9	43	0	0	0	0	43	3.1
4	Alfonso Ugarte (Arequipa)	83	8	11	80	30	6	5	31	111	8.1
5	José Quiñónes (Chiclayo)	43	4	12	35	45	9	6	48	83	6.0
6	Marcavalle (Cusco)	53	6	4	55	10	1	8	3	58	4.2
7	El Tambo (Huancayo)	54	0	6	48	49	0	0	49	97	7.0
8	Miguel Grau (Piura)	67	2	6	63	31	0	1	30	93	6.7
9	Pucallpa (Pucallpa)	48	8	7	49	68	7	6	69	118	8.6
10	Trujillo (Trujillo)	63	4	7	60	16	1	0	17	77	5.6
	Total	884	98	131	851	524	69	66	527	1,318	100.0
	Estructura (%)				61.8				38.2	100.0	

Fuente: Gerencia de Centros Juveniles del Poder judicial, 2003

Como podemos apreciar en este cuadro, existe una mayor población de adolescentes varones involucrados en problemas con la Ley, en comparación de sus pares mujeres, para quienes existe sólo un centro juvenil cerrado en la capital del país. La gran mayoría de adolescentes infractores se encuentran en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima. Esto obedece a que Lima concentra las tasas más altas de delincuencia juvenil en comparación con el resto del país, así como al traslado de los adolescentes de provincia que no pueden ser atendidos en centros juveniles del interior del país. Por otro lado, se observa un elevado porcentaje de adolescentes que cumplen alguna medida socioeducativa privativa de la libertad, frente al número de adolescentes que cumplen alguna medida no privativa de la libertad. Esto se explica por dos factores importantes. El primero se relaciona con una cultura judicial represivo-paternalista que se orienta por el internamiento antes que por medidas socioeducativas alternativas. Mientras que el segundo tiene que ver con la ausencia de infraestructura dedicada a la atención re-socializadora en medio abierto.

Hasta la adopción del Código de Menores de 1962, los jóvenes podían ser reclutados (o “depositados” como se decía en aquella época) en la Escuela de Surco, en alguna cárcel pública o en un Instituto de Menores/Reformatorio/Centro Juvenil, por tres motivos. Sea que algún juez (común) les haya enviado allí por un delito cometido, sea porque el juez quería prevenir que se cometieran algún delito, sea porque sus padres habían pedido el internamiento. El primer motivo parece normal, los dos otros (la prevención y la solicitud paterna) son más sorprendentes.³⁵

Una vez depositados o reclusos en algún establecimiento, nunca había claridad sobre la fecha de salida, ya que el internamiento, en principio, no tenía plazo determinado, dejando la fecha de excarcelación a criterio del juez. En esos establecimientos no había un plan educativo o resocialización. Se dejaba esos detalles a la buena voluntad de la instancia tutelar y sobre todo a su personal. Los muchachos depositados en el “Albergue Provisional de la Cárcel Pública” eran ocupados en tareas de limpieza y lavado. Los que, en épocas posteriores, terminaban en los Institutos de Menores tampoco recibían una formación adecuada o planificada. Parece que las autoridades esperaban que el internamiento, de por sí, debía tener un efecto positivo en la mente del joven internado.³⁶

35 Véase Van Der Maat, ob. cit., pp. 10-12.

36 *Ibidem*.

El primer Código de Menores de 1962 intentó sacar al joven del ámbito penal adulto. Creaba una Jurisdicción Especial de Menores, no hablaba de privación de la libertad, sino de medida de colocación con tiempo mínimo, etc. Sin embargo, en el fondo, se seguía privando de libertad a los jóvenes en conflicto con la ley. Los códigos posteriores (1992 y 2000) igualmente cambiaban de lenguaje mas no modificaban mucho la realidad en la que se encontraba el joven privado de libertad.³⁷

En cuanto al trabajo con el joven internado, recién en 1997 el Poder Judicial presenta un "Sistema de Reinserción Social del Adolescente Infractor". Sin embargo, este sistema no se viene desarrollando en plenitud por falta de recursos y por otros problemas.³⁸

Incluso después del año 1997 la justicia aplicada a los jóvenes sigue siendo una justicia punitiva en el sentido retributivo, con sólo algunos alcances menores en el ámbito de la rehabilitación y de los discursos programáticos.³⁹ Eso hace aun más importantes las pequeñas experiencias alternativas que vienen surgiendo en el ámbito de la justicia juvenil restaurativa,⁴⁰ si no queremos terminar el segundo siglo de tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley, con el mismo balance que el primero.

37 Ibídem.

38 Ibídem.

39 Algunos "bien pensantes" continúan hoy reclamando modificaciones y mejoramiento de los recursos del sistema, reclamando "más de lo mismo", en la sincera e ingenua creencia de que esa es la causa del fracaso del sistema. Otros pretenden de ese modo legitimar un sistema de control punitivo enmascarado tras un discurso "tutelar", pero todos continúan con un objetivo, explícito o implícito, de defensa social y con una concepción de "estado peligroso", aun cuando no lo fundamenten de modo tan claro y directo como lo hacían los "clásicos" del derecho de menores de varias décadas atrás.

40 Una experiencia digna de mencionarse es el Proyecto Piloto de Justicia Juvenil Restaurativa que se ejecuta actualmente en el Perú por parte de la Fundación *Terre des Hommes* y la Asociación *Encuentros, Casa de la Juventud* en los distritos de El Agustino (Lima) y José Leonardo Ortiz (Chiclayo), en donde se intenta brindar una "respuesta sistémica frente al delito, que enfatice la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades". Acerca de la llamada "justicia restaurativa", "reparativa", "reintegrativa" o "restitutiva", léase por ejemplo, Kemelmajer, Aída. "En búsqueda de la tercera vía". Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>>. La autora desarrolla con amplitud su visión de "una justicia juvenil que reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima y con la comunidad, de modo tal que a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás".

II. REFLEJO DE LA IDEOLOGÍA TRADICIONAL EN EL DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

La búsqueda, a principios del siglo XX, de un lugar para los menores infractores, lleva a plantear la necesidad del tribunal de menores, dado que el entonces vigente Código Penal de 1863, no lo establecía.

Todos estaban de acuerdo en su existencia, así como en un procedimiento no formal, sin audiencias solemnes y con asesoramiento médico y psicológico.

En 1935, Ildefonso Ballón afirmaba que el Tribunal de Menores había introducido en el mundo jurídico prácticas y normas que rompían con el rigorismo doctrinario de épocas pasadas, contemplando el fenómeno de la conducta desde el punto de vista práctico de la convivencia social.¹

Se afirmaba que, en la doctrina, ya nadie discutía la formación especializada del Juez de Menores, con su tarea de acopiar y valorar los antecedentes ambientales, psicológicos y médicos que se juzgaban necesarios para dictar la medida de corrección oportuna, para apreciar las anomalías individuales, la calidad de las actividades antisociales como síntoma de peligrosidad, lo que implicaba un cúmulo de problemas que, forzosamente, el juez debía atender diariamente para adoptar la medida destinada a corregir o amparar al menor. Con una concepción omnipotente, se opinaba que no se podía suplir la especialidad del juez por medio del auxilio de otros profesionales porque se podría dejar guiar por el valor sintomático del delito o de la falta y por los informes incompletos de los auxiliares, por lo cual era necesaria la formación científica del juez de menores quien debía tener nociones de psicología infantil, de medicina mental,

1 Ballón, Ildefonso E. *Anteproyecto presentado a la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores*. Lima: 1935, p. 34-35.

de pedagogía correctiva, de antropología criminal, de psicología judicial.² Ya en 1906 se sostenía:

No es el Juez de los menores delincuentes un jurisconsulto, por tanto, los requisitos que deben exigirse a los jueces encargados de los niños han de ser muy distintos de los que, hasta aquí, todo juez ha reunido. El juez de los menores delincuentes debe reunir las condiciones de todo buen pedagogo, exigiéndole una probada experiencia en el trato con los menores, y sobre todo, con los menores delincuentes; de aquí, el que pudieran y debieran ser elegidos entre los más antiguos y probos funcionarios encargados de los centros de corrección para jóvenes y niños, cuidando de que cuenten con un gran corazón, ya que es obra de amor la que ha de encomendárseles. Al lado de los conocimientos pedagógicos, se les exigirá cuanto reclama la cultura que a todo joven, en general y también en los menores delincuentes, conviene, los de Antropología y, hacer posible, cuantos son necesarios a un médico siquiatra.³

No importaba si se trataba de juez unipersonal o colegiado, porque lo más importante era el procedimiento. De ser colegiado, el tribunal se integraría con un médico especialista y un representante de la organización administrativa de minoridad, debiendo ser presidido por un letrado especializado. Por eso se criticaba que el Código Penal vigente de 1924 no exigiera ninguna formación especial, expresándose que no podía hablarse de un principio de especialización en razón únicamente de la jurisdicción, otorgada por la ley a los jueces de instrucción. Se señalaba que el Código Penal de 1924 había dado un paso importante, siendo una ley de transición, pero que los tribunales carecían de suficientes atribuciones, de personal especializado, de adecuada jurisdicción civil y criminal y de reglas procesales convenientes. Es de señalar que dicha "transición" ha durado, en el sistema nacional, hasta la actualidad.

En el Proyecto de Código Penal de 1918, se preveían tribunales colegiados, compuestos por el juez de primera instancia civil, cuando hubiere varios jueces, el Director de Beneficencia y el Director del Colegio de enseñanza secundaria del lugar, o donde no lo hubiere, el preceptor de escuelas más antiguo, quienes investigarán "los hechos reprimidos como delitos". La composición del jurado experimenta una ligera variación, cuando se trata de delitos graves cometidos

2 Abastos, Manuel G. "Los tribunales para niños". En Carlos Enrique Paz Soldán, Secretario General de la I Conferencia sobre el Niño Peruano (editor). *Actas y trabajos de la I Conferencia Nacional sobre el Niño Peruano*. Lima: Junta de Defensa de la Infancia, 1922, p. 38.

3 Díaz, Benjamín P. *Los menores ante el derecho penal*. Tesis para optar el grado doctoral en Jurisprudencia. Arequipa: Universidad de Arequipa, 1906, p. 12.

por niños de 13 años hasta 18 años; entonces, el juez civil es reemplazado por el juez del crimen.⁴

M.G. Abastos, en su propuesta de 1924, se inclinaba por el juez único, basándose “en que el jurado inspira al niño recelo y desconfianza, en tanto que el juez unipersonal puede ganar fácilmente la confianza del menor”.⁵

El Proyecto de Código de Menores, cuya comisión encargada de su elaboración estuvo a cargo del médico Carlos Enrique Paz Soldán, proponía la creación de un juzgado de menores en la capital de la república y en las capitales de departamentos y provincias, a cargo de un Juez Especial, asesorado por un médico, un pedagogo y un número de visitadores que fueren indispensables. El nombramiento del médico y del pedagogo lo haría el Gobierno a propuesta del Consejo Nacional de Menores. El juez de menores debía ser casado y padre de familia.

La Comisión del proyecto de Código de Menores de 1962, se inclinó por el fuero privativo judicial, desestimando el sistema administrativo, sostenido éste último por los seguidores del Congreso de Higiene Mental, reunido en Londres en 1948, quienes criticaban de que quien determina las medidas de protección no puede ser un magistrado generalmente desprovisto de preparación médico-pedagógica, proponiendo la sustitución por comisiones técnicas de expertos en materias educativas.⁶

En la exposición de motivos del Código de 1962, queda clara esta posición:

«La comisión del Proyecto se inclina por el fuero privativo judicial, no sólo sobre las bases de la legislación de nuestro país, sino en consideración a las funciones específicas de carácter jurídico que corresponden a los juzgados o tribunales de menores, quienes al adoptar medidas sobre el menor que ha infringido las normas de la convivencia, o sea el menor delincuente, tienen necesariamente que juzgar esa infracción sobre bases de derecho, aunque principalmente se atiende a la personalidad del infractor y al medio en que se desarrolla. De otra manera no quedarían garantizados los derechos que corresponden a esa personalidad, ni tampoco el orden de derecho que implica la normal convivencia que se defiende. De otro lado, si se asigna a esos tribunales la función protectora que requieren los menores que se encuentran en circunstancias desfavorables para su adaptación social, también tienen que

4 Abastos, ob. cit., p. 45.

5 Abastos, ob. cit., p. 37.

6 Chunga Lamónja, Fermín. *Manual de legislación sobre menores*. Lima: 1976, p. 40.

tomar medidas que pueden afectar los derechos de los menores o los de sus padres o tutores, si no los garantiza un procedimiento ordenado a derecho: tanto más si para vigorizar esa función protectora se les da competencia en materia del derecho de familia, o del derecho penal por faltas o contravenciones en agravio de menores».⁷

Es también en atención a las “garantías judiciales” que se establece en este código de 1962 una segunda instancia. Se dispone el establecimiento de jueces especiales en la capital de la república y en todas las de departamento, y en las de provincias que fuere necesario, con las calidades de juez de primera instancia, además de la de haber contraído matrimonio y ser padre o madre de familia. También se establecen tribunales de apelación para menores en la capital de la república y en las de departamento, compuestos en la misma forma que los tribunales del fuero común. Las múltiples funciones técnicas deberían ser cumplidas por servicios auxiliares del juzgado; es así que se establecen: el técnico, el de asistentes sociales y la policía de menores, además del de secretaría. El primero implicaba las especializaciones en psicología, psiquiatría y pedagogía, recomendadas por el Congreso de Higiene Mental a que nos hemos referido.

En cuanto a las competencias el Código de Menores de 1962 resolvió que debía abarcar a todas las cuestiones civiles y penales referentes a menores de 18 años de edad, huérfanos, material o moralmente abandonados o autores de delitos o contravenciones. Aplicará además, las sanciones de que sean posibles los adultos por incumplimiento de los derechos de asistencia familiar y contravenciones en perjuicio de los menores:

«... Cree la Comisión que el concepto del problema social que requiere de medidas impuestas por una jurisdicción privativa de menores, debe abarcar ciertas situaciones que demandan intervención y protección, y que, en el afán protector de organismos extrajudiciales, pueden resultar perjudicadas en los derechos que impliquen. Parece acertado calificar a esas situaciones de “abandono” y “peligro moral”; pues es evidente que ellas entrañan condiciones jurídicas que sólo a un organismo judicial pueden competir: el menor en peligro abandonado no tiene representante legal que haga valer sus derechos y requiere de protección; el menor en peligro moral debe ser protegido, pero con resguardo de sus derechos y los de sus padres o tutores. Por otra parte, no se puede negar que esas situaciones bien puede llamárseles de predelinuencia, ya que el menor en ellas está fuera de la normalidad adecuada para

7 Chunga Lamónja, ob. cit. , p. 40.

las actividades sociales y de derecho. Y según la gravedad de esas situaciones y de las características, deficiencias o anomalías del menor, éste devendrá en delincuente potencial. El menor inadaptado será pasible de la jurisdicción, cuando se encuentre en los referidos estados o situaciones, ya que carente de toda asistencia o cuidado (abandono) o eventualmente privado de una y otra, en medio adverso para su normal desarrollo (peligro moral), no tendrá los medios de corrección y adaptación para no convertirse, por lo menos en delincuente potencial».

«En cuanto al concepto relativo a la minoridad, esto es a la edad en que el individuo debe quedar fuera del orden legal penal, el criterio tampoco es uniforme, pero hay uniformidad en cuanto a reemplazar el criterio objetivo que determina una edad a base de consideraciones científicas sobre el desarrollo psicofísico del ser humano. Esta edad, por termino medio, ha sido fijada en los dieciocho años. Así lo establecen casi todas las legislaciones de América Latina y también nuestra legislación penal y los proyectos de Código de Menores elaborados anteriormente».⁸

A pesar de que en el Cuarto Congreso de la Asociación Internacional de Jueces de Menores (Bélgica, 1954) se planteó de manera enfática «que la ley debe conferir facultad de conocer a una instancia especial, en los hechos o casos en que debe adoptarse una medida sin que exista un hecho delictuoso, y en razón de otros síntomas de inadaptación, y que los límites de tales intervenciones sean determinadas con una precisión suficiente, habida cuenta que en el estado actual de nuestros conocimientos, en el dominio de la predelinencia no es posible atenerse a un solo criterio», en el Congreso siguiente de Ginebra (1955), se llegó a la conclusión de que, dada la gran diversidad de costumbres, leyes y de filosofía de los diferentes países, no era posible formular una definición precisa y universal del concepto delincuencia de menores, y aprobó la propuesta sobre el alcance de la resolución del problema, comprendiendo al menor que ha cometido actos considerados como delitos y también a los que están en peligro de cometerlos por sus condiciones o situación social.

Los autores del proyecto del Código de Menores de 1962, se alinearon a esta última posición, con lo cual se perdió la oportunidad de plantear la urgente necesidad de separar la justicia penal de la puramente tutelar-asistencial, dada la amplitud de facultades que debe concentrar el juez de menores único en materia penal.

8 Chunga Lamonja, ob. cit., pp. 42-43.

De todos modos, aun cuando tan amplia y larga discusión no se planteó en el Código de Menores de 1962, para recién aparecer en los debates del Proyecto de Código de los Niños y Adolescentes de 1993, la falta en los hechos de “formación científica” del juez ha sido, después de todo, una ventaja, morigerando la pura y dura aplicación de los principios de este derecho tan especial, cuya significación es la expropiación de los derechos del menor.



III. IDEOLOGÍA Y LEGISLACION

1. Antecedentes

Las contradicciones doctrinarias del siglo XX, en lo que respecta al plano de la justicia aplicada al menor pueden tener su origen en el decreto del 13 de noviembre de 1821, expedido por el Ministro Hipólito Unanue, en el que se refleja la doctrina consagrada por la Revolución Francesa, sobre “los hijos de nadie”, el cual constituye el primer hito que marca en el Perú el nacimiento del llamado derecho de menores: «Los niños expósitos deben encontrar su principal protección en el Supremo Magistrado a que los encomienda la Divina Providencia en el acto mismo que las madres los arrojan de sí a las casas de misericordia». La declaración fijó una línea de pensamiento, un objetivo por alcanzar en la intervención del Estado en la vida del menor.

Coincidente con este momento histórico, las tradicionales doctrinas del Derecho Romano y del Derecho Medioeval, pasaron a los códigos penales de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, que concretaban los principios sostenidos por la Escuela Clásica del Derecho Penal.

La tutela del hombre, la defensa del derecho de los individuos que aparece en la ideología de la Revolución Francesa, y, en toda estructura metafísica del Código Civil francés, la encontramos también en la escuela clásica penal: «La protección del hombre en el Derecho Penal va a realizarse por la benignidad de la sanción, por la abolición de las penas infamantes, perpetuas y de muerte y por una serie de garantías».¹

1 Basadre Ayulo, Jorge. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Editorial Cuzco, 2003, p. 144.

La referida escuela clásica del Derecho Penal estableció diversos postulados. El primero de ellos era que la garantía penal es de carácter legal: *ningún delito debe considerarse tal si no hay una ley previa*. La segunda garantía es de orden principista: *no hay pena sin ley*. La tercera garantía es de naturaleza judicial o de procedimientos: *no hay justicia sin ley, y*, la cuarta es de sanción *no hay pena sin crimen*.²

Algunos fundamentos filosóficos del Derecho Penal en los comienzos y mediados del siglo XIX fueron los siguientes: a) El Derecho penal es público o sea compete al Estado pero no podemos desconocer las libertades individuales aseguradas por la ley.

De allí surge el principio de la legalidad ya mencionado; la prescripción minuciosa de las figuras delictivas; la prohibición de la extensión o analogía de la ley; la fijación del mandato de que ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí mismo, y, la norma en caso de duda estando a lo favorable para el reo; b) la fundamentación racional de la penalidad, que motivó el tono dogmático, sus conclusiones inmanentes que giraban alrededor de los principios del libre albedrío, y, de la imputabilidad moral.

El delito fue concebido así, como un ente jurídico, es decir una situación abstracta. A la conducta delictiva debía corresponderle una pena matemáticamente proporcionada, es decir, también abstracta.³

Esta fue en síntesis la posición que la doctrina penal peruana asumió formalmente y que fue aceptada con entusiasmo por los juristas liberales de la época. Uno de los más ilustres fue don José Gálvez, que enseñaba Derecho Penal en las aulas del Colegio Guadalupe con el nombre paradójico de Derecho Correccional.⁴

Así, el Código Penal peruano de 1862, promulgado por Ramón Castilla y cuyos autores pertenecieron a la escuela clásica, fue el primero en definir el hecho delictuoso, el fin que atribuye al castigo, las causas de los diversos grados de imputabilidad, el sistema que los jueces debían utilizar para dictar sus fallos así como la relación de necesidad entre el acto punible declarado y el castigo cuya penalidad se propuso.⁵

2 Ibidem.

3 Basadre Ayulo, ob. cit., p. 145.

4 Ibidem.

5 Basadre Ayulo, ob. cit., p. 142.

El catedrático del curso Historia del Derecho. Jorge Basadre Grohmann, aclaraba estos conceptos en sus clases dictadas en la casona de San Marcos y decía que esta posición de justicia retributiva, no alcanzó a formar una solución frente a la reincidencia criminal que se daba en muchos casos. A pesar de la apreciación optimista de muchos juristas clásicos tales como el doctor José Viterbo Arias, el Código Penal de 1863 fracasó como una herramienta represiva del delito y más tarde fue testigo mudo del hacinamiento carcelario.⁶

El Dr. Chunga Lamonja refiriéndose a sus efectos en cuanto a los menores sostiene:

« Este sistema fracasó e incluso se considera por sus partidarios en los Códigos Penales como una relevante causa de la denominada delincuencia infantil. Según este sistema, el menor autor del acto que en un adulto sería delictuoso, se somete a detención y enjuiciamiento. La primera se cumple en los cuarteles de Policía, y allí conjuntamente con delincuentes, prostitutas y maleantes, ha de convivir mientras el juez abra el proceso penal ordinario. El menor pierde la vergüenza y se hace cruel. La condena a presidio o prisión se cumple en las cárceles o en las penitenciarías, lo cual hace mucho más grave el mal que origina el sistema. La internación en la forma ya mencionada, degrada al individuo. Nunca ha de olvidar el menor lo que ocurrió en la prisión, y por lo tanto ha de convertirse en una persona humana en ruina material y moral, es como un desmoronamiento de su propia vida; por otro lado esta convivencia con asesinos, ladrones, violadores y criminales feroces, lo que han de “educar” a una mayor perversión, porque en ese lugar, en esa asociación carcelaria ilícita, han de conocer los crímenes, han de discutir los métodos para encontrar mejores resultados al estar libres y evadir mejor la acción policial, es decir, al menor se le convierte en reincidente y avezado delincuente».⁷

2. El Código Penal de 1924

Su antecedente en lo que se refiere a la diferenciación por edades para determinar la responsabilidad penal, lo encontramos en el Código Penal de 1863, el cual diferenciaba a los menores de 9 años; los mayores de 9 y menores de 15 años; los menores de 18 años y mayores de 15; y los mayores de 18 años.

Los menores de 9 años eran considerados como irresponsables criminalmente. Al grupo entre 9 y 15 años, se le favorecía con la presunción legal de irrespon-

6 Basadre Ayulo, ob. cit., p. 145.

7 Chunga Lamonja, Fermín. *Derecho de menores*. Sexta edición. Lima: Jurídica Grijley, 1995, p. 17.

sabilidad. En su caso era necesario probar que el individuo, perteneciente a este grupo, obró con discernimiento para imponerle una sanción penal. En caso contrario, debía considerársele como irresponsable (art. 8, inc. 3). De comprobarse que actuó con discernimiento, el juez debía atenuar prudentemente la pena, debiendo rebajar al menos en dos grados (art. 9, inc. 3 y art. 60). Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad; pero, procedía la atenuación de la pena (art. 10, inc. 2 y art. 57).

De esta manera, la mayoría penal estaba fijada a los 9 años. Los mayores de esta edad caían en el dominio del Derecho Penal en cuanto incurriesen en una acción delictiva; salvo que fuesen menores de 15 años y hubiesen actuado sin la capacidad de discernir. Es así como en la ley se ampliaba el límite de la mayoría penal. Sin embargo, en la práctica sucedía que a los menores de 15 años se les sometía a todo rigor de las formas de enjuiciamiento lográndose que la jurisprudencia admita que dichos menores permanezcan, durante su procesamiento, en libertad; tomándose cuando más contra ellos la seguridad de ponerlos depositados en poder de persona responsable, hasta que se esclareciera en la sentencia, si obraron con discernimiento o no; y si deben ser o no condenados.

Como describe el profesor Hurtado Pozo, este sistema fue adoptado del Código Penal español de 1848-50; el que a su vez seguía el derrotero trazado por la legislación francesa.⁸ En Francia, respecto de los niños de 7 años, se estableció la presunción absoluta de irresponsabilidad penal. La mayoría penal fue fijada en los 16 años, y se estatuyó la obligación de los jueces o jurados de analizar, en caso de los menores de 16 años, si actuaron con discernimiento o no. Si la respuesta era positiva, se le condenaba a una pena atenuada, en razón, justamente, a su minoría. Si se consideraba que actuó sin discernimiento, era entregado a sus padres o confiado a una casa de corrección, hasta que cumpliera 20 años.

En los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema del *common law* se establecía, en principio, una presunción absoluta de irresponsabilidad para los niños menores de 7 años. Esta presunción era relativa para los menores de 14 años y mayores de 7. En este caso, el menor podía ser juzgado por un tribunal de derecho común, según las reglas de este derecho.

Las primeras normas jurídicas referentes a la "tutición" del menor de edad codificadas, las encontramos en el Título XVIII del Libro Primero del Código

8 Véase al respecto Hurtado Pozo, José. *La ley importada*. Lima: CEDYS, 1979, pp. 22-ss.

Penal de 1924, "Tratamiento de menores", a través de los Art. 137 al 149. El tratamiento que se les dispensaba estaba adecuado a la edad. Así, si un menor de 13 años de edad hubiere cometido un hecho reprimido como delito o falta, la autoridad competente, investigará la situación material y moral de la familia; el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su "porvenir honesto". La investigación podía ser completada por un examen médico.

El niño menor de 13 años material o moralmente abandonado o en peligro moral, según el Código Penal, debía quedar bajo el cuidado de una familia o en una casa de educación privada o pública hasta los 18 años. También podía quedar bajo guarda, si el niño de menos de 13 años moralmente no estaba abandonado, después de una "admonición o advertencia a los padres" podía quedar en su familia. En cambio si fuese "pervertido" o revelara "malas tendencias" se le internaba en la "escuela correccional" del Estado hasta los 18 años.

En el caso de un adolescente de 13 a 18 años de edad, infractor de la ley penal, el juez le imponía "medidas educativas" colocándolo en la "Escuela de Artes y Oficios", granja escuela o en una correccional por un tiempo "indeterminado no menor de 2 años". Podía el juez, suspender incondicionalmente la "medida".

Para los infractores "reincidentes", la medida podía ser no menor de 6 años de "educación correccional" si se les calificaba bajo "estado de peligrosidad". Para éstos, debían haber "establecimientos" que los alejasen de otros menores cuya situación era la de "abandonados". Para los enfermos debió existir "casas de tratamiento", especialmente para los "enfermos mentales, débiles de espíritu, ciegos, sordomudos o epilépticos". En fin, considerando al menor "inimputable", se le trató en la normativa con represión.

En el Libro IV, Título V, de los arts. 410 al 416 se estableció la "jurisdicción de menores". Se estableció, en 1924, el Primer Juzgado de Menores (el 1er. Juez fue el Dr. Andrés Echevarría Maurtua). Se encargó esa función en provincias a los jueces civiles, donde hubieran, sino al juez suplente nombrado por la Corte Superior. Se mencionó a "jueces instructores" en cada provincia y de paz como instructores en los distritos.

Se señalaron requisitos especiales para ser juez de menores: casado, padre de familia, y tener conducta irreprochable. Se estableció a los "inspectores de menores"; se legisló sobre la doble instancia: Sala Civil, etc.

Con la adopción del Código de 1924, se produce, en nuestro país un cambio en el dominio del derecho de menores. Como advierte el profesor Hurtado Pozo,⁹ inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hace suyos los principios que en ese entonces estaban en boga que, partiendo de los Estados Unidos de América, ganaba terreno poco a poco en las legislaciones europeas de comienzos del presente siglo.

El paso decisivo, dado entonces, consistió en el abandono del discernimiento como factor diferenciador entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso.¹⁰

Los límites de edad fueron fijados en los 13, 18 y 21 años. Los niños (menores de 13 años) y los adolescentes (mayores de 13 años y menores de 18) fueron excluidos del derecho penal común. Pero no para dejar de tomar con relación a ellos una medida determinada; sino más bien para fijar, justamente, una medida que sea "adecuada" a su situación personal. Respecto a ellos, se coloca al juez ante la siguiente interrogante: ¿Cuál es la medida idónea para salvarlos?, o desde un punto de vista diferente, ¿Cómo hacerlos inofensivos para la sociedad? La aplicación de estas medidas dependía de que el menor se encontrase o no en abandono material o moral, en peligro moral o en estado de perversión moral, o de persistente inclinación a malas tendencias. Por su naturaleza, la medida aplicable se distinguía por ser fundamentalmente curativa o de tratamiento; o por su carácter correctivo-sancionador.

Así, por ejemplo, en el caso de menores de 13 años en estado de abandono material o moral, que hubieran cometido un hecho calificado de delito o falta, la autoridad competente podía ordenar su entrega a una familia digna de confianza, su internamiento en una casa de educación privativa o pública; o, por último en un establecimiento apropiado (asilo, institución de asistencia, Art. 138). Si no se encontraban en abandono ni en peligro, podía dejarlos en poder de su familia, después de admonición o advertencia a los padres y de una reprimenda

9 Ibídem.

10 Emblema de esta confusión conceptual del Código Penal peruano de 1924 y de sus consecuencias negativas es, por ejemplo, el artículo 141, que establecía: "Si, por excepción, el niño de menos de 13 años fuera de manera notable moralmente pervertido o revelare persistentemente malas tendencias, podrá ser colocado en una sección especial de la escuela correccional del Estado hasta que cumpla los 18 años". Puede observarse que esta disposición simplemente conculcaba a los niños y adolescentes la garantía del principio de legalidad propio de la legislación penal de adultos, al imponer una medida no por un hecho punible sino por una aparente peligrosidad social genérica, subjetivamente definida, relacionada con la conducta personal de un niño que todavía no ha transgredido la ley penal.

al mismo niño, o de arrestos escolares (Art. 139). La reprimenda y los arrestos escolares constituyen en realidad, sanciones a la personalidad de los menores. Lo mismo se puede decir en relación a la colocación de un adolescente (mayor de 13 años y menor de 18), que haya cometido una acción reprimida con la pena de prisión, en una Escuela de Artes y Oficios, en una granja escuela o en una escuela correccional (Art.142). El carácter sancionador o correccional de la medida es más evidente en la colocación del adolescente, como autor de un hecho reprimido con penitenciaría o relegación, en una sección especial de la escuela correccional o en una escuela correccional especial (Art. 143).

El carácter eminentemente preventivo de estas disposiciones, basadas fundamentalmente en un aspecto correctivo-sancionador, radica en que son "graduadas" subjetivamente a las características esencialmente personales del menor, y su aplicación depende, no de circunstancias objetivamente evaluadas en función de unos hechos predeterminados como punibles por la ley y debidamente comprobados – *nullum crimen nulla poena sine lege* (principio de legalidad) y *nulla poena sine culpa* (principio de culpabilidad), como límites necesarios al castigo penal -, sino por la condición personal del menor. Para decidirse entre una u otra disposición, el juez de menores debía considerar, en primer lugar, cuál es el tratamiento, la medida puramente preventiva – en razón de la "peligrosidad social" del agente – que "conviene" al menor. Así, cuando la situación del menor lo "exija", es decir cuando su estado de "perversión moral o inclinación marcada a las acciones antisociales" lo requiera, se le aplican las penas más severas, el castigo penal.

Así concebido el sistema de menores a partir de la negación formal del delito y de la pena, lo que realizaba el juez era una vaga justificación ideológica de la legitimidad de las medidas de protección que se fundamentaba en la peligrosidad y en la educación (readaptación social). En concreto, este modelo basado en el discernimiento, devenía funcional a la incorporación de los adolescentes que infringían la ley penal en la categoría de los anormales, y favorecía la creación de tratamientos compulsivos en muchas ocasiones desarrollados en condiciones de privación de la libertad, de la vida familiar y de la vida social.

Se cumplía entonces lo que sostenía Jiménez de Asúa y que luego se va a acentuar como una tendencia firme:

«Debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso (...) como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, o que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay

más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles (al que) debe darse el más amplio arbitrio para determinar la forma en que haga las investigaciones. (El Juez) no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor».¹¹

3. El Código de Menores de 1962

A comienzos del siglo XX, aparece la tendencia de unificar legislativamente los principios del nuevo Derecho Tutelar de Menores, en un código especial que podría denominarse “Código de Menores”, “Código del Niño y del Adolescente”, “Código de la Familia”, etc.. El nombre era lo de menos, toda vez que lo básico era que este cuerpo legal constituyera la norma sustantiva de los derechos de los menores, única y orgánica, aun cuando no existiera opinión unánime para fijar los límites de su radio de acción.

Inspirados en estas ideas, Carlos A. Bambaren y Ernesto Ego Aguirre, dos médicos peruanos, presentaron ante el VI Congreso Panamericano del Niño, realizado en Lima (1930), un voto de singular importancia, mediante el cual se recomendaba a los países de América que aun no poseyeran legislación privativa de menores, dictasen sus códigos de menores, suprimiendo de sus códigos penales los capítulos referentes al Tratamiento y a la Jurisdicción de Menores, por considerarse impropio que en un código punitivo se consignaran disposiciones relacionadas con niños y adolescentes. Este voto fue aprobado unánimemente.

A partir de ese momento, no faltaron en el Perú especialistas que libraron campañas para que se expidiera un cuerpo legal destinado a proteger íntegramente al menor y, desde 1934, comienzan a elaborarse una serie de ante-proyectos. Pero los anhelos de estos precursores sólo se convirtieron en una realidad al ser promulgado el Código de Menores mediante Ley 13968 el 2 de mayo de 1962, que estuvo vigente desde el 1 de julio de ese mismo año hasta el 27 de junio de 1993.

La concepción admitida por el legislador al adoptar el Código Penal de 1924 en el dominio de los menores, ha sido respetada y, en cierta medida, acentuada en la

11 JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Cuestiones de derecho penal*. Quito: Talleres Gráficos Nacionales, 1953, p. 85.

elaboración del Código de Menores de 1962. Las medidas que el juez puede aplicar a los menores son: el cuidado en el propio hogar, la colocación y tratamiento en otro lugar adecuado, la tutela en instituciones de educación, el tratamiento especializado en nosocomios y la tutela y tratamiento especializado (Art.108). Los menores que caen bajo la asistencia y protección del juez son aquéllos que se encuentren en estado de abandono o peligro moral, o que hayan cometido un acto considerado como delito o falta.

Las medidas son impuestas de acuerdo con la edad, la personalidad y la situación del menor. En el Código de Menores se parte de un tratamiento único, en el sentido de que las mismas medidas pueden ser aplicadas a todos (Art. 109, 110,y 113). Sólo en relación con los menores en "estado de peligro moral", que manifiestan "peligrosidad prematura" y que hayan cometido un acto considerado como delito o falta o por otra grave circunstancia, se distingue entre menores de 14 años y menores de 18 años pero mayores de 14. Los primeros serán colocados en una Escuela de Preservación y los segundos en una Escuela de Reeducción, siempre que no requieran un tratamiento especializado, y bajo el régimen de reglas de conducta y vigilancia que señale el juez de menores (Art. 112). Por el contrario, en caso de que un menor cometa acto reprimido, según el Código Penal, con internamiento o relegación por tiempo indeterminado, o cuando se ponga de manifiesto su peligrosidad, será internado en la sección correctiva de la Escuela de Reeducción (Art. 113), sin considerar si alcanza o supera el límite de 14 años.

El juez de menores podía poner término, en cualquier momento, al tratamiento al que se ha sometido a un menor en Escuela de Preservación o de Reeducción si la orden de internamiento no se dictó con un tiempo mínimo y, si el menor ha modificado su conducta podrá así proceder a solicitud del director del establecimiento o de los padres o encargados del menor y previos los informes técnicos del caso.

El Código establecía pautas para la ejecución de las medidas dictadas por los jueces, los que han de dictar por escrito las reglas de conducta y vigilancia para los menores que hayan cometido actos considerados como delitos o faltas y que hayan sido confiados a su propia familia o colocados en un hogar sustituto, sin perjudicar la regular asistencia a la escuela, centro de aprendizaje o de trabajo. En el supuesto que estas reglas sean quebrantadas, los jueces podían dictar las medidas que crean por conveniente y sancionar a los progenitores o encargados de los menores por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Cuando un menor internado en una sección correctiva de las Escuelas de Reeducación cumplía 23 años, podía ser colocado en una sección especial de una escuela de artes y oficios o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo. Si terminado un año de esta situación el Juez recibía información de que el sujeto era apto y poseía disposiciones para trabajar, lo ponía en libertad vigilada, durante un plazo de prueba, sometido a un régimen de buena conducta. Cumplido este término quedaba completamente en libertad. Si el informe señalaba que, durante los tres meses primeros que hubiera estado colocado en alguno de estos establecimientos antes indicados, el menor demostraba incapacidad para aprender a trabajar, o si durante el período de prueba en libertad vigilada se sustrajera a las reglas que se le impuso, el juez dictaba la medida de orden penal o la que estimara más conveniente.

La acción asistencia post-institucional era encomendada a los patronatos de menores.

A partir de esta descripción sucinta del derecho de menores de conducta irregular, es fácil comprender lo alejado que estamos del sistema imperante de 1924. La concepción que inspira a ambos es radicalmente diferente, aunque esta diferencia sea más de carácter formal que esencial, como veremos mas adelante. La primera diferencia con el Código Penal de 1924 es que la minoría de edad ya no constituye una simple atenuación de la pena; en realidad, los menores de 18 años están ahora fuera del derecho penal común. Por tanto, el menor de 18 años es inimputable de delito, pero sí objeto de medidas que importan "protección y defensa". Esto a partir que el elemento discernimiento ha sido eliminado como factor determinante para decidir si al menor debe imponérsele una pena. Sin embargo, es normal que se la tome en cuenta, junto con las demás características personales para la aplicación de una de las medidas previstas en el derecho de menores; pero no como factor para saber si cae o no en el derecho penal.

Este cambio con respecto al código Penal de 1924 supone en buena cuenta una suerte de "sinceramiento" de la justicia de menores, vale decir con respecto al modelo basado en el discernimiento del menor que ya sentaba las bases para la prescindencia de la garantía de la culpabilidad en el proceso penal, ampliándose de esta forma el antigarantismo del control penal de los menores.

Se puede constatar la similitud esencial entre los conceptos del Código Penal de 1924 y el Código de Menores de 1962. En ambos cuerpos legales, la naturaleza del acto cometido, la manera como procedió el menor infractor, la comprensión que tuvo respecto a su accionar, no tienen más importancia que la

de síntomas, de allí que en el Art. 137 del C.P. se dispusiera que “la autoridad competente investigará la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto”, y de que esta investigación podía ser completada por un examen médico. En el Código de Menores se dispone de manera más general, que el juez de menores debe comprender, en su investigación “el estudio de la personalidad del menor, sus características psicofísicas y el análisis de los factores endógenos y exógenos que han podido determinar la conducta irregular del menor, investigación de carácter reservada” (Art. 94).

4. El Proceso de Reforma Normativa

A partir del Código de los Niños y Adolescentes de 1993, se viene produciendo en el Perú un proceso de adecuación sustancial de la legislación interna a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Este Código reemplazó al derogado Código de Menores, promulgado por Ley Autoritativa 13968 del 2 de mayo de 1962, en vigor desde el 1 de julio de 1962 y que en su época fue considerado un gran avance, porque significó « el reconocimiento del Derecho Especial de Menores como una rama autónoma de las Ciencias Jurídicas», según opinión del jurista venezolano Carlos Angarita Trujillo.¹²

Empero, el Código de Menores con el transcurso de los años fue desnudando deficiencias, vacíos e incoherencias en contraste con la realidad nacional, al tiempo que muchas de sus disposiciones devenían meras declaraciones líricas y las instituciones creadas quedaban sólo en el papel, al no reglamentarse o no entrar en funcionamiento, ni asignárseles las rentas requeridas para hacer efectiva la asistencia a la infancia, situación que se agravaría cada vez más en tanto se acentuaba la crisis económica en nuestro país.

Por otro lado, frente a la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral a la Infancia, el Código de Menores, de “avanzada” en su tiempo, se convirtió en obsolescencia práctica y, la necesidad de su reforma devino perentoria, máxime habiendo ratificado el Perú la Convención sobre los Derechos del Niño y comprometido a adecuar la legislación nacional a esa normatividad que, por

12 Sevillano Altuna, Edwin y Victoria Mendoza Otiniano. *Código de los Niños y Adolescentes. Protección integral*. Trujillo: Normas Legales, 1994, p. xviii, Introducción.

mandato constitucional, adquirió el carácter de ley de la República y, como tal, de obligatorio cumplimiento.

La necesidad de reformar el Código de Menores se había puesto en evidencia desde el año 1975, con la designación de una Comisión encargada de proponer medidas para la modificación de la legislación de menores, mediante una resolución del primer ministro.¹³

Posteriormente, se designaron otras comisiones encargadas de revisar el Código de Menores, por resoluciones del Ministerio de Justicia, en 1981,¹⁴ en 1985¹⁵ y en 1989.¹⁶ Finalmente, por ley 25296 del 31 de diciembre de 1990, el Parlamento delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar un nuevo código.

Mediante una Resolución Ministerial¹⁷, el Ministerio de Justicia nombró una Comisión Técnica encargada de la redacción de un proyecto de Código de Menores adecuado a la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha Comisión estuvo presidida por la asesora del Despacho Ministerial de Justicia y fue integrada de un modo interdisciplinario por personas provenientes de instituciones públicas y privadas, del Poder Judicial, del Ministerio Público, de los colegios de abogados y de universidades. Ello permitió el aporte de diferentes perspectivas y experiencias de trabajo con los niños y adolescentes del país.¹⁸

La Comisión, con el apoyo de UNICEF, elaboró el anteproyecto en el plazo de noventa días que se le confirió. Como parte de una labor de derecho comparado, se tomó en cuenta el novísimo Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil, los códigos de Ecuador y Colombia, y algunos anteproyectos de legislación internacional adecuados a la Convención sobre los Derechos del Niño de diversos países de América Latina.¹⁹ Fruto del trabajo de la Comisión fue el anteproyecto publicado en noviembre de 1992 en el *diario oficial*, que fue sometido a consideración de la comunidad jurídica del país. Luego de la realización de foros de debate y de la incorporación de los principales aportes de especialistas y de diversos agentes

13 R.M. 0100-75-PM/ONAJ

14 R. S. 081-JUS del 22 de setiembre de 1981.

15 R. M. 212-85-JUS.

16 R. M. 100-JUS del 14 de febrero de 1989.

17 R. M. 505-92-JUS.

18 Comisión encargada de elaborar el proyecto del Código de los Niños y Adolescentes. *Exposición de Motivos del Código de los Niños y Adolescentes*. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. Lima: 1996.

19 *Ibidem*.

involucrados en la problemática de la infancia, el gobierno peruano derogó el Código de Menores de 1962 y aprobó mediante Decreto Ley 26102 del 28 de diciembre de 1992 el Código de los Niños y Adolescentes, que entró en vigencia el 28 de junio de 1993.²⁰

A partir de la aprobación del Código, el Ministerio de Justicia, el antes denominado Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH), y diversas instituciones como UNICEF y la agencia sueca Radda Barnen, han contribuido a su difusión, aplicación y reconocimiento en el país y en el ámbito internacional.

En su conjunto, este Código representó un gran avance legislativo a nivel latinoamericano, siendo el tercer código que se adecuó a la letra y al espíritu de la Convención, antecedido sólo por el *Estatuto da Criança e do Adolescente* de Brasil, aprobado por Ley Federal 8.069 del 13 de julio de 1990, y el Código de Menores de Ecuador, promulgado el 4 de agosto de 1992.

El Código de 1993 constaba de 266 artículos distribuidos en cuatro Libros, un Título Preliminar con diez artículos, ocho Disposiciones Transitorias y cinco Disposiciones Finales.

A lo largo del Código se desarrollan en el ámbito de la infancia los principios y garantías fundamentales de las personas contenidos en la Constitución Peruana, con lo cual se constitucionaliza el derecho de la infancia.

Se busca impedir la criminalización de la pobreza, al contener, entre otras disposiciones, la prohibición de declarar el estado de abandono por meros motivos vinculados a la carencia de recursos materiales.

En lo normativo, se produce una separación neta entre las consecuencias de la comisión de un acto infraccional, de los hechos vinculados a los problemas llamados de carácter tutelar y se desarrolla un marco racionalizado de políticas para la infancia.

La ley es un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquéllos en circunstancias particularmente difíciles. Los niños y los adolescentes son considerados sujetos plenos de derecho.

20 *Ibidem.*

Se instaure un sistema de justicia especializado, precisando la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos de los niños y los adolescentes, con lo cual se le devuelve a la función judicial su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica.

Se otorga asimismo una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.

Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio seguridad-justicia.

Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión –debidamente comprobada- de delitos o infracciones.

Se instaure el proceso único en materia civil.

Se crea el instituto de la remisión.

Por otro lado, el Código, nacido a la luz y al espíritu de la Convención, ha contribuido a generar un conjunto de cambios significativos, pues al amparo de sus normas han sido creadas numerosas instituciones públicas y sociales especializadas en la promoción y protección de los derechos de la infancia, como son los Juzgados y Fiscalías Especializadas de Familia, el Ente Rector, las Defensorías Municipales del Niño y del adolescente (DEMUNAS), y las Defensorías en diversas organizaciones, la Policía Especializada, la Secretaría Técnica de Adopciones y los Programas de Educadores de los Niños de la Calle, entre otros.

Además este Código ha alentado innumerables acciones de diversas instituciones públicas y sociales así como de organismos de cooperación internacional que han contribuido decididamente en la gestión de un movimiento social sensibilizado y comprometido frente a la situación de grave violación de los derechos fundamentales de la niñez en el país.

Sin embargo, siendo grande la inquietud en el Perú por perfeccionar y desarrollar aun más sus normas en favor de la vigencia plena de los derechos de niños y adolescentes, se impulsó su reforma dando lugar al denominado Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337 del 21 de julio del 2000), vigente a partir del 8 de agosto del 2000.

En efecto, en 1999, en el seno de la Comisión de la Mujer y el Desarrollo Humano del Congreso, se constituyó un Grupo de Trabajo Consultivo, conformado por miembros del Congreso y representantes del entonces PROMUDEH, del Poder Judicial, del Ministerio Público, de UNICEF y de instituciones de la sociedad civil, par revisar, actualizar y proponer modificaciones al Código de los Niños y Adolescentes.

El Código reformado consta de 252 artículos distribuidos en cuatro libros. El Libro Primero trata de los Derechos y Libertades; el Libro Segundo, del Sistema de Atención Integral al Niño y Adolescente; el Libro Tercero, de las Instituciones Familiares; el Libro Cuarto, de las Reglas de Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente. Esto demuestra que no ha habido un cambio sustancial en la forma ni en el fondo respecto del Código de 1993. En realidad más que un nuevo Código, se trata de una actualización normativa que busca adecuar algunos principios procedimentales a la institucionalidad vigente. El desarrollo y análisis de este tema sin embargo sería materia de otro trabajo.

Para terminar diríamos que con la entrada en vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su correlato el Código de los Niños y los Adolescentes de 1993, se abre una nueva etapa en el recorrido histórico referido a la percepción y el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores, el mismo que siguiendo a Emilio García Méndez,²¹ ha transitado por tres grandes etapas:

- a. Etapa de carácter indiferenciado, en la que las personas menores de siete años de edad eran equiparadas en sus actos a los animales, y a partir de dicha edad recibían prácticamente el mismo tratamiento que los adultos. El castigo por sus conductas violatorias de la ley penal se diferenciaban únicamente en la duración de la pena, que se disminuía en un tercio.
- b. Etapa de carácter tutelar. Se originó en los Estados Unidos de América a fines del siglo XIX, liderada por el Movimiento de los Reformadores, como respuesta a una profunda indignación moral por las condiciones carcelarias y de promiscuidad de los niños y adolescentes, que se alojaban en las mismas instalaciones que los adultos.

21 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. San José: UNICEF, 2000, p. 21.

La nueva normativa se inspiró en el *positivismo criminológico*, que comprendía a la pena como « la respuesta científica a una “anormalidad” del delincuente (biológica y social) y concebía el procedimiento como una investigación de la misma naturaleza, con el objeto de producir la respuesta adecuada».²²

Como forma de lucha contra la promiscuidad, se dispuso en la ley que los menores de edad estuvieran separados de los adultos, considerándolos *incapaces* y, por tanto, *objeto de tutela-compasión-represión*.

Desde esta concepción se construyó el paradigma de la *situación irregular*, en la que los menores eran considerado objeto de tutela. El juez actuaba discrecionalmente (*como buen padre de familia* que concentraba simultáneamente la función de juez, padre, acusador, decisor, y protector) ante conductas determinadas denominadas *antisociales* (no necesariamente antijurídicas). El procedimiento era inquisitivo, no reglado; las decisiones judiciales no eran fundamentadas. La privación de libertad indeterminada en el tiempo era la regla, bajo el nombre de *internación*.²³

- c. La Tercera etapa surge como consecuencia de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, inspiradora de la concepción de la *Doctrina de la Protección Integral*, que concibe a los menores como sujetos de derechos y, por tanto, progresivamente responsables por sus actos, en la medida de su crecimiento y madurez. La discrecionalidad bondadosa, las prácticas «tutelares y compasivas» y también las «autoritarias y criminalizadoras de la pobreza» comienzan a ser desplazadas por la «justicia garantista».²⁴

Esta concepción implica el reconocimiento de niños y adolescentes como sujetos de derechos y, en consecuencia, como titulares del derecho al debido proceso, en todas las actuaciones públicas. Se contempla la posibilidad de que a partir de determinada edad sean juzgados y responsabilizados por sus actos, con las garantías del derecho penal, pero siempre atendiendo a sus características específicas, como personas en etapa de crecimiento.

22 García Méndez, ob. cit., p. 13.

23 *Ibidem*.

24 García Méndez, ob. cit., p. 30.

IV. SITUACIÓN IRREGULAR: UNA CONCEPCIÓN QUE NO TERMINA DE MORIR

1. Utopía¹ y democracia: los significados del nuevo paradigma

1.a. El significado para la Criminología

Para comprender bien el tema de la detección social o lo que es considerado como niños, niñas y jóvenes, es necesario conocer el enfoque criminológico.² Es decir, cómo el tema de la desviación o de la delincuencia ha sido tratado en general desde la Criminología; puesto que de acuerdo al paradigma con que la cuestión sea abordada, distinto será el tratamiento del fenómeno. En el análisis del fenómeno criminal o la desviación encontramos simplemente dos enfoques.

1 Utopía en el sentido expresado por Ferrajoli de “liberarse de la falacia realista de la reducción del derecho al hecho, que sigue pesando aún sobre ella bajo la forma del «principio de efectividad», y asumir como tarea científica y no sólo política la crítica jurídica de las dimensiones de invalidez y falta de plenitud del derecho vigente y la formulación de las garantías del derecho futuro”. En “La soberanía en el mundo moderno”. En *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, Introducción.

2 La llamada “delincuencia juvenil” ha sido, durante el siglo XX, uno de los campos en los que la investigación criminológica más ha trabajado, y en los que se han logrado verificar o formular varias críticas a los sistemas penales, y de menores como subespecie de estos. Precisamente, teorías y enfoques como el de las subculturas, la asociación diferencial, técnicas de neutralización, y el etiquetamiento, no sólo fueron aplicados al estudio concreto de la denominada “desviación”, sino que sus conclusiones posibilitaron la inversión de la mayoría de las afirmaciones o suposiciones ligadas a la ideología del sistema penal, facilitando el camino para la construcción de una teoría crítica del poder penal. Para revisar este recorrido y los intentos por potenciar una crítica teórico-práctica del poder penal contemporáneo, se recomiendan los siguientes textos: Baratta, Alessandro. “Criminología crítica y política criminal alternativa”. En *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México D. F.: Siglo XXI, 1986; Pavarini, Massimo. *Control y dominación*: México D. F.: Siglo XXI, 1983; Larrauri Pijoan, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2000; Taylor, Ian; Paul Walton y Jack Young. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Segunda edición. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.

El enfoque positivista que surge con la aparición de la Doctrina de la Situación Irregular a comienzos del siglo pasado, con las teorías patológicas de la criminalidad que explicaban el fenómeno criminal basado en características biológicas o psicológicas que diferenciaban a los sujetos criminales y a los individuos "normales".

Esta es la terminología positivista que predominó a fines del siglo XIX y comienzos del siglo pasado, pero que tiene efectos, incluso más cercanamente. Para esta concepción el desviado o el delincuente es un individuo diverso que puede ser observado en forma clínica; éste es el llamado paradigma etiológico de la criminalidad positivista: lo que se hacía hasta entonces era observar a las personas que se hallaban detenidas, para definir las como delincuentes.

El estudio de las causas dentro de esta concepción patológica y las distintas orientaciones se trazaron desde los factores biológicos a las causas psicológicas, a las causas sociales, siempre tratando de buscar las causas de la delincuencia. La pena en esta concepción, por la respuesta desde el aparato del Estado, es un medio de defensa social; en el caso de los niños, niñas y jóvenes la intervención en esta concepción debía darse cuando se presentaban las causas que fatalmente determinarían a que esos niños o jóvenes llegaran en algún momento a ser delincuentes o desviados cuando fueran adultos.

La defensa de la sociedad requería la tutela y la protección - control de la infancia y, en este sentido las carencias básicas (salud, educación y vivienda), en vez de tomarse como privación de derecho, se tomaban como factores de una futura desviación y como causa de la delincuencia. Esto da lugar al nacimiento del Derecho de Menores, el cual, si observamos la bibliografía tradicional o antigua, vamos a ver que siempre se enfoca desde la prevención de la delincuencia y observamos el rígido concepto de estudio, clasificación, observación, internación, tratamiento, precisamente porque había que combatir estas causas que determinaban la comisión de conductas desviadas e, incluso, las situaciones en las que los niños resultaban víctimas de privación de los derechos humanos básicos, situaciones de pobreza, de falta de educación, etc., en vez de tomarse como violación de los derechos del niño se tomaron como causa de una futura delincuencia en esos jóvenes y niños.

Nace entonces la concepción de la *Doctrina de la Situación Irregular*. El elevado nivel de la delincuencia demuestra que pese no obstante a que mucha gente comete delitos, no todos están definidos como delincuentes y sólo se considera delincuente al que haya recibido una pena, estos rótulos de delincuentes se apli-

can a determinados sectores de la población y, en general, si nosotros tomamos las estadísticas de cualquier país del mundo, vamos a ver que en general las estadísticas nos hablan de gente que pertenece al estrato más humilde de la población y que otros delitos mucho más importantes cometidos por otros sectores sociales resultan impunes al sistema de justicia.

Se cuestiona esta teoría rígidamente determinista, etiológica y aparece la nueva perspectiva criminológica que se conoce como el enfoque de la reacción social que cuestiona esa tradicional definición de desviación o delincuencia, acentuando, por el contrario, el carácter constitutivo que tiene toda reacción social o reacción penal respecto de la cualidad desviada de determinado comportamiento.³

Desde este punto de vista, el hecho que los autores de ciertos comportamientos lleguen a ser objetos de la reacción de los organismos de represión penal que influyen sobre la realidad social de la desviación y sobre la consolidación del status de delincuente en la persona es debido al efecto estigmatizante de la acción penal. El status social del delincuente no es una realidad que esté preconstituida respecto de las reacciones institucionales y esto lo podemos ver en aquellas personas que han cometido conducta desviada pero que no han llegado a ser definidas como delincuentes: su status permanece invariable a pesar de la comisión de esa conducta. Desde nuestra percepción, tendemos a decir *delincuente* no al que comete delito sino a aquéllos a quienes han sido definidos como *delincuentes*.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la desviación se evidencia no por el hecho en sí, porque para cada una de las acciones desviadas es posible encontrar innumerables acciones que no son tenidas en cuenta o que no se nos presenta evidentemente como desviadas o que lo son de acuerdo a las circunstancias. Las instituciones entonces actúan distinto respecto a los hechos definiendo su naturaleza y estado social y cultural. De todos los que cometen delitos o conductas desviadas, sólo algunos que son pertenecientes a los sectores más humildes de la población, son seleccionados y definidos como delincuentes, esto es lo que se denomina en Criminología *los sectores vulnerables a la acción del sistema penal*. En el caso de los niños, niñas y jóvenes también se les considera como conducta desviada cuando es llevada a cabo por aquellos que pertenecen a los sectores

3 Es la perspectiva que da marco a la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia. Como señala Michel Foucault, «se trata de comprender no cuál es el Poder que pesa desde el exterior sobre la Ciencia, sino qué efectos de Poder circulan entre los enunciados científicos». *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 1988, pp. 9-10.

más humildes y esto nos sucede a nosotros cotidianamente, cuando la misma conducta de un sector social alto, en general, no va a dar lugar a la acción del sistema de justicia sino que se da en la oficina o en el consultorio de un psicólogo; esa misma conducta en otro niño perteneciente a un sector humilde, será probablemente tomada como una conducta desviada y como un niño en peligro material o moral.

Frente a este paradigma, estudiar la desviación significa estudiar aquellos procesos de definiciones, el control social es lo que se estudia, la forma como la sociedad trata de responder a los comportamientos de las personas consideradas como desviadas o problemáticas, amenazantes, peligrosas, etc. La respuesta asume diversas formas: castigo, tratamiento, prevención, segregación, reforma, resocialización, y el comportamiento es calificado entonces como crimen, delincuencia, inmoralidad, perversidad, maldad, o en el caso de la Doctrina de la Situación Irregular como situaciones de abandono, de peligro material o moral o problemas de conducta. Las personas a las cuales se les aplica la represión son definidas como criminales, peligrosos, enfermos, rebeldes, etc.⁴

En el ámbito del Derecho de Menores esa acción de la reacción social ha sido concebida como tutela o protección. En nombre de la tutela y de la protección, el resultado de la aplicación de la Doctrina de la Situación Irregular, ha sido la cantidad suficiente de niños institucionalizados, porque en realidad en todas las leyes tradicionales no se posibilitaban muchas respuestas como las que ahora tiene el nuevo código, sino que las leyes tradicionalmente decían que el juez podrá internar al niño, cuando mucho dejarlo en libertad vigilada, o sino tomar cualquier otra medida, pero sin estar previstas medidas alternativas a la internación. Surgía un problema social de carencia, las respuestas eran las mismas: estado de abandono, peligro material o moral, o infracción a las leyes penales, las mismas que determinaban "la tutela", pero que en realidad y en esencia no consistían en otra cosa que en alguna forma de privación de la libertad.

El resultado concreto de esta historia es que se privó a los menores que infringían la ley penal de toda una serie de garantías, de las que son titulares los adultos, con lo cual, esa pretendida tutela determinó que se mezclaran los problemas, es

4 Michel Foucault analiza la creciente "psiquiatrización", que sería en cierta forma la confirmación de que hay un origen común entre delincuencia y locura porque ambas crean "desadaptados sociales" que deben ser curados. Por otro lado, señala que la cárcel es un sistema de poder tanto como el de la fábrica, el cuartel, la escuela, etcétera; y que en todos estos lugares hay poderes ejerciéndose contra grupos de gente impotente. Véase, por ejemplo, *Vigilar y castigar*. México D. F.: Siglo XX, 1976.

decir que se penalizaran los problemas sociales, que se socializaran los problemas criminales y en la práctica el menor resultó privado cuando era sometido a un proceso penal, de todas las garantías que incluían la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

En el esquema de la Doctrina de la Protección Integral no se parte del menor infractor de la ley, sino del respeto a los derechos básicos de la infancia y de todos sus derechos individuales frente a la intervención punitiva del Estado, pretensión punitiva que puede llamarse pena o medida tutelar, pero implica, en realidad, privación de derechos y si hay privación o restricción de esos derechos es una respuesta de contenido penoso que debe estar rodeada de todas las garantías que tiene cualquier ciudadano que está sometido a la acción del Estado que le va a restringir algún tipo de bien jurídico.

En el Perú, ha sido de tal intensidad y dominio la cultura hegemónica con respecto al menor que a nadie se le ocurrió plantear que la legislación de menores era notoriamente inconstitucional.

Luego de lo ocurrido durante más de siete décadas, aparece un nuevo marco, que cambia el paradigma hasta ese entonces vigente: los primeros instrumentos internacionales de Derecho del Menor sobre todo la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing sobre la Administración de Justicia de Menores y las Reglas y Directrices de Ryad, todas sancionadas por Naciones Unidas. En los mismos, se plantea la devolución de las garantías a los niños, que el niño imputado de infracción a la ley penal tiene el derecho de un debido proceso con todas las garantías porque es un ciudadano. Se trata de concebirlo como sujeto de derecho y no como objeto de tratamiento y, en lo que respecta a su situación de carencia, debe ser sujeto de políticas y programas sociales a fin de cubrir aquellas necesidades básicas insatisfechas que implican violación a los derechos humanos básicos (educación, vivienda, salud, etc.).

Con este nuevo paradigma se le devuelve a la justicia de menores su verdadero rol que es el juzgamiento mediante un debido proceso en el caso del menor infractor de la ley penal y la de dirimir conflictos de índole civil en el caso que haya un problema jurídico en ese ámbito.

Hay una norma expresa que expone uno de los principios que trae la normativa de Naciones Unidas y es la prohibición de sacar al menor de su familia, de algún modo, restringirle su derecho por problemas vinculados exclusivamente a la falta de recursos económicos. Esto resulta muy importante porque en el Perú la mayor

intervención del sistema de justicia de menores se traduce en el mayor número de encierros, esto dado a problemas de índole asistencial.⁵

Refiero una estadística para ilustrar la realidad. En el Perú durante el año 2001, la justicia de menores determinó la intervención de 1495 menores, de ellos el 93% fue intervenido por problemas de tipo asistencial, es decir ligado a carencias, sólo el 7% por comisión de infracción a la ley penal.⁶ Lo que vemos es un sistema de justicia que trata de funcionar para cubrir carencias de tipo económico o problemas de tipo social que tienen que ser asumidos por el Estado mediante programas específicos y mediante la no superposición de recursos, porque nuestro país es muy pobre y se piensa comúnmente que porque no tenemos recursos el sistema jurídico funciona mal.⁷ La mayoría de las veces no se trata de mayores recursos sino de nuevas respuestas.

La institucionalización es muy cara en costo niño – internado, y es muy cara a nivel de un futuro por los resultados que se logra, pero además existe una duplicidad de recursos. Si nosotros logramos entrecruzar todos los programas del

5 La expedición de medidas no carcelarias en la sanción a adolescentes infractores, tal como lo con-
signa el Código de los Niños y Adolescentes, tiene escasa difusión. De acuerdo con la estadística,
hasta diciembre del 2001, mientras 987 adolescentes (66%) se hallaban internos, solo 508 (34%)
se encontraban bajo un sistema abierto. Esto confirma la necesidad de generar una mayor aplica-
bilidad de medidas socioeducativas y de reinserción que faciliten la continuidad de la vida social y
familiar de los adolescentes. Véase Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano
(PROMUDEH). Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAI) 2002-2010. Lima:
PROMUDEH, p. 43. Disponible en <[http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/peru/federal/de-
lamujer/planaccion/plan-accion-2002-2010.pdf](http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/peru/federal/de-
lamujer/planaccion/plan-accion-2002-2010.pdf)>.

6 Ibídem.

7 De hecho, conforme a los escasos datos estadísticos que se conocen sobre niños y adolescentes
intervenidos por la administración de justicia, los adolescentes infractores son en su gran mayoría
provenientes de los sectores de pobreza crítica de nuestro país, entre los cuales la proporción de
analfabetismo es sumamente alta, y donde se presentan problemas de retraso, fracaso y abandono
escolar. Por ejemplo, sólo el 3.2% tiene estudios de secundaria (completos o incompletos), y ape-
nas el 17% estudios de primaria completos. Puede mencionarse que el 24% de los adolescentes
infractores son “niños de la calle” que viven por su cuenta, aparte de la familia o manteniendo
con ella un contacto esporádico. El 62% procede de familias incompletas y desestructuradas,
donde hay ausencia del padre. Expresan una marcada desintegración familiar, la cual no es capaz
de garantizar mecanismos de control. Además de estas características es importante señalar que
muchos de ellos consumen drogas (Terokal, marihuana y PBC); tienen un manejo inadecuado de
la sexualidad que los lleva a ser padres a corta edad; carecen de documentos personales, lo que
afecta sus derechos. Además, tienen dificultades para reconocer y respetar derechos y normas
sociales establecidas, y carecen de habilidades básicas para controlar impulsos y conductas im-
pulsivas, así como conductas violentas y represivas. Defensoría del Pueblo del Perú. *El Sistema
Penal Juvenil en el Perú*. Informe Defensorial 51. En coordinación con el Programa de Asuntos
Penales y Penitenciarios, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención
del Delito y Tratamiento del Delincuente y la Comunidad Europea, Lima: Defensoría del Pueblo
2000, pp. 33-42.

Estado que se ocupan de los niños centralizadamente, sin superponer esfuerzos, y logramos que el niño tenga prioridad en la obtención de servicios públicos y otros, que casi siempre están dispersos, podríamos lograr con los mismos recursos un enfoque más racional, sin duplicidad de esfuerzos y de mayor cobertura en aquellos problemas y buscar solución a través de programas y no solución a través de conflictos jurídicos.

Así, en lugar de partir de la prevención de la delincuencia basándonos en la desviación, para enfocar el problema de los menores, se parte de los derechos que tienen los menores y, para saber qué derechos asisten a los menores partimos de las necesidades que tienen los menores para que éstas se transformen en derecho. El tema de la desviación desde este enfoque no es el tema más importante. De toda esa serie de derechos devueltos al niño para satisfacerlo, deben nacer respuestas alternativas. Ninguno de los derechos se puede realizar a través del encierro, sino con otro tipo de respuestas a sus necesidades.

Es precisamente en este último punto donde se interseca el tema de infancia, no sólo con el tema de la ley, sino muy especialmente con el tema mayor de la democracia. Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas tampoco se deja explicar por meros motivos económicos, sino con una lógica mucho más política que económica, más específicamente, una política de justicia social.⁸ Para ello intentaremos elucidar los presupuestos utópicos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo la guía de dos pensadores brillantes: John Rawls, desde el aporte de la Filosofía Política y Alessandro Baratta, desde las Ciencias Jurídicas.⁹

8 La necesidad de reformular la política social, de que ésta considere los ejes ético-jurídicos del reconocimiento de todo sujeto como sujeto de derechos y digno per se; el eje de la justicia social, como condición de posibilidad para ese reconocimiento y el ejercicio de las libertades; así como también la necesidad de apuntar hacia una nueva convivencialidad desde una redefinición de la responsabilidad solidaria, nos muestran las limitaciones de las perspectivas aludidas.

9 La teoría de la justicia de John Rawls sólo considera al niño como una categoría implícitamente representada en la sociedad, pero nosotros sostenemos –siguiendo la tesis de Alessandro Baratta– que debe aplicársele también como ciudadano los principios de justicia del filósofo norteamericano. La tesis de Baratta que expondremos en este capítulo la encontramos en su artículo “Infancia y democracia”. En E. García Méndez y Mary Belfo (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis-Depalma, 1998, pp. 31-57.

1.b. El Significado para la Democracia

Teoría de la Justicia de John Rawls

En la teoría de la justicia de John Rawls se trata de elevar al máximo el bien, no manteniendo el predominio por omisión, y buscando que la imparcialidad prevalezca como parte de una cooperación social.¹⁰

En ella, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. En una sociedad justa, las libertades de igualdad en la ciudadanía se dan por establecidas definitivamente. Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni a cálculo de intereses sociales. Una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aun mayor, siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.

De acuerdo a Rawls, la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas comunes y se caracteriza típicamente por un conflicto como por una identidad de intereses. Se requiere de un conjunto de principios para escoger las diferentes disposiciones sociales que determinan la división de ventajas y suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.

Por otra parte, las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas y las ventajas de la vida social. En Rawls, coordinación, eficacia y estabilidad, son la clave social, debiendo ejecutarse sin que las expectativas legítimas de ninguno sean severamente dañadas. Más aun, la ejecución de estos planes debiera llevar a la consecución de los fines sociales por caminos que sean eficientes y compatibles con la justicia. Por último, el esquema de la cooperación social debe ser estable.

10 Se trata de una teoría de la justicia política, y no metafísica; es decir, la pretensión de la teoría es práctica, y no metafísica o epistemológica. No se busca aplicar al orden político ninguna teoría moral "general y comprensiva", sino una teoría moral que sea congruente con una comprensión más profunda de nosotros mismos y de nuestras aspiraciones y nos permita determinar que, dadas nuestra historia y las tradiciones arraigadas en nuestra vida pública, es la doctrina más razonable para nosotros. Véase Rawls, John. *La justicia como equidad*. Barcelona: Paidós, 2002, pp. 18-ss; y, del mismo autor, *Liberalismo político*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

Las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones iniciales frente a otras. Estas son las desigualdades especialmente profundas y en ellas deben aplicarse en primera instancia los principios de la justicia social. Justicia social es el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. La justicia de un esquema depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad.

El concepto de justicia en Rawls ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales. Una visión según la cual han de entenderse los fines y propósitos de la cooperación social.

Rawls define la posición original como el *status quo* inicial apropiado y que, en consecuencia, los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos. Esto explica lo apropiado del nombre justicia como imparcialidad: transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial justa. Igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, en donde las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos, y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa.

Rawls entiende la sociedad humana como una asociación más o menos autosuficiente, regulada por una concepción común de la justicia orientada a promover el bien a sus miembros. Como empresa cooperativa para el mutuo provecho, se encuentra caracterizada tanto por un conflicto, como por una identidad de intereses. A los hombres no les es indiferente el modo en cómo se distribuyen los mayores beneficios producidos por su trabajo colectivo. De ahí que una concepción de la justicia sea un conjunto de principios para elegir entre los arreglos sociales que determinan ese reparto y para suscribir un consenso en cuanto a las cuotas distributivas apropiadas.

«No hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores pérdidas de otros; o para que la violación de la libertad de unos pocos no pueda quedar rectificadas por el mayor bien compartido por muchos...si creemos que como cuestión de

principio cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia y sobre (la cual) ni siquiera el bienestar de todos puede prevalecer, y que una pérdida de la libertad por parte de algunos no queda rectificadas por una mayor suma de satisfacciones disfrutada por muchos, hemos de buscar otra forma de dar cuenta de los principios de la justicia (ahí donde) el principio de utilidad es incapaz de explicar el hecho de que en una sociedad justa las libertades de igual ciudadanía se dan por supuestas, y de que no están sujetas a la negociación política ni al cálculo de intereses sociales». ¹¹

La teoría de la justicia forma parte de la teoría general de la elección racional formulada por Kant. Los principios de justicia pueden formularse como sigue:

« Primero toda persona que toma parte en una institución o se ve afectada por ella tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible como una similar libertad para todos; segundo, las desigualdades, en tanto que definidas o alentadas por la estructura institucional, son arbitrarias a no ser que sea razonablemente esperar que redunden en provecho de todos, y con tal que las disposiciones y cargos a los que están adscritas o que las que puedan ser ganadas sean accesibles a todos. Estos principios regulan los aspectos distributivos de las instituciones controlando la asignación de derechos y deberes a lo largo de la estructura social, empezando por la adopción de una constitución política conforme a la cual han de ser aplicados a la legislación». ¹²

En la sociedad, una desigualdad se permite sólo si hay razón para creer que la institución con la desigualdad, o permitiéndola, redundará en beneficio de toda persona que tome parte de ella. Para eso las desigualdades tienen que beneficiar a la persona representativa de cada posición social relevante. Para establecer cuotas distributivas justas tiene que establecerse y administrarse imparcialmente un sistema total de instituciones justas. Tiene que haber libertad personal e igualdad política así como libertad de conciencia y de pensamiento.

«...Un sistema social que reconozca la variante más fuerte de la idea kantiana, esto es, la idea de tratar a las personas siempre como fines y nunca en modo alguno como medios, tiene que garantizar un fundamento más seguro al sentido que el hombre tiene de su propio valor, una firme confianza en que lo que hacen y planean hacer es digno de ser hecho. Pues el respeto que nos tengamos a nosotros mismos, que refleja este sentido de nuestro propio valor, depende en parte del respeto que los demás nos

11 Rawls. *La justicia como equidad*, p. 124.

12 Rawls. *La justicia como equidad*, p. 126.

manifiesten; nadie puede poseer por mucho tiempo una seguridad en su propio valor cuando tiene entre sí el desprecio permanente e incluso la indiferencia de los otros». ¹³

En las aspiraciones humanas, la libertad de pensamiento y de conciencia, las libertades personales y las civiles conforme a Rawls, no deben ser sacrificadas en aras de la libertad política, de la libertad a participar igualmente en los asuntos políticos. Las libertades de unos no se restringen para hacer posible una mayor libertad para otros. Una democracia constitucional puede ser disputada de manera que satisfaga el principio de participación.

El principio de igual participación, exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y a determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellas han de obedecer. La justicia como imparcialidad comienza con la idea de que, si los principios generales son necesarios y ventajosos para todos, han de ser elaborados desde el punto de vista de una situación inicial de igualdad bien definida, donde cada persona está justamente representada.

«...la teoría de la justicia tiene un importante papel teórico: define las condiciones en las cuales la coherencia espontánea de intereses y deseos de los individuos no es forzada ni proyectada, sino que expresa una armonía especial acorde con el bien ideal. Los principios de la justicia son compatibles con muy diferentes tipos de regímenes». ¹⁴

Hasta aquí se encuentra explicada brevemente la teoría de la justicia del filósofo norteamericano que en lo conducente nos servirá para explicar críticamente los principios de libertad, participación y representación contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El derecho a expresarse y ser escuchado en el sistema de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Siguiendo a Rawls diremos que lo que habría que juzgar es la disposición de la estructura básica de la sociedad, la verificación de aquella situación inicial de igualdad bien definida para la construcción de una sociedad justa. En tal sentido,

¹³ Rawls, *La justicia como equidad*, p. 144.

¹⁴ Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 263.

por lo menos existen tres diferencias que desarmonizan, por no decir que tornan anómalas, la historia de los niños en el camino hacia la democracia, con relación a la historia de todos los otros grupos de sujetos.

En primer lugar, la exclusión de los niños del pacto social en la actualidad se da como una exclusión explícita y programada del pacto social de la modernidad: una exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho sino también de derecho. Los niños y adolescentes, como todos los seres humanos, tienen acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en las declaraciones de derechos humanos. No obstante, ellos no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad, ni la obligación natural de hacerlo. Esto resulta, claramente de la diferenciación entre seres racionales e irracionales, que constituye un fundamento ontológico y ético de las teorías del derecho natural y del contractualismo en la modernidad: por un lado están los adultos y por el otro, los niños y los animales. Todos los seres vivos, en cuanto centro de vida y de existencia son centros de valor, pero solamente los seres humanos adultos son personas sujeto del ordenamiento jurídico y moral.

Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él. Aquello que para todas las personas excluidas del pacto parece ser una contradicción, para los niños es una situación normal, pero que los excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. El camino de los derechos que tienen los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno.

La segunda anomalía consiste en que la lucha de los niños por su derecho a la igualdad está desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. El reconocimiento de su diferencia de género, de cultura y de posición en el mundo de la producción es el momento culminante en la lucha de los otros excluidos por la igualdad.

Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero les ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente –como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los estados signatarios de la Convención-, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino desde el punto de vista normativo.

Como señala el profesor Alessandro Baratta, no se trata, en el caso de los niños y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal de que la lucha por los derechos del niño no ha alcanzado su punto culminante. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho.¹⁵

La tercera anomalía es que la lucha por los derechos de los niños y de los adolescentes, a diferencia de los otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos. Esta anomalía puede parecer una paradoja si pensamos que los adultos son los que ejercitan el poder sobre los niños y frente a los cuales se dirige la demanda de igualdad, de libertad, de integridad física y moral y de respeto a favor de los derechos de los niños.

Reivindicaciones semejantes han tenido éxito en los otros grupos, cuando se han dado las siguientes condiciones: 1) cuando han sido liderados por sujetos que forman parte del grupo o de un sector significativo del mismo; 2) cuando han sido liderados en forma colectiva y pública; 3) cuando las reivindicaciones han transformado las necesidades en derechos; y finalmente 4) cuando han existido acciones orientadas a contestar el poder de los grupos antagónicos. Así, la lucha de las mujeres se ha dirigido contra el poder de los hombres; los de las personas de color contra el poder de los blancos; los de los trabajadores contra el poder de los propietarios del capital.

Los niños por lo general no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado un discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos.

Las anomalías han condicionado fuertemente el movimiento por los derechos de los niños y sus actuales resultados. Los adultos que se han hecho cargo del movimiento, han dado un amplio espacio a los derechos civiles y a los derechos económicos y sociales de los niños, pero un espacio muy pequeño a los derechos civiles y políticos y de participación política.

15 Baratta, "Infancia y democracia" , p. 45.

Los adultos han reformulado las reglas de juego y los procedimientos a través de los cuales pueden ser tomadas decisiones de las que dependen directa o indirectamente las condiciones de los niños, pero no han admitido compartir con ellos el poder de formular las reglas del juego y los procedimientos, de nombrar los representantes, o de participar directamente de las decisiones en nombre colectivo. Les han otorgado todos los derechos del ciudadano, salvo el de participación en el gobierno. La democracia se ha convertido en un límite de la ciudadanía de los niños.

Ninguna de las grandes teorías contemporáneas de la democracia, de acuerdo a lo que conocemos, incluida la teoría de la justicia de Rawls, ha extendido a los niños y a los adolescentes el ejercicio de derechos políticos. Este límite histórico lo reencontramos incluso en el texto de la Convención de 1989. No obstante, tanto la teoría de la justicia de Rawls, como la Convención (si la consideramos en el contexto de una interpretación dinámica y sistemática) contienen elementos importantes para construir un discurso teórico y normativo que nos pueda llevar más allá de este límite.

Examinemos la Convención, especialmente cuando incide sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido en el artículo 12¹⁶ y otros artículos (considérese, en particular, el Art. 13.1).¹⁷ Conforme este principio, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar a expresar opinión y, en tercer lugar a ser escuchado.

Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. El nuevo principio encuentra también expresión en el artículo 13.1; en el artículo 14.1¹⁸ y en el artículo 9.2.¹⁹ Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos rotundas baterías de normas.

16 Art. 12 CDN: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

17 Art. 13.1 CDN: El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

18 Art. 14.1 CDN: Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

19 Art. 9.2 CDN: En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño en aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no sólo al respeto de los derechos y las libertades de los otros –lo que es correcto – sino – lo que es dudoso – a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad nacional; la seguridad, el orden, la salud y la moral publicas.

Sin embargo, la Convención no establece solamente contrapesos y límites externos al derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su propia opinión y a ser escuchado: no menos relevantes son los límites internos a éste.

Así, la libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar su propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo en relación con estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tomada en cuenta. Debidamente, pero ¿En función de qué? “En función de la edad y madurez del niño”.

Sin una interpretación garantista y global de la Convención,²⁰ estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo – dicen los adultos – pero nosotros no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosles cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si éste resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro. Lo mejor debería ser justamente lo contrario, debido a la gran capacidad de experiencia y de orientación de los niños pequeños y la enorme incapacidad de los adultos de sacar provecho incluso de los propios niños. Aun más restringido resulta el derecho de los niños a ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de “todo procedimiento judicial y administrativo”.

20 Es decir, según la expresión de Ronald Dworkin, tomando “en serio” el Derecho Internacional. Citando a Ferrajoli, esto significa “aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente; proyectar, en fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización”. Ob. cit., Introducción.

Por otro lado, la intensidad de los derechos previstos en el artículo 12 es notablemente baja. Los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos “definitivos”, son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio – Art. 12.1 -), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término “oportunidad” y no el término “derecho” (art. 12.2 de la Convención).

Pero el aspecto más importante es el que concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses. No se extiende a los intereses generales, y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. La única vez que la Convención pone, de manera explícita, el ejercicio de los derechos de libertad del niño en relación funcional con el principio de la democracia, es en el segundo párrafo del artículo 15;²¹ pero no para indicar la función democrática de la libertad del niño, en este caso la libertad de asociación, sino para permitir que se pongan, con respecto a esta libertad, las limitaciones “que sean necesarias en una sociedad democrática”. Lo que demuestra que, en el subconsciente de los adultos que han formulado el texto de la Convención, la asociación de niños y de adolescentes está vinculada antes que nada a la rebelión y a la ilegalidad en

21 Art.15 CDN: 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

lugar de serlo a la capacidad y sabiduría de los niños y los adolescentes de auto organizarse de forma ordenada, eficaz y democrática.

Si la consideramos en el tenor literario del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño, también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad y el Estado, como son aquellos previstos en el artículo 12, no como los de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de autogobierno, sino que como aquellos de un ciudadano a medias, o mejor de un ciudadano potencial o futuro. Al niño mientras tanto, le estaría garantizado el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales y culturales (con las limitaciones y contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero sólo cuando se hubiere convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política.²²

Libertad, participación y representación. Interpretación de la Convención a la luz de la teoría de la justicia

Si en lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena. Una ciudadanía que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño.

Fundamentar esta tesis supone reconstruir el sistema de los derechos formulados en el artículo 12 de la Convención de manera opuesta a la anteriormente indicada, que deriva de una interpretación literaria y estática, con el resultado de dar la máxima extensión y un significado nuevo y fundamental al derecho del niño a ser escuchado.

22 La lucha por ampliar el estatus de ciudadanía al conjunto de la infancia, pone definitivamente en evidencia la claridad e importancia del nexo entre su condición jurídica y su condición material. La Convención Internacional marca un punto de no retorno, donde las necesidades se manifiestan como derechos. Las necesidades de nuestra infancia son de vieja data, los derechos "nacen cuando deben o cuando pueden". Véase García Méndez, Emilio. "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia". En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). En *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 48-49.

Para reflexionar en esta dirección, es necesario proporcionar al uso de la libertad a la cual se refiere el artículo 12 un sentido más amplio del uso privado y extenderlo al uso público. Esto es posible, si ponemos la libertad del artículo 12 en una relación sistemática con el concepto de libertad contenido en la Convención en el tercer párrafo del preámbulo,²³ concepto que, en nuestra opinión, está en la base del conjunto entero de los derechos humanos del niño formulados en la Convención misma. El tercer párrafo del preámbulo habla de “un concepto más amplio de libertad” y lo pone en relación con dos principios básicos: el de la “dignidad de las personas” y el del desarrollo humano, expresado con la fórmula del “progreso social”.

A la luz de este amplio concepto de libertad, que abarca tanto su uso privado cuanto su uso público, es que se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo. La superación de la letra del artículo, necesaria para establecer esta relación de simetría entre el derecho del niño y el deber de los adultos, se alcanza dando una extensión correctamente amplia al concepto de “los asuntos que afectan al niño”. Todos los asuntos y actuaciones sobre los que intervienen los adultos afectan e interesan a los niños, ya sea de manera directa e inmediata, sea de manera indirecta. En realidad, ¿Cuáles serían los asuntos que no les afectan?

Se establece así un principio de interés universal del niño, que a su vez conlleva el principio de la reciprocidad estructural de los intereses del niño y de los adultos. El resultado es, entre otros, un cambio de perspectiva en la aplicación del artículo 12. El criterio de la relevancia universal de los asuntos para el niño no corresponde solamente a los asuntos definidos estrictamente como de sus intereses, sino a los intereses de todos los adultos. Es así que los adultos conseguirían, con la mayor extensión de su deber de tomar en cuenta la opinión de los niños, un criterio evaluativo y un método de decisión, del cual hasta el momento se ha hecho muy poco uso, con desventaja para todos.

Finalmente, es necesario dar un paso más allá de la letra del artículo 12. El derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. A

23 Preámbulo de la CDN: Los Estados Partes en la presente Convención, (...) Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio que el de la libertad.

este resultado se llega siguiendo los dos pasos siguientes: el primero consiste en proporcionar a la fórmula "procedimiento administrativo" el contenido más amplio posible, abarcando todas las interacciones formalizadas, semi formalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano – niño. El segundo paso consiste en considerar la formulación del segundo párrafo del artículo 12 "oportunidad de ser escuchado ya sea directamente o por medio de un representante" en los procedimientos, como una especificación, con respecto a la integración entre niños y funcionarios, de un principio general que abarca todo el artículo 12 y se refiere también a las demás relaciones entre niños y adultos. De este principio se desprende el derecho del niño a ser escuchado y el deber simétrico de los adultos a escucharle.

Pero este deber no se puede reducir a la pura libertad del niño a expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto) opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas. Sólo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos, que es también el camino hacia una democracia moderna.

Para darnos cuenta de esto, debemos considerar la relación en la cual el derecho del niño a ser escuchado, o sea el deber de los adultos de aprender de él, se suma a los conceptos de participación y de representación. La ciudadanía como expresión de libertad política se realiza en el marco de los derechos políticos y de participación, como formas de participación directa e indirecta en las decisiones a nombre colectivo. La participación indirecta puede tener la fórmula del mandato representativo; pero el concepto de representación es más amplio que el de mandato.

Los adultos y las autoridades que toman decisiones en nombre colectivo basándose en la realización del deber de aprender de los niños, realizan una forma de representación sin mandato, que supone el ejercicio de una forma de representación de las necesidades, las opiniones y los intereses de la ciudadanía. La calidad y la legitimidad de las formas de representación sin mandato, dependen principalmente de la realización del vínculo comunicativo de interacción, que consideramos como un principio constitucional que regula la acción de las instancias representativas con respecto a la sociedad. El ejercicio del derecho a ser escuchado, en la forma de la realización del deber de los adultos a aprender de

los niños, puede ser considerado también como una forma de participación por representación del niño en la democracia política o en la social. El vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos determina la calidad y la legitimidad de las decisiones que los adultos adoptan a nombre colectivo.

Sin embargo, para hacer esta afirmación, se tiene que dar al principio una extensión que va más allá de la esfera intelectual y verbal de las opiniones y del juicio propio que el niño puede formarse y expresar. El principio incorporado en el artículo 12 tiene vigencia como principio general de la Convención y se refiere no solamente a la expresión verbal y las opiniones, sino también a todos los signos de la experiencia sea intelectual o emotiva y de las necesidades del niño en cada edad y situación.

El deber de aprender de los niños para orientar o modificar actitudes o acciones lo tienen los adultos tanto con respecto a su uso público como a su uso privado de la libertad, entendiéndose por libertad el desarrollo mismo del niño, que requiere al mismo tiempo remoción de obstáculos y condiciones positivas de todo tipo, materiales, afectivas, sociales y culturales. El derecho a ser escuchado, a la luz de los principios de la Convención, lo tiene también el niño prematuro, para que un especialista perciba los signos de sus problemas vegetativos y sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza. Y finalmente, el derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma, a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.

La democracia para los niños y los adolescentes se reduce a “mirar” la democracia: cuando los grandes votan y eligen a sus candidatos o partidos políticos predilectos. Eso es parte de la historia, el resto no sólo hay que contárselo sino también deberíamos comenzar a aprenderlo con ellos, nosotros, los adultos, que vivimos una porción importante de nuestras vidas privados de democracia. Para ello será necesario que, mas allá del sufragio universal, el desarrollo de la democracia se profundice conjugando la democracia política con la democracia social, es decir, que se garantice no sólo el aumento en la cantidad de personas que tienen derecho a votar sino en la multiplicación de los espacios en los que puedan ejercer ese derecho, esto es de los espacios de participación de decisiones.²⁴

24 Siguiendo la definición de Norberto Bobbio acerca de democracia: “...se entiende por régimen democrático un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados”. Algunos criterios

Vista desde esta perspectiva, la democracia no es algo estático sino que implica una construcción colectiva y permanente en la que las personas, grupos e instituciones tienen la posibilidad de aportar desde los distintos ámbitos de la vida social. Esto nos remite al hecho de que la democracia es esencialmente una forma de organización de la sociedad, pero justa, en términos de Rawls, “un sistema justo de cooperación” :

«La cooperación se distingue de la simple actividad socialmente coordinada; por ejemplo, la actividad coordinada por órdenes que haya emitido alguna autoridad central. La cooperación se guía por reglas públicamente reconocidas y por procedimientos que aceptan los cooperadores y que consideran como normas apropiadas para regular su conducta».²⁵

La sociedad no es pues un mero orden, una jerarquía, un organismo; está hecha de relaciones sociales, de actores definidos, al mismo tiempo por sus orientaciones culturales, por sus valores y por sus relaciones de conflicto, de cooperación o compromiso con otros actores sociales. La democracia se define a partir de ese momento no ya como una creación política de la ciudad sino como una creación política del mayor número de actores sociales, individuales y colectivos en el campo de la decisión.²⁶

Estos ciudadanos (actores), siguiendo a Rawls, son personas tan libres como iguales. En virtud de sus dos poderes morales (la capacidad de tener un sentido de justicia y de adoptar una concepción del bien) y de los poderes de la razón (de juicio, de pensamiento, y la capacidad de inferencia relacionada con estos poderes), las personas son libres. Mientras que lo que hace que estas personas

expresados por este autor son importantes de considerar: las decisiones son tomadas por individuos en representación de grupos; mientras más gente vote, más democrático es considerado un régimen (proporcionalmente a la cantidad de habitantes); se debe respetar la regla de la mayoría; y finalmente, deben existir alternativas reales para tomar decisiones. De esta definición podemos inferir los siguientes ideales: el nacimiento de una sociedad pluralista, la representación efectiva de la ciudadanía en el ámbito político, la eliminación de elites y oligarquías dominantes, la ampliación de los espacios donde la ciudadanía puede manifestar sus derechos, la eliminación del poder invisible o la ampliación de capacidad de los gobiernos de tomar la mayor cantidad de decisiones en forma pública, y finalmente, la educación de la ciudadanía, entendida como la promoción pública de los valores democráticos y de participación en las decisiones que influyan en el destino de la sociedad.

25 Rawls, *Liberalismo político*, 1996, p. 40.

26 Según Touraine, este régimen se distingue por reconocer a los individuos y a los colectivos como sujetos –es a partir del sujeto que el sociólogo examina la democracia–, es decir, que «los protege y estimula en su voluntad de vivir su vida, de dar una unidad y un sentido a su experiencia vivida». En Touraine, Alain. *¿Qué es la Democracia?* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

sean iguales es tener estos poderes cuando menos en grado mínimo necesario para ser miembros plenamente “cooperadores”, partícipes de la sociedad.²⁷

Desde sus orígenes –puesto que las personas pueden ser partícipes plenos en un sistema de cooperación social–, la ciudadanía tuvo como desafíos el proteger derechos individuales y el asegurar la pertenencia a la comunidad en la vida colectiva.

En democracia la integración supone el sostenimiento de relaciones de reciprocidad e interdependencia entre los miembros de una comunidad basadas en el respeto de las diferencias y el reconocimiento del otro como persona autónoma,²⁸ poseedora de derechos propios. En tal sentido, recogiendo la idea de cooperación social en Rawls, diríamos que el componente de la reciprocidad no podría identificarse con la idea utilitarista de mutua ventaja, pues a diferencia de esta última (mutua ventaja), la reciprocidad queda asignada a la concepción de justicia política que caracteriza a los términos justos de cooperación. Estos términos justos «se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se compartan de una generación a la siguiente».²⁹

Derechos y responsabilidades constituirían principios organizados de la convivencia de los ciudadanos dentro de una comunidad política compartida y que definen su consideración como miembros plenos de una sociedad de iguales.

En ese sentido, al reconocer a los niños y adolescentes como sujetos portadores de derechos y con capacidad para ejercerlos, la Convención sobre los Derechos del Niño significa un paso trascendental para la definitiva incorporación de los niños y los adolescentes como ciudadanos en sociedades democráticas.³⁰ «Ser niño no es ser menos adulto, la niñez no es una etapa de preparación para la

27 Rawls, *Liberalismo político*, p. 42.

28 Autónomo, el sujeto no es por lo tanto egoísta como lo sostendría un análisis utilitarista. En ese sentido, Touraine coincide con Rawls en que el individuo está atado a los otros. El mero desafío al cual se enfrenta la vida colectiva en nuestros días, es precisamente el de aprender a vivir juntos, iguales y diferentes. Esta individuación del sujeto combina participación en la sociedad e identidades, y abre un camino que permite pensar la articulación entre los problemas culturales y los de la justicia social. Véase Touraine, Alain *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

29 Rawls, *Liberalismo político*, p. 40.

30 El sujeto del cual estamos tratando no es un actor transparente o totalmente soberano, pero sí «un individuo en su esfuerzo por volverse un actor responsable». Touraine, Alain. “From Understanding Society to Discovering the Subject”. *Anthropology Theory*, vol. 2, n.º 4, 2002, p. 391.

vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser personas y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida».³¹ En la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la infancia y la adolescencia tampoco son conceptualizadas «como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia y la adolescencia son concebidas como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica».³²

La posibilidad del ejercicio de los derechos en forma autónoma con criterios de progresividad de acuerdo a la edad, implica un abandono de prácticas de subordinación de los niños y adolescentes a sus padres, a las instituciones y a los adultos en general y el reemplazo por funciones de orientación y dirección para que los niños y los adolescentes ejerzan los derechos de los cuales son titulares.

El viejo adagio de «los derechos de unos terminan cuando comienzan los derechos de otro» nos sirve también para introducir el hecho de que los derechos no son ilimitados y su progresivo ejercicio por parte de los niños y adolescentes implica también una progresiva consideración de los derechos de otras personas, lo cual significa un permanente aprendizaje de la responsabilidad con relación a otros, a la vida en comunidad.

En ese contexto, la efectiva incorporación de la Convención a las prácticas sociales, institucionales y jurídicas implican la posibilidad de desarrollar en el niño y el adolescente ese conjunto de «virtudes ciudadanas» que lo vayan construyendo como un miembro competente de la sociedad en que vive.

En relación con la democracia como espacio de desarrollo de ese conjunto de «virtudes ciudadanas», Rawls ha señalado que es requisito de un régimen constitucional estable «que sus instituciones básicas deberían estimular las virtudes cooperativas de la vida política: las virtudes de la razonabilidad y del sentido de la equidad, del espíritu del compromiso y de la disposición a asumir compromisos con los demás».³³ Estas virtudes que aseguran «sino el deseo de cooperar con los demás, la disposición de hacerlo en términos que todos puedan aceptar públicamente como equitativos sobre una base de igualdad y respeto mutuo».³⁴

31 Cillero Bruñol, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios". Disponible en <<http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%203.pdf>>. Consulta hecha en 1997, p. 4.

32 *Ibidem*.

33 Rawls, *La justicia como equidad*, p. 161.

34 *Ibidem*.

De esta manera, privilegiando y promoviendo la actuación de la «arena pública», temas controvertidos pueden ser resueltos, o por lo menos manejados a través del diálogo más que a través de formas preestablecidas de poder.

Así, podríamos sugerir que la democracia puede ser promovida en varios contextos importantes. En el área de las relaciones personales -relaciones entre padres e hijos, relaciones entre sexos, relaciones entre amigos -, la democracia dialógica avanza hasta el extremo en que tales relaciones están organizadas a través del diálogo más que a través de un poder impuesto. Así, «la democratización es una situación donde se desarrolla una autonomía de comunicación, y donde tal comunicación forma un diálogo a través del cual las políticas y actividades son diseñadas».³⁵ De esta manera, los individuos que son capaces de comunicarse efectivamente con otros posiblemente estén preparados para las tareas más amplias para la ciudadanía.

Los niños y los adolescentes son portadores de verdades, percepciones, conocimientos y también son portadores de palabra. Al incorporar el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta, la Convención sobre los Derechos del Niño está dando legitimidad jurídica³⁶ a un hecho casi ignorado por las normas, las instituciones y las prácticas sociales. De esta manera, la Convención sienta las bases para el desarrollo de capacidades en los niños y en los adolescentes para encarar procesos de diálogo y negociación, habilitantes para la profundización de las relaciones democráticas.

2. Antiutopía y autoritarismo: los paradigmas tradicionales y los nuevos paradigmas “defensistas” o “peligrosistas” de la sociedad

2.a. La delincuencia juvenil

De muchas maneras las sociedades han denominado los grupos de jóvenes y adolescentes calificados en “riesgo social” por sus actitudes, costumbres, situación de vida. Esos nombres varían: barras, huelgas, maras, chapulines, gamberros, hooli-

35 Giddens defiende la democracia dialogante como forma de «democratizar la democracia» a través del desarrollo de la capacidad de reflexión en las actividades cotidianas. La conexión de esta idea con el principio de la autonomía queda clara en la noción de sujeto de Touraine. Véase Giddens, Anthony. *Más allá de la derecha y la izquierda*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 119-122.

36 Hoy este papel se encuentra –como dice Ferrajoli– inscrito, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, en el código epistemológico impuesto a la ciencia jurídica por la nueva estructura asumida por el derecho, no sólo constitucional sino también internacional. Véase Ferrajoli, ob. cit.

gan, etc. -en el Perú los conocemos como pandilleros-; pero tienen en común dos cosas: por un lado la preocupación y la alarma social que provocan, y por otro lado la falta de distinción entre lo que constituye una actividad delictiva propiamente dicha y un comportamiento simplemente desviado de las costumbres y tradiciones, o lo que es peor, "desviado" por los condicionamientos socio-económicos en que se encuentran y la ausencia de una familia:

« Convivir de cerca con el peligro y la ausencia de normas no impide, sin embargo, que la pertenencia de los menores a las pandillas y su involucramiento en hechos violentos sean narrados como una sorpresa que estalla cuando ya es demasiado tarde y queda poco o nada por hacer. En estos barrios con fuertes signos de disolución social, la rutina se rompe no cuando hay una infracción a la ley sino cuando ella es tan grave como para acabar en una denuncia. La versión de los familiares de los menores inculcados es que el origen de esa sorpresa es la ausencia de los padres en el hogar, pero esa ausencia aparece, acto seguido, como una consecuencia de las privaciones económicas a las que están sujetos los más pobres de la ciudad. Los padres estarían obligados a trabajar la mayor parte de la jornada y eso sería peor cuando, como es un caso frecuente, se trata de hogares desestructurados. (...) De esta manera, todos sienten que tienen responsabilidad y que hay crisis familiar que explica la tragedia que están atravesando pero coinciden en que a veces la opción es extrema: o se trabaja para conseguir el ingreso del día, o se presta atención a lo que piensan y hacen sus hijos».³⁷

O dicho en otras palabras:

«Los jóvenes de pandillas y barras no están atravesando una fase de moratoria social en la que salidos de la infancia y todavía no integrados al mundo adulto se encuentran relativamente abiertos a jugar con diversas opciones y socializarse poco a poco en los roles que se les va a asignar para finalmente elegir, disfrutando mientras tanto de su plenitud una etapa de tránsito. Las conexiones entre la experiencia de vida y el sistema social no pueden asentarse. En efecto, en el Perú para vastos grupos las instituciones han dejado de establecer pautas normativas, control social y definiciones a partir de las cuales implantar criterios de integración o de elaboración de antagonismos. La exclusión impide pensar en los otros, creando un mundo autorreferencial que dificulta definir estrategias de acción que vayan más allá de la recreación de lo existente. En las familias de los grupos marginados es frecuente la ausencia física y afectiva del padre, y en general los progenitores no dis-

37 La descripción es del sociólogo Manuel Córdova, quien dirigió y analizó para IMASEN S. A. *focus groups* con familiares de menores infractores, por encargo de UNICEF (Lima, septiembre de 1998).

ponen de tiempo o no se preocupan por acompañar el desarrollo del niño. Falta entonces una estructura psíquica que cohesione las corrientes agresivas mientras que los afectados pasan, sin que perciban lo abrupto del cambio, de la pasividad y la apatía a la agresividad».³⁸

El problema ha alcanzado una magnitud tal que pretende motivar y determinar la totalidad de la incipiente política criminal referida a los menores de edad. Esto es grave en virtud de que el problema delincencial es bastante más heterogéneo³⁹ y además que muchas de las conductas y actitudes de esos grupos no son delictivas,⁴⁰ lo cual debiera descartar la intervención represiva del Estado. Como dice Kliksberg:

« Es muy fácil caer en soluciones simplificadoras. Pueden llevar a que el problema se agrave en lugar de que mejore, deteriorando aun más los factores de riesgo que lo determinan. Es imprescindible profundizar frente a una epidemia de esta magnitud, internarse en su complejidad, tener muy en cuenta las experiencias fracasadas, las enseñanzas que se derivan de las experiencias exitosas en el ámbito regional y actuar en consecuencia (...) En América Latina el camino hacia una gestión inteligente del tema ha sido bloqueado en los últimos años por una serie de mitos que se toman como verdades, a pesar de

38 César Rodríguez Rabanal: La violencia de las horas. Un estudio psicoanalítico sobre la violencia en Perú. Nueva Sociedad, Caracas, 1995. Citado por Romeo Grompone en "Exclusión y control social. Un nuevo mapa peruano". *Nueva sociedad*, n.º 156, Lima, 1998, p. 171.

39 En cuanto a tratar indistintamente todas las formas de criminalidad sin hacer mayores distinciones en el diseño de políticas, Kliksberg distingue entre el crimen organizado, que se presenta bajo diversas formas: las bandas de la drogadicción, las mafias, los grupos de secuestros, las organizaciones de tráfico de personas, las que se dedican al robo de automóviles, las organizaciones de lavado de dinero y otras, en que la sociedad se defiende de ellas aplicándoles todo el peso de la ley (tiene que tratar de desarticularlas, impedir su desarrollo y bloquearlo, aislarlas); y, por otro lado, el crecimiento intenso de la criminalidad joven, que se inicia con actos delictivos menores de niños y jóvenes en situación de vulnerabilidad. Si se les aplica el mismo enfoque que al crimen organizado, todo indica que, además de hacer caso omiso de la posibilidad de recuperación, se están empeorando todas las condiciones que los llevaron a delinquir. El efecto será generar "carne de cañón" para el crimen organizado, ampliar su posibilidad de jóvenes en riesgo a los que reclutar, cerrarles las oportunidades de salir del delito para dejarlo sólo con las alternativas e incentivos que ofrecen las bandas criminales. La homogenización de la respuesta a los diversos tipos de criminalidad resulta, además de ajena a la ética, marcadamente ineficiente. Véase Kliksberg, Bernardo. "Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina. Algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social". Publicación de la Fundación Internacional y para Ibero América de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). España: 2007, p. 18.

40 Tratando de fundamentar el abordaje represivo de las faltas menores o delitos "de bagatela", la política de mano dura recurre con frecuencia a la teoría de la "ventana rota". Acuñada en 1982 por Wilson y Kelling, ha sido la base del enfoque de "tolerancia cero", y sostiene que hay que aplicar con toda dureza la punición contra las infracciones más pequeñas, porque una "rotura de vidrios" podría ser el antecedente de acciones criminales más graves. Castigar severamente las infracciones pequeñas podría impedir que se desarrollaran delitos más agudos. Véase Kliksberg, ob. cit., p. 12.

su choque permanente con la realidad. Estos mitos llevan a caminos altamente ineficientes. Desde ya tienen un sustento. Satisfacen los intereses de sectores que se apoyan en ellos para ganar poder mediante demagogias fáciles y las que de quienes no están dispuestos a enfrentar las razones estructurales de la violencia en la región (...) En una región cada vez más democrática, el tema de los niños es central. Si se logra mostrar su fragilidad, y superarlos mejorará la calidad del debate y se podrá llegar a soluciones. Si, por el contrario, los mitos siguen predominando, el debate permanecerá estancado en planos de discusión que no sólo no llevarán a soluciones, sino que pueden conducir a nuevas acumulaciones de errores y agravar la epidemia».⁴¹

En estas líneas pretendemos exponer algunas ideas relativas a la reacción que esos grupos generan en la sociedad, como respuestas dirigidas a resolver un conflicto con el fin de implantar una mayor "seguridad ciudadana". Con respecto a las mismas podríamos decir sin eufemismos que representan el terreno de la antiutopía autoritaria contemporánea frente a la visión de corte humanitaria y democrática expresada en la Convención, continuando así con la vieja tradición paradigmática de la "situación irregular", concepción "que no termina de morir".

Tenemos claro que "seguridad ciudadana" es un concepto bastante difuso, y que hoy se utiliza con muy diversos propósitos, como en épocas pasadas se utilizaron los conceptos de "seguridad nacional" y "seguridad del Estado" en el plano ideológico, que pretendieron constituirse en la razón de ser de la política criminal y justificaron una gran cantidad de atropellos a los derechos humanos.

Cuando se habla de las pandillas y grupos juveniles, "seguridad ciudadana" se utiliza, por lo general, como sinónimo de seguridad física en las calles y las casas, olvidándose que un verdadero concepto del vocablo debiera incluir también otras libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los derechos políticos, los derechos económicos y los derechos sociales, los cuales nunca se ven afectados -ni amenazados- por la existencia de esos grupos.⁴²

41 Kliksberg, ob. cit., p. 11.

42 Como advierte Kliksberg: «Como esa lógica no responde a la complejidad del problema, los resultados pueden ser incluso reforzantes de las causas estructurales que están actuando y deteriorar aun más la precaria cohesión social existente (...) Por otra parte, esta lógica lleva a una tensión aguda en las relaciones entre la policía y los grupos pobres de la población, las deteriora inevitablemente y es portadora de una amenaza aun mayor, que es el sesgo a criminalizar la pobreza». Ob. cit., pp. 39-40.

Sin embargo hay un verdadero “estado de guerra”⁴³ generado por la existencia y el accionar de los grupos juveniles, en especial los que se dedican a realizar hechos delictivos, y en esa misma proporción, como veremos, algunos llegan a justificar actuaciones estatales alejadas de los derechos humanos.

La situación se ha agravado porque los ciudadanos han sido culturizados hacia la solución represiva como único medio capaz de defenderse ante estos peligros para la seguridad.

Se trata de un “estado de guerra” provocado psicológicamente por una percepción distorsionada o exagerada de la realidad, en la que no hay concordancia con el verdadero índice de criminalidad.⁴⁴

Hay razón por la alarma social que provocan ciertos delitos que van en constante aumento, como los delitos contra la propiedad, sin embargo algunos de éstos provocan mucha alarma social no obstante su nivel relativamente bajo de violencia, como ocurre con los arrebatos de bolsos y carteras, sólo porque son realizados por menores de edad organizados en grupos.⁴⁵

Paralelamente, hay delitos que han aumentado en forma exagerada en relación con años anteriores, que afectan derechos básicos como la vida, pero que no provocan una alarma social proporcionada a esa gravedad. Tal es el caso de los accidentes de tránsito o de la circulación, que generan una gran cantidad de muertos (en muchos países como el Perú –caso pavoroso- en cantidades bastante mayores que los homicidios dolosos) y sin embargo no provocan una reacción y preocupación equivalente con los resultados.⁴⁶

43 Como reacción social en contra de los “guerreros de la calle”: «Entre heridos, golpes y contusiones, amarguras y gratificaciones, concluye una batalla más de estos “guerreros de la calle” que regresan a su barrio a descansar de la lid...» Cruzado, Julio César. *La violencia juvenil. reflexiones de un día violento en una vida violenta*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1997, p. 20.

44 Ello explica por qué las percepciones de inseguridad no van de la mano con las cifras oficiales de criminalidad. Así por ejemplo, la Policía Nacional del Perú ha señalado que a julio del 2007, en Lima Metropolitana los robos disminuyeron en 12%, los hurtos en 11%, y el número de heridos con arma de fuego en 18%. Esto contrasta con las percepciones que dan cuenta de un aumento de la inseguridad ciudadana, situación que puede explicarse en un contexto de desconfianza en la efectividad de las instituciones estatales encargadas de prevenir los delitos y reaccionar ante ellos. Defensoría del Pueblo del Perú. *¿Ciudadanos desprotegidos?: Estrategias para fortalecer el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana*. Informe Defensorial 132. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008, pp. 28-29.

45 Esta percepción aparece en Instituto Apoyo. *Agenda para la primera década. Seguridad ciudadana*. Lima: Instituto Apoyo, 2000.

46 *Ibidem*.

En igual sentido podemos citar los delitos no convencionales (ecológicos, abuso de poder económico y abuso de poder público) cuyos resultados tienen serias repercusiones en los derechos básicos de todos los ciudadanos, pero no llegan a provocar una reacción proporcional con esos resultados, a diferencia de los asaltos en las calles.

La Criminología distingue entre delito (constituido por el volumen real de la criminalidad y sus repercusiones) y temor al delito (constituido por la percepción de la criminalidad y el riesgo de ser victimizado). La percepción de la criminalidad y el temor a ser víctima de un delito agiganta y distorsiona la realidad, con un efecto multiplicador desproporcionado, sobre todo tratándose de hechos realizados por grupos de jóvenes y adolescentes, lo cual aumenta la posibilidad de adoptar políticas equivocadas e inconstitucionales en aras de la prevención general.⁴⁷

De ahí entonces que haya un sentimiento generalizado en la ciudadanía para resolver el problema de la delincuencia infantil y juvenil por medio de la confrontación y el castigo.⁴⁸

En el Perú, como en otros países no sólo de la región, está muy difundida la creencia que sólo el aumento permanente de las sanciones penales, puede resolver los problemas sociales comprendidos en ella. En este caso específico, esta posición se traduce en propuestas, en general, irreflexivas e inmediatistas, de baja de la edad de la imputabilidad penal. Se argumenta generalmente, que la criminalidad adulta reclutaría adolescentes de 16 y 17 años para actividades criminales justamente por su carácter de inimputables. Esta posición, tiene su origen en el contexto de las leyes tradicionales que no posibilitaban muchas respuestas como las que ahora brinda la Convención y el Nuevo Código, y que determinaban las decisiones judiciales en materia infraccional en "soluciones" que concluían exclusivamente en privaciones a la libertad, pero que continúan vigentes "subterráneamente" hasta la actualidad. La instauración de la "ley contra el pandillaje pernicioso",⁴⁹ que aumenta el monto de la medida de privación de libertad (internación), así

47 *Ibidem.*

48 *Ibidem.*

49 Decreto Legislativo 899 (publicado en el Diario Oficial el 28 de mayo de 1998). Esta ley consta de 7 artículos y además modifica 5 artículos del Código de los Niños y Adolescentes: Art. 125, 213, 226, 249 y 250. De claro contenido represivo y antiguarantista, aumenta el monto de la medida de internación y lo que es más preocupante aún, establece "tipos" penales vagos e imprecisos, que no sólo no han resuelto el problema de orden público que se pretende atacar, sino que además podrían constituir un elemento ulterior de legitimación de prácticas discrecionales, arbitrarias y contrarias al espíritu y al texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Un análisis exhaustivo de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la ley N° 29009 y de sus implicancias legales y sociales puede verse en Defensoría del Pueblo del Perú. *¿Ciudadanos desprotegidos?*

como la “Ley contra el Terrorismo Agravado”⁵⁰ que prevé penas privativas de libertad no inferiores a los 25 años para la franja de los dieciséis a los dieciocho años incompletos, son ejemplos de ella, guardando coherencia con el siempre reiterado reclamo de muerte para los delincuentes de “alta peligrosidad”.⁵¹

En otros países latinoamericanos todavía operan grupos paramilitares dedicados a “limpiar” de delincuentes juveniles las calles,⁵² de ahí que clasificamos las respuestas al problema conforme lo hacemos de seguido.

2.b. Las respuestas inconstitucionales frente a la criminalidad juvenil (los radicales)

En muchos países latinoamericanos, de manera directa los menos, por intolerancia, indiferencia o complicidad los más, se sostiene que la criminalidad juvenil sólo es posible enfrentarla recurriendo a métodos violentos, con el fin de defender a la sociedad.⁵³

50 Decreto Legislativo 895. Este decreto es explícitamente violatorio del artículo 37 literal a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificado por el Perú.

51 En el año 2004, en Panamá, se debatió en el Congreso la dación de una ley que incorporaba la pena de muerte par menores de 18 años. Por dos votos no se aprobó dicho proyecto de ley. Victoria pírrica, como comentan Morsolin y Cussianovich, pues esos dos votos que faltaron revelan una tendencia altamente significativa de una sociedad que en nombre de su seguridad, no vacila en considerar la pena capital para niños, no obstante que la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos internacionales, prohíben ese tipo de leyes para el caso de menores de edad. Cristiano Morsolin y Alejandro Cussianovich. “Perú: impacto de la violencia política en la infancia y adolescencia”. Disponible en <www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Peru_impacto%20de%20la%20violencia%20politica%20en%20l...>. Consulta hecha el 2004.

52 Un ejemplo estremecedor de operaciones sistemáticas de “limpieza social” es el exterminio de niños de la calle en Río de Janeiro, Tegucigalpa, Bogotá y otras ciudades, denunciado continuamente por muchos sectores de estos países. Según dichos sectores, tales operaciones son llevadas a cabo por grupos parapoliciales y, ante la pasividad policial, la ideología subyacente es que de esta forma se está “previniendo” que estos niños se transformen en criminales. El mismo tipo de razonamiento –eliminar a las razas inferiores que no merecen vivir y mejorar la calidad demográfica de la población– era el que inspiró a las bandas nazis. La limpieza social es, en realidad, un eufemismo para ocultar este genocidio hitleriano cotidiano. Kliksberg, ob. cit., p. 14. Sobre el caso de Brasil, véase por ejemplo el informe sobre el abuso policial de Human Rights Watch. *Police Brutality in Urban Brazil*. Washington D. C.: Human Rights Watch, 1997.

53 Dos estudios diferentes, pero que aportan información valiosa sobre la violencia cotidiana y las respuestas institucionales y sociales en las ciudades colombianas de Medellín y Cali son Salazar J., Alonso. *No Nacimos Pa’ Semilla*. Bogotá: Cinep, 1993, y Guerrero, Rodrigo. “El Crimen y el Gobierno de la Ciudad Epidemiología de la Violencia. El Caso de Cali, Colombia”. En: *Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia y seguridad ciudadana (Encuentro de reflexión)*, Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.

Es así como se plantea la necesidad de organizar grupos paramilitares, compuestos por miembros de las fuerzas armadas, policías, grupos privados de vigilancia, comerciantes y otros ciudadanos, dedicados a actuar en forma clandestina, con el fin de aplicar ajusticiamientos sobre aquellos jóvenes a quienes el grupo "juzga" como personas indeseables para la sociedad. Tal es el grado de intolerancia e impunidad con que operan, incluso todavía hoy, que en algunos casos ni siquiera se preocupan por hacer desaparecer los cuerpos.⁵⁴

Otros, al menos en forma más abierta que los anteriores, pero tan radicales como ellos, estiman que a los "delincuentes" no deben reconocérsele derechos, y que en consecuencia deben ser juzgados en procesos sumarísimos, con aplicación irrestricta de la prisión preventiva, invirtiendo el principio de inocencia y sustituyéndolo por el de presunción de culpabilidad, sin costear servicios de abogado defensor, y aplicando penas muy severas que saquen de circulación por largo tiempo a estos delincuentes.

Algunos pretenden que los jueces desconozcan esos derechos en la práctica, pero sin modificar la Constitución, ni la adscripción a tratados internacionales de derechos humanos, criticando a los funcionarios judiciales por su excesivo garantismo en beneficio de los "delincuentes".

Esta última posición encuentra mucha resonancia en la opinión de la gente, en los medios de comunicación, en los órganos represivos (policías, fiscales), e incluso en los mismos tribunales. Hay una marcada tendencia a creer que "sistema duro y represivo" es sinónimo de "sistema penal eficiente", cuando en realidad la historia nos demuestra totalmente lo contrario.

En efecto, en la práctica los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, no han sido los sistemas más eficientes para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que por el contrario aumentan la criminalidad y la impunidad.

El mejor ejemplo, para no salir de nuestra región, lo constituyen los sistemas penales típicos de las dictaduras militares latinoamericanas, los que -con notables

54 Según indica la Casa Alianza (Honduras), desde 1998 se produjeron 3,242 ejecuciones extrajudiciales de jóvenes. 35 jóvenes son asesinados cada mes. Cuando denunció estos hechos, Casa Alianza se refirió a la muerte de un niño de 10 años que dormía en una avenida central de San Pedro Sula. Así se expresó su director: «Los asesinatos y las masacres recientes muestran un desprecio por la vida. Pareciera que la sociedad está satisfecha o se ha acostumbrado a vivir con esta situación que es muy seria». Kliksberg, ob. cit., p. 16.

excepciones- legitimaron esos sistemas de poder, convalidaron sus actuaciones y permitieron los mayores abusos que podamos imaginarnos sobre los ciudadanos. Iniciaron con la delincuencia común (supuestamente), pero pronto ampliaron sus actuaciones sobre los grupos que afectaban la "seguridad del Estado" y la "estabilidad social", persiguiendo sindicalistas, dirigentes, opositores, simples ciudadanos, y así surgieron miles de desaparecidos, fosas comunes, el genocidio, para citar solamente lo más grueso.

Debemos preguntarnos si esos sistemas penales caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, que funcionaron paralelamente con grupos clandestinos dedicados a exterminar personas (supuestamente delincuentes, indigentes, opositores, críticos, etc.), representaron (y representan) una alternativa viable para defender los derechos básicos de los ciudadanos. Desde luego que la respuesta es negativa, pues la "seguridad ciudadana" (entendida, ahora sí, como el conjunto de los derechos básicos de los ciudadanos, incluidas las libertades políticas, económicas y sociales) nunca se vio tan comprometida y disminuida que en esos sistemas.

Debemos aprender de la historia, la cual nos enseña que los sistemas represivos de esa naturaleza no constituyen un medio eficaz para disminuir la criminalidad y menos para proteger los derechos humanos. Por el contrario, ellos dieron (y dan) espacio a un mayor margen de impunidad porque el crimen sistemático fue patrocinado directamente por las estructuras de poder público, con la complicidad de los órganos encargados de reprimirlos, incluyendo a los tribunales.

Algunos ciudadanos creen en esas alternativas como único medio para combatir una creciente criminalidad, sobre todo ante la ineficacia de los cuerpos represivos para disminuirla, pero equivocadamente estiman que el empleo de esos métodos inconstitucionales no los llegará a afectar a ellos, cuando la experiencia demuestra totalmente lo contrario.

El problema se ha acrecentado al estimar una gran mayoría que el garantismo judicial es sinónimo de impunidad, cuando la verdad es que todo depende del trabajo eficiente de la policía y del Ministerio Público en la recopilación de los elementos de prueba que permitan incriminar a una persona como autora de un hecho delictivo. Si hay suficientes y eficientes elementos de prueba de cargo, independientemente de los derechos acordados al acusado para el ejercicio de su defensa, existirá una condena.

Las garantías procesales no constituyen un obstáculo para una correcta aplicación de la ley penal. El proceso está conformado por un conjunto de reglas cuyo

denominador común lo forma la idea de resolver o transformar un conflicto en otro con menor contenido de violencia, y es un medio para prevenirse de la arbitrariedad y de la ineficacia de los órganos represivos. Estos últimos eluden su deber cuando pretenden que los tribunales apliquen la pena sin tramitar adecuadamente un proceso, en el cual se examinen los elementos de prueba válidos que se hubieren recopilado para averiguar la verdad.⁵⁵

2.c. Las respuestas tradicionales al problema de la delincuencia juvenil (los conservadores)

Dentro del marco constitucional y en forma bastante más moderada que las anteriores corrientes, algunos sectores (dentro de los cuales se ubican en su mayoría los mismos órganos represivos del Estado y los Tribunales, así como los medios de comunicación colectiva) proponen las “soluciones” tradicionales al problema de la delincuencia en general, y de la delincuencia juvenil en particular.

Estas respuestas tradicionales están inspiradas en la idea de “endurecer” el sistema penal dentro de los límites constitucionales, con algunas medidas que son las que siempre se han utilizado con mayor frecuencia para combatir la criminalidad:

- aumentar y militarizar a la policía
- aumentar y endurecer las penas
- aumentar el número de personas detenidas

El aumento y la militarización de la policía

Es cierto que es necesaria una mayor presencia de los cuerpos de policía civil en las calles. Con ello se previenen hechos delictivos y se facilita una intervención

55 Ya en 1879, antes del Tribunal de Justicia de Illinois, se dictó por la Suprema Corte de ese mismo Estado una sentencia (People vs. Turner) en la que se declaró que las normas en virtud de las cuales se sometía a prisión a jóvenes sin debido proceso eran inconstitucionales. En este caso un niño había sido enviado a la Reform School de Chicago, sin vista de la causa. Respecto de la extensión del *parens patriae* en este caso la sentencia declara: «Esta restricción de la libertad natural es opresión y tiranía. Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por “el bien de la sociedad”, valdría más reducir ésta a sus elementos originales y reconocer que el gobierno libre es un fracaso...Hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño...Los mismos criminales no pueden ser condenados y aprisionados sin el debido proceso». Fragmentos de la sentencia citados por Cortés Morales, Julio. “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”. Disponible en <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Cad_Sist_Justicia_Juvenil_bibliografia.htm>. Consulta hecha el 2000, p. 69.

rápida para impedir mayores consecuencias, se logra prestar algún auxilio a las víctimas, y además permite realizar de manera más eficiente la labor de aseguramiento y recolección de pruebas, así como también propicia la identificación y detención de los presuntos agresores, entre otras cosas.

Sin embargo, el aumento del número de policías o su militarización, no se traducen necesariamente en una mayor "seguridad ciudadana".

En primer término porque una gran cantidad de delitos de los que provocan alarma social no se realizan en las calles, pues ocurren en ámbitos de intimidad, al interior incluso de las familias o en centros laborales y lugares cerrados.

En segundo lugar, porque la eficiencia del sistema depende del buen funcionamiento de la totalidad de sus componentes (policía, fiscales, jueces, sistema penitenciario, etc) y el subcomponente policial no actúa mejor cuando aumenta su número o cuando utiliza métodos militarizados contra de la criminalidad.

En tercer lugar, como ha puesto en evidencia la Criminología, no tiene sentido pretender reducir la violencia callejera (en especial las agresiones y los homicidios) aumentando el número de personas armadas en las calles. Como muy bien se afirma

«...en los países que transitan por esa vía errada no se ha reducido la criminalidad, y se ha generado en cambio un fenómeno circular: los delincuentes sancionados por el sistema penal pertenecen en forma desproporcionada a los grupos más pobres de la población, y la numerosa policía que los persigue, con salarios miserables, pertenece también al mismo estrato. Y ambos grupos interactúan multiplicando una violencia espantosa que, obviamente, no puede detenerse sino multiplicarse cada vez más de esa manera».⁵⁶

Lo anterior no significa, desde luego, que descartemos la necesaria intervención policial. Por el contrario, creemos que es indispensable para una adecuada y correcta aplicación de la ley penal, sin embargo la forma de mejorar su intervención no se reduce a un problema numérico, ni a militarizar sus actuaciones, sino a la profesionalización y a un mejoramiento de la totalidad de las condiciones laborales y sociales en que se encuentra la policía, incluyendo aspectos como el salario, la capacitación, instrumentos de trabajo, etc.⁵⁷

56 Carranza, Elías. *Criminalidad. ¿Prevención o promoción?* San José: Euned, 1994, p. 74.

57 En las realidades latinoamericanas, la institución policial tiene imperfecciones muy agudas. Su debilidad en términos de profesionalidad, carrera, sueldos adecuados y entrenamiento, la ha con-

El aumento y el endurecimiento de las penas

Otra de las respuestas que solemos encontrar con mayor frecuencia para combatir la criminalidad en general, es la de aumentar y fortalecer la dureza de las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, con la esperanza de que constituyan una forma de desestimular la conducta proclive al delito. Los penalistas denominan ésta la función de prevención general o intimidación, reservada a la pena incluida en el tipo penal.

Si bien en materia de menores los montos de la pena de prisión previstas en cada figura delictiva no tienen aplicación directa, la verdad es que siempre tienen alguna incidencia porque los tribunales de menores tienden a establecer el tipo de "medida tutelar" en proporción a la gravedad del hecho y a la gravedad de la pena prevista para los adultos en la ley, más que a las necesidades de tratamiento y atención que requiera el menor.

De acuerdo con esta idea, las personas (menores o mayores) no van a cometer hechos delictivos si la pena prevista en la ley para esos delitos es dura y grave. Se tiene la creencia que existe una relación directa entre cantidad y gravedad de la pena por un lado y no inclinación hacia el delito, por otro. Vemos una tendencia en algunos países de América Latina a aumentar las penas de prisión, haciéndolas más largas en el tiempo, así como también a regresar a la pena de muerte (al menos a formalizarla en la legislación).

Nuevamente los criminólogos se han encargado de desencantarnos. Por medio de la "teoría de la indiferencia de las sanciones", las investigaciones han mostrado que cualquiera que sea la sanción prevista en la ley (prisión, muerte, inhabilitación, prueba, trabajo, servicio comunal, multa, etc.) ninguna en especial ha tenido incidencia o eficacia en generar menos niveles de delincuencia que otra por el sólo hecho de encontrarse prevista en abstracto y con independencia de su aplicación real. Las razones por las cuales las personas deciden realizar hechos delictivos son otras,⁵⁸ y la pena prevista en la ley cuenta sólo algunas veces para

vertido con frecuencia en "policías malditas" con serios problemas de corrupción, cooptación por los grupos de la droga, y hasta en diversas dictaduras, como las del Cono Sur en los setenta y parte de los ochenta, se convirtió en un apéndice más del sistema de represión instituido. Kliksberg, ob. cit., p. 13.

58 Cuando en estudios de UNICEF se interroga a miembros de las maras sobre por qué permanecían en ellas cuando la posibilidad de que fueran asesinados en corto tiempo era muy alta, la respuesta fue del orden de "dónde quieren que estemos, si es el único lugar donde nos admiten". El Informe USAID (2006) describe así a un típico miembro de una mara: "Roberto, 16 años de edad, dice que se sumó a la mara porque quiere amor y respeto". Citado en Kliksberg, ob. cit., pp. 36-37.

determinar los costos del hecho (riesgo), como ocurre en materia de drogas, homicidio, o en delitos como el aborto.

En realidad no existe una relación directa entre gravedad de la sanción y desestímulo del hecho. Baste citar el caso de la lucha contra el tráfico de drogas y el “lavado” de dinero para comprenderlo. En esta materia hemos aumentado y endurecido desproporcionadamente las penas, sin embargo ello no se ha traducido en una reducción de la actividad que se quiere reprimir. También en otras áreas hemos incurrido en el mismo error, pero ello no ha tenido ningún efecto positivo para disminuir la delincuencia, sino por el contrario comienza a agravar la solución o la redefinición del conflicto. En los países que han adoptado la pena de muerte tampoco encontramos índices de criminalidad y violencia menores que en los países que no la tienen.

Por lo anterior, tampoco el camino del aumento y del endurecimiento de las penas ha sido eficaz para disminuir o atenuar los índices de criminalidad. Como bien señala un reciente informe conjunto de las organizaciones Human Rights Watch y Amnesty International, no hay correlación entre el uso de la cadena perpetua sin libertad condicional y los índices de delincuencia juvenil. No hay indicios de que esta pena impida la delincuencia juvenil o sirva para reducir sus índices. Por ejemplo, en el Estado de Georgia raras veces se condena a menores a cadena perpetua sin libertad condicional, pero los índices de delincuencia juvenil en este estado son menores que en el Estado de Missouri, donde se impone la pena a menores con mucho más frecuencia.⁵⁹

El aumento del número de menores presos en prisión preventiva o sentenciados

Al igual que el aumento y el endurecimiento de la pena, el aumento del número de personas detenidas constituye una de las respuestas más populares para combatir la criminalidad. Popular porque existe una generalizada creencia –sobre todo en sectores externos al sistema penal– de que a mayor cantidad de personas detenidas menor índice de delincuencia existirá en el país.

Esta posición tiene dos vertientes. Por un lado se propugna un mayor uso de la prisión preventiva con el fin de “sacar de la circulación” lo más pronto posible a

59 Human Rights Watch/Amnesty International. “The Rest of Their Lives: Life without Parole for Child Offenders in the United States”. Washington D.C.: Human Rights Watch/Amnesty International, 2004.

menores que se estima son presuntos violadores de la ley penal desde el inicio de cualquier procedimiento judicial; y por otro también se propugna que la “medida tutelar” definida en sentencia, cuando se determina que el menor efectivamente realizó el hecho delictivo, se aplique en centros cerrados, de manera que también se impida su libre circulación en las calles, para lo cual deben desconocerse todo tipo de beneficios de salida y permisos.⁶⁰

Esta es la respuesta que con mayor frecuencia clama la policía frente a los Tribunales. Su queja constante es que ellos detienen a los presuntos delincuentes y los jueces los dejan en libertad, lesionando así -en su opinión- la seguridad de los ciudadanos. Los ciudadanos también tienen una gran confianza en la prisión (preventiva o no), pues creen que es posible por ese medio frenar los índices de delincuencia, y por lo general se pronuncian contra todos los programas dirigidos a racionalizar el uso de esa medida represiva, como resultan ser las medidas sustitutivas, la libertad bajo palabra, la prueba, la excarcelación, etc.

En realidad no existe ningún estudio técnico que permita afirmar que a mayor cantidad de personas en prisión habrá menor cantidad de delitos, pero sí hay estudios que señalan que los países que han aplicado desproporcionadamente la prisión preventiva no han disminuido los índices de criminalidad, y han multiplicado sus problemas.⁶¹

En efecto, cuando se hizo el estudio sobre “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”⁶² Paraguay mantenía un 94.25% de presos sin condena en proporción a la población total privada de libertad, Bolivia el 89.70% y El Salvador el 82.57%, sin que a la fecha hayan mejorado esas cifras; pero ninguno de esos países ha logrado disminuir los índices de criminalidad y por el contrario en la actualidad están empeñados en modificar totalmente la legislación penal con el

60 Según un riguroso informe de USAID (2006) en El Salvador se trató de encarar el crecimiento de las maras, sin duda un peligro público, con leyes Mano Dura en 2003 y leyes Supermano Dura en agosto de 2004. La legislación necesitaba de pocas excusas para encarcelar, incluso la simple presencia de tatuajes era razón suficiente. Las leyes fueron acompañadas de algunos programas preventivos, pero el 80% de los recursos se invirtieron en represión. Con la Supermano Dura se arrestaron 11,000 miembros de maras en un solo año. Sin embargo, el número de homicidios siguió creciendo todo el tiempo. Fueron 2,172 en 2003, 2,762 en 2004 y 3,825 en 2005. En los ocho primeros meses de 2006 el promedio seguía creciendo y sumaba ya 3,032. Kliksberg, ob. cit., p. 14.

61 Entre ellos, la presión sobre el sistema carcelario. Por ejemplo, bajo las leyes duras en El Salvador, la población carcelaria creció fuertemente, y en 2004 ascendía a 12,117 personas en 24 prisiones, las cuales tenían una capacidad real de 7,312. En 2002 ya era considerada la más superpoblada de la región Kliksberg, Bernardo, ob. cit., p. 14.

62 Carranza, Elías; Luis Paulino Mora, Mario Houed y Raúl Zaffaroni. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José: ILANUD, 1983, p. 22.

fin de buscar nuevas respuestas para resolver este grave problema, con fórmulas menos rígidas y más modernas que la represión indiscriminada. En este sentido también debiéramos de aprender de la historia, pero lamentablemente parece ser que tampoco es así.

Además de lo anterior, la prisión no constituye un medio eficiente para lograr la reeducación, la resocialización o la rehabilitación de una persona, ni siquiera sirve para reafirmar en ella la práctica de una vida sin violación de la ley. Por el contrario, los penitenciaristas han insistido en que la finalidad rehabilitadora no pasa de ser una aspiración difícil de alcanzar no sólo por la falta de recursos y el medio en que se habría que desenvolverse, sino también por la naturaleza misma del encierro carcelario, donde las relaciones son impuestas. Enseñar a alguien en la cárcel a vivir en sociedad es como enseñarle a nadar sacándolo del agua.⁶³

Por otra parte, la prisión tiene un altísimo costo.⁶⁴ Es una de las respuestas más caras con que cuenta el sistema penal, sin tomar en consideración la afectación económica que se produce en la persona privada de libertad y su familia, porque no puede trabajar.⁶⁵

Como muy bien se afirma:

«...ni para adultos ni para menores de edad exacerbar el uso de la prisión parece ser la solución recomendable. En materia de menores UNICEF ha

63 Según algunos análisis, el encarcelamiento masivo genera el efecto contrario al buscado. Janeth Aguilar, directora del Instituto de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana opina que “el salto cualitativo y los niveles de profesionalización de las pandillas tienen que ver con la respuesta institucional que dieron las autoridades de Honduras, El Salvador, y Guatemala, donde se aplicaron políticas de represión conocidas como Manos Duras, Puños de Hierro o Planes Escoba. En El Salvador sólo el 5% de los detenidos fue objeto de sentencias condenatorias o absolutorias. Las cárceles sólo sirvieron para que las maras adoptaran estructuras nacionales y organizadas con liderazgos firmes”. Kliksberg, ob. cit., p. 15.

64 En los Estados Unidos, por ejemplo, hay presiones crecientes por reducir los costos carcelarios porque han llegado a cifras cuantiosas, y numerosos gobiernos estatales están tratando de hacerlo. Se estima que actualmente 2.2 millones de americanos están en la cárcel, ocho veces más que en 1975, y se trata del mayor per cápita de presos del mundo occidental. El país gasta anualmente 60,000 millones de dólares en prisiones. Kliksberg, ob. cit., p. 22.

En América Latina, según estudios del BID, a fines de los noventa un país como Brasil gastaba en seguridad pública y privada el 10,5% de su Producto Bruto. Sin embargo, las cifras de criminalidad no mejoraron. Lo mismo sucedía según dichos estudios con Colombia, que gastaba el 24,7% del PIB y Perú, donde el gasto era del 5,3% del PIB. Kliksberg, ob. cit., p. 39.

65 Como describe Vacquart: “el encarcelamiento, además de afectar prioritariamente a las capas más desprovistas: desocupados, precarios, extranjeros, es en sí mismo una tremenda máquina de pauperización. Al respecto, es útil recordar sin descanso las condiciones y los efectos deletéreos de la detención no sólo sobre los reclusos sino también sobre sus familias y sus barrios”, citado por Kliksberg, ob. cit., p. 19.

determinado que en América Latina los institutos de internación alcanzan a cubrir solamente el 4.5% del fenómeno de los llamados menores de edad en “situación irregular”. De lo que se desprende que, además de sus desventajas y efectos negativos (tales como la “prisonización” y “rotulamiento” de los niños), los institutos de internamiento no son la solución posible hacia la que los países en vías de desarrollo podrían orientarse». ⁶⁶

En definitiva, tampoco la prisión ha constituido un medio eficaz para disminuir los índices de criminalidad, ni para resolver los conflictos provocados por los hechos delictivos, aunque constituye la respuesta más buscada por los ciudadanos para esos fines.

En tal sentido, las prácticas punitivas de control del delito –aquellas que contemplan una reacción *ex post*, o sea una intervención que se realiza una vez cometido el delito– han demostrado claramente su ineficiencia para contener dicho fenómeno.

Por ello, en la última década comienza a manifestarse un consenso en torno a la incapacidad del modelo post-delictivo de control para cumplir sus objetivos manifiestos, pues no ha logrado incidir en las tasas de delito ni en los procesos de reintegración social. ⁶⁷ Dada esta situación, se puede observar a nivel mundial la emergencia de un paradigma alternativo en lo que se refiere a las políticas de seguridad denominado “modelo preventivo”. Este supone intervenciones *ex ante*, que buscan evitar la concurrencia del hecho más que castigarlo una vez cometido. Por otro lado, se trata de un nuevo paradigma que incorpora nociones de participación y co-responsabilización por parte de distintos actores de la sociedad civil en lo que concierne al control del delito.

La emergencia de un “modelo preventivo” habilita y promueve la injerencia de distintos órganos de la sociedad civil en las prácticas de la seguridad frente al delito, temática hasta hace poco gobernada en forma exclusiva y excluyente por los aparatos de seguridad del Estado. ⁶⁸

66 Carranza, Elías y Maxera, Rita. “El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina”. Ministerio de Justicia del Salvador. En *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*. San Salvador: Hombres de Maíz, 1995, p. 78.

67 Nicaragua es un ejemplo de cambio de paradigma, desarrollando un enfoque basado en la prevención y rehabilitación más que en la mano dura, con el que obtuvo resultados mucho mejores. Su media está en 8 homicidios por cada 100,000 habitantes. El número y tamaño de las maras se ha reducido sensiblemente. Kliksberg, ob. cit., p. 17.

68 Un estudio a profundidad sobre el funcionamiento de los sistemas de prevención de la criminalidad en el Perú, puede verse en Defensoría del Pueblo del Perú. *¿Ciudadanos desprotegidos?*

2.d. Las nuevas estrategias de “prevención” del delito: el paradigma preventivo entre la utopía y la antiutopía

Estas nuevas estrategias llamadas de “prevención social” se orientan a modificar, por medio de los planes nacionales, regionales o municipales de prevención del delito, los patrones de conducta de aquellas poblaciones que se conciben como potencialmente peligrosas, y en donde los sujetos que componen estos grupos parecen ser encuadrados por los planes de acuerdo a las siguientes características: jóvenes pertenecientes a familias de bajos ingresos, escasa educación formal y dificultades para el ingreso al mercado laboral. Se trata de poblaciones que coinciden en el espacio geográfico con los barrios marginales. La prevención social busca “contener” a estas poblaciones a través de planes de empleo y capacitación, a partir de la conformación de grupos de referencia cuyos objetivos se orientan a disminuir la incidencia de los factores que identifican como promotores de comportamientos delictivos.⁶⁹ Sin embargo, la delimitación de este tipo de intervenciones respecto de los programas más tradicionales de desarrollo social constituye una frontera difusa.⁷⁰

El problema parte, en primer lugar, de la propia denominación de delito contenida en cada uno de estos planes, o dicho en otras palabras, de las definiciones e ideas operantes acerca del delito; en segundo lugar, las definiciones sobre los portadores de ese accionar delictual o delincuentes; y por último, de los agentes convocantes a la participación de la población en las políticas de seguridad.

69 En uno de los países más afectados por la criminalidad joven como Brasil, su presidente Lula ha subrayado repetidamente que el problema está vinculado a la desocupación juvenil. Por ello, ha creado entre otros un programa, “empleo primero”, destinado a sumar gobierno y empresa privada para dar la posibilidad de un primer empleo a los jóvenes, y ha expresado que es “más barato y eficiente construir un aula que una celda”. Kliksberg, ob. cit., p. 42.

70 A pesar, muchas veces, de las buenas intenciones expresadas en los documentos (y también discursos) de las autoridades. Son diversos los ejemplos de documentos en ese sentido, como el que suscribieron recientemente el gobierno de la provincia de Buenos Aires, una de las áreas con más delincuencia de la Argentina, y algunas de las principales fuerzas sociales, denominado “Seguridad: hacia un nuevo consenso democrático” (2006). El documento plantea: “Debe ser erradicada la falsa premisa instalada en nuestra sociedad, por interés, omisión o ignorancia, en el sentido de que se es exitoso en la lucha contra el delito si tan sólo se incrementan las penas, aumentan las cárceles y su población, se encarcela a los niños de la calle por supuestos motivos tutelares y se deponen tantos miramientos en materia de garantía”. Propone que “en su lugar debemos construir un nuevo concepto de seguridad ciudadana que inaugure un nuevo discurso, incorpore como tema central la exclusión social en todas sus manifestaciones y elabore una estrategia de inclusión”. El presidente Kirchner ha enfatizado que “la seguridad no se construye con un palo en la mano”. Citado en Kliksberg, p. 42.

En efecto, en general no parece ser tan amplio el abanico de delitos⁷¹ sobre los que se pretende focalizar las intervenciones. Se trata básicamente de algunos delitos contra la propiedad o contra las personas, delitos que afectan la sensibilidad de los sectores medios. Así, el miedo al delito, la “sensación de inseguridad” o “inseguridad subjetiva” aparece como objetivo de la prevención comunitaria.⁷²

Si bien es usual que sea planteada la importancia que poseen delitos de mayor alcance y menor visibilidad como son la corrupción, la trata de personas, el abuso de autoridad, delitos económicos y delitos ecológicos, a la hora de plantear programas concretos de acción e involucramiento comunitario, son fundamentales los delitos menores e incivildades los que acaparan la atención.⁷³

En segundo lugar, desde una mirada crítica nos interesa revisar el perfil del infractor que se construye implícitamente también en este tipo de planes y políticas gubernamentales de corte comunitario. Un análisis más atento de los mismos nos esclarece quién es considerado un delincuente. En ese sentido, como señala Hener, «el tipo de sujeto que subyace es el propio de las teorías del *rational choice*, individuo que opera mediante una elección racional entre los medios disponibles y atendiendo a las consecuencias probables. Si bien, tal como aclara O` Malley, se trata de un sujeto universal, abstracto y “abiográfico”, entendemos que el énfasis que los planes colocan en la necesidad de intervenir sobre poblaciones carenciadas complementa y perfecciona este perfil. Se corporiza así el abstracto atacante en el clásico sujeto peligroso de la política penal: *el hombre, joven, pobre*».⁷⁴

En tal sentido, como precisa Grompone:

« La condición de pobre, joven o mestizo hace a la persona sospechosa y le restringe los espacios para moverse. Las barreras impuestas por la segregación urbana y garantizadas en algunos barrios por guardias privados, aparecen

71 La determinación de una conducta humana como “delito” surge de la consideración como tal por parte del derecho penal. Sin embargo, el derecho penal en sí mismo no es neutro, como sabemos. Si el plan busca avanzar sobre el problema de la “inseguridad urbana”, la preferencia por actuar sobre determinados tipos de delito debería implicar una elección política consciente, basada en una toma de posición dentro del universo de discurso sobre la criminalidad. Hener, Alejandro. “Marginalidad y riesgo en Argentina y Brasil: análisis comparativo de intervenciones sobre la pobreza desde las políticas nacionales de seguridad pública”. II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población. Documento de trabajo. Guadalajara: 2006, p. 9.

72 Hener, Alejandro. “Comunidades de víctimas-comunidades de victimarios: clases medias y sentidos de lo comunitario en el discurso de la prevención del delito”. *Papeles del CEIC*, Universidad del País Vasco, n.º 34, España, 2008, p. 23.

73 *Ibidem*.

74 Hener, Alejandro. “Marginalidad...”, p. 12.

como precauciones benignas comparadas con la inminencia de la intervención del Estado. La exclusión ya no es una falla en el tejido social, una evidencia de las relaciones de la desigualdad, sino que se la percibe desde la perspectiva de las clases peligrosas. La convivencia amenazada hace que los interlocutores en los que se pueda confiar sean unos pocos conocidos o quizás sólo la familia que ya está sufriendo un proceso de desestructuración. O finalmente el recurso al Estado. La comunicación bloqueada impide la plasmación de mediaciones sociales y políticas, aunque el gobierno pueda señalar que formalmente no las impide». ⁷⁵

Por último, la participación de la comunidad es muchas veces reducida a la provisión de información local para las autoridades centrales: construcción del mapa del delito, identificación de grupos de riesgo, etc. Se trata de una función más de consulta que de genuina delegación del poder. Como advierte Hener:

«La participación, en tanto tecnología de gobierno, apela al accionar de los individuos y actores colectivos en actividades y funciones que antes monopolizaba el Estado. Opera como una forma colectiva de gobierno de sí mismo, reduciendo la necesidad de una intervención permanente de las instituciones estatales y mejorando la economía de su ejercicio. Si bien en primera instancia la participación puede ser presentada como la respuesta a un reclamo legítimo de la sociedad civil, enmarcada en esta nueva economía de gestión, requiere de un análisis crítico que destaque las modalidades en que se realiza, a través de qué medios, con qué objetivos, etc.» ⁷⁶

Así, por ejemplo, en las reuniones de participación comunitaria o vecinal, que suelen tener por objetivo fijar las prioridades de intervención en materia de seguridad pública, atender los reclamos de los ciudadanos y recabar información que permita construir un "mapa del delito" para cada zona, se puede percibir que esta estrategia se orienta básicamente hacia las zonas propias de las clases medias y medias-altas, excluyéndose a las zonas habitadas por los sectores carenciados. Por otro lado, en estas reuniones, los "vecinos" suelen señalar e identificar con claridad qué tipo de individuo entienden es responsable de su "sensación de inseguridad": los "basuriegos", los jóvenes que toman cerveza en una plaza, los limosneros, etc. En definitiva, sujetos pertenecientes a los estratos más empobrecidos, percibidos como tipo de "clases peligrosas".

75 Grompone, "Exclusión...", pp. 173-174.

76 Hener, "Comunidades...", p. 33.

Entonces, podría surgir aquí, como advierte Hener

« La construcción de dos figuras disímiles y potencialmente opuestas: por un lado, el vecino que participa, opina y exige que el Estado lo defienda ante la aparición de “extraños” en su zona de residencia. En segundo lugar, estos extraños-otros –peligrosos que parecen corporizar el riesgo y la inseguridad. Para estos últimos se destina la prevención social: cursos, talleres, y ayudas económicas que permitan modificar los “factores de riesgo” que los constituyen en potenciales ofensores de la ley. En ambos enfoques la noción de riesgo actúa como medio para conformar poblaciones diferentes: la población en riesgo de ser víctimas de delitos –asociada con la clase media y media-alta- y las poblaciones productoras de inseguridades, concepción que incorpora una idea de “causa” estructural que trasciende la voluntad de los individuos y los convierte en poblaciones potencialmente peligrosas». ⁷⁷

En síntesis, el paradigma preventivo aporta la perspectiva de la complejidad social en la que se arraiga el fenómeno de la violencia en las sociedades contemporáneas. Sin embargo, la implícita o explícita identificación de situaciones de pobreza con factores explicativos del delito conlleva a la criminalización de los sectores carenciados, a la vez que al ocultamiento de toda otra gama de violencias, de fuertes implicancias para el ordenamiento social. Por otro lado, si todas las inseguridades e inestabilidades propias de una “sociedad de riesgo” terminan confluyendo discursivamente en el “problema de la inseguridad frente al delito”, se tiende a reforzar la visión alarmista que interpreta toda dinámica social a través de un tamiz de peligrosidad e incertidumbre generalizada. La generación de políticas de corte preventivo y extra-penal presenta cierta potencialidad para ofrecer intervenciones alternativas, no represivas y democratizadoras. Sin embargo, conviene mantener una postura alerta para evitar repetir en la planificación y ejecución de las mismas los viejos vicios de la postura tradicional punitiva. Evitar en definitiva, la recurrente criminalización de la pobreza. Un elemento para lograrlo es explicitar la naturaleza eminentemente política de las intervenciones ligadas a la criminalidad. ⁷⁸

No es pretensión de este trabajo profundizar en las prácticas contenidas en muchas de estas estrategias y planes, sin embargo baste con advertir algunos de sus riesgos y posibilidades. ⁷⁹ En cuanto a sus posibilidades, diremos que a sabiendas de

77 Hener, “Marginalidad...”, p. 11.

78 Hener, “Marginalidad...”, pp. 14-15.

79 Véase Hener, “Comunidades...” Un trabajo que aborda críticamente algunos elementos teóricos y algunas exploraciones empíricas acerca de los nuevos discursos de “prevención comunitaria del delito”.

que la participación no puede ser concebida como un mecanismo ascético de democratización, más bien debería (o tal vez podría) constituir un espacio para ampliar el difícil juego de presiones, enfrentamientos e intereses de carácter eminentemente político que conciernen a las políticas públicas en general y las de seguridad en particular. Un espacio que facilite el uso de la palabra para actores sociales que son tradicionalmente silenciados, dada la correlación de fuerzas políticas y económicas existentes. Ello entrañaría un considerable cambio frente a la concepción tradicional de la seguridad física y de los bienes materiales como un derecho a ser garantizado en forma exclusiva por el Estado. La convocatoria a una participación activa, descentralizada y responsable por parte de los ciudadanos podría reflejar así profundos cambios en las concepciones acerca del delito y de los delincuentes.

Son justamente las luchas políticas –y como tales, ideológicas– las que instalan programas en la agenda social e influyen en la implementación de las distintas tecnologías de gobierno. El “tema de la seguridad” es por tanto una lucha eminentemente ideológica,⁸⁰ y sólo entendiéndola y encarándola como tal será viable identificar algunos de los insoslayables cambios que las sociedades contemporáneas requieren para ser más justas, equitativas y menos violentas.

Por otro lado, tal como lo mencionamos más arriba, el paradigma preventivo por definición refiere a una modalidad alternativa al paradigma punitivo y podría suponerse que llegado a cierto desarrollo, su práctica podría entrar en contradicción con él. Del mismo modo, podríamos suponer que la prevención irá desplazando progresivamente las prácticas punitivas al tiempo que adquirirá mayor preeminencia dentro de la política criminal. Sin embargo, estas transformaciones no han devenido en una retracción de las prácticas punitivas tradicionales. Por el contrario, la profundización de estas prácticas son reclamadas tanto desde los discursos mediáticos como desde los proyectos legislativos, ya que en el imaginario social continúan siendo las formas más efectivas de control del delito. Pero más allá de esta afirmación, podemos reconocer que se trata de racionalidades que van estableciendo sus propios cursos de acción en forma relativamente autónoma y en articulación con las tecnologías que ponen en funcionamiento. Es así como

80 Como señala Hener, esta categoría permitirá superar la concepción que reduce el poder (ya sea político o de otro tipo) al Estado, redirigiendo la observación hacia los múltiples dispositivos que pueden ser puestos en funcionamiento por una diversidad de autoridades, intereses, grupos y fuerzas que de una u otra manera regulan la vida de los individuos. “Comunidades...”, p. 4.

ambas estrategias vienen conviviendo y desarrollándose en forma paralela, sin entrar en conflicto entre sí.⁸¹

Emilio García Méndez y Elías Carranza refiriéndose al fracaso y crisis definitiva de la concepción de la "situación irregular", ha enfatizado que los mismos no impiden, sin embargo, que ésta se manifieste como un "castillo de naipes que estallando en mil pedazos vuelve a reconstruirse cada vez, apoyada en omisiones más flagrantes y eufemismos más frágiles".⁸² Esa propiedad de "ave Phoenix" de la doctrina de la situación irregular, podría tener la siguiente explicación, en palabras del mismo autor:

«En primer lugar, esta sobrevivencia remite al carácter hegemónico de una cultura que no ha querido, podido o sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante. En segundo lugar, su persistencia se relaciona también con una cierta incapacidad de los movimientos sociales en percibir la especificidad del vínculo existente entre la condición material y jurídica de la infancia. En tercer lugar, su capacidad como instrumento de control y más aun como sucedáneo ideológico de la concentración de la renta y en definitiva, la instauración de "un sálvese quien pueda" del darwinismo social».⁸³

Pero no todo huele a podrido en Dinamarca. Ayudar a desmontar con paciencia y sin falsas piedad una alarma social⁸⁴ sin centro y sin límites no constituye seguramente una condición suficiente para nada, pero sí, tal vez, una de las tantas condiciones necesarias para transitar el muy difícil camino de una modesta utopía.⁸⁵

81 Puede revisarse el magnífico estudio de Romeo Grompone "Posibilidades y límites de experiencias de promoción de la participación ciudadana en el Perú". Documento de trabajo n.º 132, serie Sociología y Política n.º 38. Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2004. En él, el autor hace una presentación crítica de las estrategias de participación ciudadana que coexisten con estrategias autoritarias aun vigentes en el Perú actual.

82 García Méndez, Emilio y Elías Carranza. "El derecho de 'menores' como derecho mayor". En *Derecho a tener derechos*. Tomo II. Bogotá: UNICEF-TACRO/IIN-OEA, 1993, p. 48.

83 *Ibidem*.

84 Alarma social que debe entenderse asociada al concepto de *aporofobia*: es decir, a un sentimiento de miedo y a una actitud de rechazo al pobre, al sin medios, al desamparado. Tal sentimiento y tal actitud son adquiridos. La aporofobia se induce, se provoca, se aprende y se difunde a partir de relatos alarmistas y sensacionalistas que relacionan a las personas de escasos recursos con la delincuencia y con una supuesta amenaza a la estabilidad del sistema socioeconómico (El concepto *aporofobia* es utilizado por la filósofa española Adela Cortina, en el artículo "Aporofobia". *El País*, 7 de marzo del 2000, p. 14).

85 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía". Disponible en <http://w.w.w.iin.oea.org/indice_adolescentes_y_responsabilidad_p.htm>, p. 13.

2.e Reflexiones sobre el caso peruano

No hemos encontrado mejor ni más auténtica expresión que dé cuenta de la trágica - y lamentablemente aún no resuelta - relación entre nuestra infancia, la sociedad y Estado peruanos,⁸⁶ que aquella esgrimida en el capítulo final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que aborda lo vivido por los niños durante el periodo de violencia armada interna (años 1980-2000). En tal sentido, haremos nuestras algunas de las acertadas reflexiones que sobre esta etapa y la etapa del posconflicto expresan Morsolin y Cussianovich.⁸⁷ Tales consideraciones pueden sintetizarse así:

1. La CVR da cuenta de tratos inauditos, de comportamiento sistemático de los agentes del Estado en relación a los niños, así como de las formas en que los grupos alzados en armas violaron los derechos de la infancia, configurándose para las poblaciones un escenario insostenible, por se de situación límite. Así, la violencia no diferenció entre adultos y niños. La CVR ha reportado 2,952 crímenes y violaciones que vulneraron los derechos de los niños y niñas cometidos por el PCP-SL, los agentes del Estado y el MRTA.⁸⁸
2. El conflicto armado en la medida en que se fue agravando y extendiéndose, demandó de la autoridad una revisión del marco jurídico. No sólo se revisaría la legislación laboral exigida para el buen desenvolvimiento del orden económico internacional y en contexto de globalización, sino también, por las condiciones planteadas por organismos financieros internacionales y por la presión de inversionistas y empresarios nacionales, la legislación en materia de seguridad nacional. De la mano se requería una normativa que con todo el peso de la ley sancionara a los llamados subversivos y sin distinción de edades. Es decir, la legislación de esos años, reproducía la lógica de que todos son peligrosos y debe haber sanciones. La edad serviría sólo para graduar las medidas a tomarse. Los menores detenidos son golpeados desde su "captura". A pesar que la legislación estipula que los menores son "inimputables", se les trata como si fueran "delincuentes", sin respetar sus más elementales derechos. Cuando se les interna, se les somete también a múltiples formas

86 La verdadera revolución cultural de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño radica precisamente en el hecho de alterar radicalmente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación entre la sociedad (los adultos) y el Estado con la infancia: la arbitrariedad absoluta amparada en la idea de la incapacidad y subvaluación de la infancia. Volvemos al nexo entre infancia y política.

87 Morsolin y Cussianovich, ob. cit.

88 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., p. 6.

de tortura, como ejercicios extremos, como castigos, prácticas humillantes. La práctica de la tortura en menores se convierte en algo cotidiano.⁸⁹

3. En ese contexto, en abril de 1992, se da la Ley Antiterrorista, que implementa una normativa en la esperanza de contar con un marco operativo que le diera legalidad en la aplicación de medidas más severas. Se trata de un modelo normativo con penas más dura y procedimientos sumamente restrictivos. Sin embargo, la lucha frontal contra la violencia en la sociedad peruana no está en el endurecimiento del Derecho Penal, sino en enfrentar las causas de la misma, considerando la sociedad en su conjunto. Entre sus puntos más graves encontramos el Decreto Ley 25564 del 20 de Junio 1992, "Responsabilidad Penal de los Menores de Edad", que reduce la edad de inimputabilidad de menores a 15 años por participación en acciones terroristas. De esta forma se invertía la lógica tutelar del Estado en relación a los niños y niñas, por una lógica de represión. Y es que en el fondo la normativa de aquellos años sobre infancia y conflicto armado, estaba inspirada en los postulados de la criminología positivista, según la cual los menores de edad son juzgados como personas peligrosas y son internados, institucionalizados. Estamos ante una cultura correccionalista y represiva en nombre de la seguridad del país.⁹⁰
4. Cabe señalar que el Código de los Niños y Adolescentes fue modificado y en él se incluyeron artículos como el que autorizaba a los alumnos a denunciar a sus maestros por apología del terrorismo ante lo cual el juez debería decidir una pena no menor de 20 y hasta 25 años. Este artículo fue luego de unos años retirado, pero la Ley 27337 sobre "Pandillaje Pernicioso" fue incorporada en el Capítulo IV del Código de los Niños y Adolescentes actualmente vigente en los artículos 193 al 199, y hasta la fecha no ha sido posible lograr su retiro.⁹¹
5. Podemos decir que con la creciente ola de violencia callejera en la que menores de edad no están excluidos, revive en la sociedad peruana cierta conciencia autoritaria que lleva a una severa penalización. En tal sentido, nuestra sociedad no es inmune a internalizar y poner en marcha la lógica castrense cuando se ve amenazada su estabilidad o cuando piensa que en el futuro podría serlo. Las representaciones sociales sobre infancia que hemos heredado, en particular en el mundo urbano y costeño –por no decir limeño– y las culturas

89 Morsolin y Cussianovich, ob. cit. p. 8.

90 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., p. 9.

91 *Ibidem*.

de adultez que aun predominan, explican en gran parte los comportamientos actuales de la sociedad y del Estado frente a la infancia. Ciertamente que el contexto de guerra condujo a sus extremos la lógica subyacente a dichos constructos sociales.⁹²

6. Sin embargo, no todo lo sucedido puede adjudicarse a las alteraciones que provocó la guerra. Su lógica estaba instalada desde mucho antes que el conflicto conmoviera al país. La lejanía social, política y cultural del mundo indígena no se remonta a los últimos 25 años. Es secular, y el olvido o la negligencia del país han contribuido desde muy atrás a configurar niveles de exclusión, de discriminación, postergación y hasta expresiones de racismo que la guerra puso en cruda evidencia.⁹³
7. Dos consideraciones nos parecen necesarias. La primera, refiere al carácter aún desconfiado del proceder de la sociedad frente a los niños y niñas, no sólo del mundo andino y amazónico, no sólo frente a los niños de sectores pobres. La segunda, refiere al hasta ahora insuficiente aprovechamiento de lo vivido durante el conflicto armado y cómo la violencia se ensañó con los niños y niñas, para un cambio radical de las relaciones de la sociedad y el Estado con la infancia. La CVR nos ofrece la oportunidad de un nuevo pacto social con la infancia de nuestro país, pacto basado en el reconocimiento de los niños como sujetos sociales de derechos, como ciudadanos sociales y culturales bien antes de estar jurídicamente facultados para votar o ser elegidos. Esta es la ética por la que debe dejarse interrogar el pacto social que hagamos con los niños y las niñas de nuestro país.⁹⁴
8. El informe de la CVR nos entrega un material insoslayable para diseñar un futuro viable para los peruanos y peruanas. Lo referido a los niños y niñas es además hacer memoria de futuro que sólo será viable si supera la inmisericordia que caracterizó el pasado cercano, la insensatez y temeridad patológicas que expresaron enfoques y prácticas de quienes combatían con armas, de quienes administraban justicia, de quienes desde los medios manejaban imágenes y mensajes subliminales y directos que pretendían inútilmente transformar el escándalo y el horror en sensatez, cordura y voluntad política de asumir la complejidad de lo que sucedía. En el fondo todos tuvimos algo de fundamentalistas, todos nos atrincheramos en dogmatismos, todos fui-

92 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., pp. 4-5.

93 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., pp. 3-4.

94 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., p. 10.

mos sectarios desde distintas posiciones; todos cultivamos sentimientos de intolerancia y hasta de odio; unos actuaron en conformidad con “manuales” preestablecidos de guerra y otros, con los “manuales” -en la práctica, no muy distintos de los anteriores- que fuimos creando y justificando con el transcurrir de acontecimientos. Sólo así puede atisbarse una comprensión de lo que fuimos capaces de hacer con los niños y niñas en esos años aciagos y lo que con otras características hemos seguido haciendo con ellos y ellas en los años transcurridos después. La pregunta que se impone podría así enunciarse: ¿En qué se transformó la visión de los peruanos sobre sus niños y niñas? ¿O más bien se reforzaron representaciones autoritarias, proteccionistas, asistencia- listas frente a ellos y ellas?⁹⁵



95 Morsolin y Cussianovich, ob. cit., pp. 3-8.

V. UNA MIRADA A LA CULTURA DE LOS JUECES

1. Problemática de la especialización de los jueces en materia penal juvenil

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40° inciso 2), literal b), párrafo “v”, garantiza el sometimiento del adolescente a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

A ello se agrega la necesidad de una justicia especializada para el juzgamiento del adolescente, lo que responde a la necesidad de contar con un magistrado que tenga una preparación adecuada para el tipo de procesos que debe conocer. Al respecto, el inciso 1° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado establece como principio de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no pudiendo existir otra jurisdicción, salvo la militar y arbitral. En el inciso 2° primer párrafo se consagra la independencia judicial, mientras que en el inciso 3° segundo párrafo el del juez natural.

Por lo tanto, resulta claro que los adolescentes acusados por la comisión de una infracción tienen derecho a ser juzgados por una instancia judicial que tenga las características esenciales señaladas.

El Código de los Niños y Adolescentes contempla la existencia de una justicia especializada a cargo de los Juzgados de Paz Letrados, Juzgados Especializados, las Salas de Familia y la Corte Suprema (artículo 133°). Dentro de las funciones del Juez de Familia está el juzgar a los adolescentes infractores, decidir la procedencia de la acusación, la aplicación de medidas provisionales y resolver la situación jurídica del adolescente aplicando una medida socio-educativa o absolviéndolo.

Sin embargo, el establecimiento de una administración de justicia especializada no sólo implica la creación de juzgados y salas especializadas, sino además contar con todo un procedimiento particular desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de la medida.

Debe recordarse que antes del Código de los Niños y Adolescentes de 1993, no existía un sistema de administración de justicia especializada, ya que los denominados Juzgados de Menores no formaban parte de un sistema integrado y especializado, pues ello recién se produjo cuando se dispuso que la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima se convierta en Sala de Familia encargada de resolver exclusivamente los procesos de los niños y adolescentes.

Para lograr una mejor especialización y administración de justicia, los 14 Juzgados de Familia (antes del Niño y Adolescente) que existían hasta mediados de 1997 fueron divididos por materias civil, tutelar y penal. Ello determinó, por ejemplo, que en caso del Distrito Judicial de Lima sólo 3 juzgados sean competentes en asuntos relacionados a infracciones de la ley penal.

Esta especialización se extendió a los fiscales y abogados de oficio, que de manera exclusiva conocen los asuntos relacionados a los niños y adolescentes. En la parte administrativa, se han conformado órganos auxiliares, como el Equipo Multidisciplinario, la Policía Especializada, la Policía de Apoyo a la Justicia, el Servicio Médico Legal y el Registro del Adolescente Infractor (artículos 149° al 159° del Código de los Niños y Adolescentes).

Esta especialización fue el resultado de conversaciones y pedidos del sector vinculado al trabajo con niños y adolescentes, quienes consideraron necesaria la existencia de un sistema especial de administración de justicia para el caso de infracciones a la ley penal cometidas por los adolescentes. Esta especialización forma parte de un proceso aun inconcluso, en tanto existen zonas del país donde los procesos de adolescentes infractores vienen siendo resueltos por juzgados mixtos que conocen al mismo tiempo de asuntos civiles, penales y de familia.

Si bien la carga procesal de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima no justifica crear una Sala Especializada en materia penal juvenil, subsiste el problema de la falta de especialización, ya que la Sala existente resuelve de manera indistinta tanto asuntos civiles, tutelares y los referidos a infracciones de la ley penal, sin tener en cuenta que cada uno de ellos contiene conceptos básicos radicalmente distintos entre sí.

La exclusividad del Poder Judicial para conocer los procesos de los adolescentes infractores a través de los Juzgados y Salas de Familia, fue afectado por el Decreto Legislativo N° 895, pues inicialmente trasladó la jurisdicción al Fuero Militar, contraviniendo el Principio de Juez Natural. Esta situación tampoco fue corregida por la Ley N° 27235, pues se limitó a trasladar la competencia a los jueces penales para adultos, manteniéndose con ello la afectación al Principio de Jurisdiccionalidad.

Adicionalmente, en estos casos, era imposible recusar a los magistrados y auxiliares de justicia (Decreto Legislativo N° 895, artículo 7ª inciso i) afectando la capacidad del adolescente y su defensor de garantizar la imparcialidad del tribunal. Prohibir toda forma de recusación es una manera de afectar esta garantía del debido proceso. De acuerdo a la norma, no se podía recusar al juzgador a pesar de que existían evidencias que lo justifiquen (como parcialización por ejemplo).

En definitiva, la perspectiva sobre el problema de la especialización es que no está cumpliendo con la implementación de una jurisdicción especializada, bajo el argumento recurrente de la escasez de recursos. De tal manera que el tema de la especialización es una tarea pendiente en el Perú. Se propone que en nuestro país, no solamente haya jueces sino también fiscales y defensores dedicados exclusivamente a esa tarea y que haya al menos una sede por distrito judicial del país, lo cual obligaría a cumplir los presupuestos de una adecuada especialización.

Tal conclusión se explica en gran parte por una comprensión de los paradigmas culturales que subyacen acerca de la consideración social de la infancia preexistentes en las políticas jurisdiccionales y sus operadores, por lo que vale la pena echarle una última mirada reflexiva y actualizada a esta dimensión "antropológica".¹ Para ello, recurriremos a la exposición de un estudio realizado por UNICEF cuyas conclusiones nos son en tal sentido asaz reveladoras.²

1 Una visión antropológica sobre la infancia supone concebir la cultura como un conjunto de representaciones colectivas e implica develarlas, significar, semantizar, otorgar significado a los símbolos que se manifiestan en la conducta social sobre el punto. Oviedo, José. *El Perú y su futuro. Dos paradigmas culturales sobre la infancia*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1999, p. 9. Por otro lado, tal como sostiene Alf Ross, "aun cuando la obediencia al derecho está profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural". *Sobre el derecho y la justicia*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 174.

2 UNICEF y Comisión para los Derechos del Niño del Poder Judicial. *Diagnóstico de la administración de justicia penal juvenil: un enfoque desde la cultura*. Lima: UNICEF, 1998.

2. La cultura jurídica como objeto de estudio

La parte sustancial del estudio pretende identificar y entender los elementos de una cultura jurídica de los magistrados situada históricamente dentro de un proceso de transición, a medio camino, entre una concepción del derecho inscrita en la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral. Por otro lado, examinar las resistencias culturales que podrían producirse a partir de una extensa práctica efectuada en un contexto legislativo perteneciente a la Doctrina de la Situación Irregular, doctrina no sólo hegemónica sino prácticamente exclusiva durante décadas, pues éramos conscientes de cómo este factor que llamamos de "resistencia cultural" podría gravitar negativamente en el desarrollo del nuevo derecho del niño y del adolescente, y contribuir a un proceso apresurado y superficial de adecuación meramente formal a los nuevos principios político - jurídicos internacionales, que consideran, a la categoría infancia como pleno sujeto de derechos.

Vale la pena recordar cómo, antes de la Convención, la legislación nacional se inspiraba íntegramente en los principios de la Doctrina de la Situación Irregular. Una doctrina, que aunque «vagamente formulada» según expresión de Emilio García Méndez, marcó decisivamente las legislaciones de "menores" de nuestro continente, otorgándoles los rasgos que a continuación se enumeran:³

- a. Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños y adolescentes por un lado, y menores por el otro (entendiéndose por éstos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los menores tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
- b. Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnimoda y discrecional.
- c. Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a «patologizar» situaciones de origen estructural.
- d. Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevantes los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores medio y alto.

3 Véase García Méndez, Emilio. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, con el apoyo de UNICEF-TACRO, 1994, pp. 21-22-27-28.

- e. Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de la libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
- f. Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de protección.
- g. Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del Derecho, incluso aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los habitantes.
- h. Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación empírica de sus consecuencias reales.

Por otro lado, podemos decir que los rasgos centrales de las nuevas legislaciones basadas en la Doctrina de la Protección Integral son los siguientes:

- a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad - arbitrariedad por el binomio responsabilidad - justicia.
- e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debidamente comprobada- de delitos o contravenciones.
- f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del Derecho contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la "internación" o la "ubicación institucional" (sólo para dar dos ejemplos), según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

En tal sentido, el estudio tiene por finalidad identificar en los magistrados de familia los rasgos de origen cultural o ideológico que más dramática y comúnmente podrían conducir a desviaciones sustanciales de los contenidos de la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia, sentando sus raíces en el paradigma formalmente superado -pero al parecer aún en demasía presente- de la Situación Irregular. Para este efecto, elegimos explorar prioritariamente el área de los adolescentes en conflicto con la ley, por ser tal vez el área con la mayor cantidad de mitos sociales en torno a la infancia, y además por haber sido prácticamente la razón de ser del “derecho de menores” en tanto instrumento creado básicamente para regular el “control social” de la infancia.

Como señala García Méndez:

«En pocas áreas de las políticas para la infancia, se han concentrado tantos mitos como en el campo de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Buena parte de los mitos surgen de sostener y difundir concepciones ontológicas de la llamada delincuencia juvenil. En palabras simples, esto significa sostener que la delincuencia juvenil constituye un problema, independientemente de la reacción social formal o informal que la define y controla...»⁴

En el estudio no se buscó indagar mayormente en otros aspectos que no fueran estrictamente vinculados a la cultura de los magistrados y que no formaran parte de ese “invisible” y “ajeno al tacto” mundo huidizo de las ideas que subyacen, de las opiniones fugaces o de las percepciones muchas veces “imperceptibles” a primera vista del observador, pero que de suyo revelan posiciones, valores y actitudes fuertemente arraigadas en la sociedad peruana. En tal sentido, quisimos reducir al mínimo la exploración de los aspectos cognitivos de los encuestados, en el supuesto -sin embargo verificado a partir de algunas respuestas de los magistrados, que luego daremos cuenta- que la concepción jurídica y la interpretación legal de la judicatura peruana en general es esencialmente positivista y formalista.⁵ Sobre

4 García Méndez, Emilio. “Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales”. Mimeo. Bogotá: Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe. 1995, p. 2.

5 Según este resultado, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a una función puramente racional. Sin embargo, para autores como Alf Ross, este cuadro en puridad no se asemeja en nada a la realidad. La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. De ahí es donde la interpretación designa la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, surge de actitudes que están más allá del simple respeto del texto legal. Véase Ross, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. Hierro. Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, dirigida por José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares,

esta última conclusión, por lo demás, los investigadores coinciden ampliamente. Por ejemplo, Ricardo León Pastor, enfatiza:

«El legalismo se presenta como un fenómeno que se encuentra inevitablemente presente en la conceptualización jurídica de los magistrados peruanos (...) Una concepción positivista de este tipo, implica que el Derecho, entendido como conjunto de normas producidas por el Estado, debe ser “directa y ascépticamente” aplicado por los jueces. Así, éste es un nivel de “formalismo teórico” conectado estrechamente al formalismo interpretativo que los investigadores han identificado como característica del razonamiento de los magistrados peruanos”.⁶

Para alcanzar la información deseada, aplicamos una serie de preguntas que abarcaron aspectos cognitivos, opiniones, valores y expresiones de autopercepción de los magistrados, que nos permitieran no sólo identificar los elementos culturales, sino también ciertos elementos de contexto, exógenos al factor cultural, que podrían estar operando en contra del proceso de integración cultural de los magistrados.

Buena parte de nuestras preguntas tendieron a conocer las concepciones de los magistrados acerca de la llamada delincuencia juvenil. Esta entrada nos permitió detectar no sólo *prima facie* las consideraciones culturales que subyacen al fenómeno social de la delincuencia juvenil en sí mismo, sino también constatar la consideración de la influencia de los factores sociales como fundamento último de la validez de un ordenamiento jurídico, dentro de la concepción de los encuestados.

Elías Díaz subrayará la importancia de la relación entre la influencia de los factores sociales y el Derecho (en este caso la aplicación judicial del Derecho) cuando se refiere a

«la consideración de las fuerzas reales de todo tipo y de los factores infra y superestructurales (factores económicos, sociales, culturales, políticos, éticos) que determinan el nacimiento, conservación, y posible muerte del Derecho, tanto en un sentido general histórico como en referencia a un concreto ordenamiento jurídico positivo...»⁷

2000, pp. 17-18, 31, 42-43, 51, 56-57, 58-59, 171.

6 León Pastor, Ricardo. *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Lima: Academia de la Magistratura, Colección de Estudios Judiciales, 1996, p. 17.

7 Díaz, Elías. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 131.

Y precisará inmediatamente

«...Bien entendido que todos estos factores no constituyen entre sí “entes” autónomos, sino que, al contrario, todos ellos deben tratarse como sectores mutuamente relacionados de un proceso siempre abierto de totalización social...»⁸

La constatación de estos factores nos permitiría pues, identificar si esta radical dimensión histórica del Derecho⁹ está presente en la consideración cultural de los magistrados o, por lo contrario, queda establecida la tendencia hacia la perspectiva formalista estatalista de la relación puramente abstracta, «ontológica» a decir de García Méndez, entre Derecho y Sociedad o entre Derecho y Realidad.¹⁰

3. Concepción ontológica de la realidad

En primer lugar, quisimos saber cómo conceptualizaba el interlocutor la delincuencia juvenil, en tanto fenómeno dependiente de la reacción social formal o informal que la define y controla. Se entiende por reacción social formal, el conjunto de instituciones y dispositivos relativos, en este caso, al subsistema de la justicia penal juvenil. Este subsistema, abarca desde las definiciones normativas hasta las prácticas de privación de libertad, lo que incluye la acción de la policía, la justicia, el servicio social, etc. Por reacción social informal se entiende, en cambio, la acción de los medios masivos de comunicación, opinión pública, etc.

Desde una perspectiva no ontológica, si se entiende la realidad como un proceso socialmente construido, es posible entender el delito y la delincuencia juvenil, no como entes naturales, sino como acciones humanas a las cuales la reacción social formal e informal otorgan un sentido determinado. De aquí se deduce, el carácter constitutivo de los diversos tipos de reacciones. En este sentido, entendemos que cada sistema de justicia construye, en cierta medida, un tipo particular de infractor.

Esta perspectiva ontológica es la que ha conducido históricamente al predominio de posiciones equivocadas sobre el área de problemas denominados “delincuencia

8 Ibídem.

9 Siguiendo a Ross, el Derecho es un fenómeno de la realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por hombres y que depende de factores externos de poder, aunque la idea específica que se manifiesta en el Derecho es la justicia. *Sobre el derecho...* pp. 173-175.

10 El Derecho es al mismo tiempo, algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas. Véase al respecto el artículo de Emilio García Méndez “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). En *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 14-17.

juvenil". Desde esta perspectiva, está muy difundida la creencia que sólo el aumento permanente de las sanciones penales, puede resolver los problemas sociales comprendidos en ella. En este caso específico, esta posición se traduce en propuestas, en general, irreflexivas e inmediateistas, de baja de la edad de la imputabilidad penal. Se argumenta generalmente, que la criminalidad adulta reclutaría adolescentes de 16 y 17 años para actividades criminales justamente por su carácter de inimputables. Esta posición, tiene su origen en el contexto de las leyes tradicionales que no posibilitaban muchas respuestas como las que ahora tiene el nuevo Código, y que determinaban las decisiones judiciales en materia infraccional en "soluciones" que concluían exclusivamente en privaciones a la libertad.

Tales planteamientos desconocen las causas reales de la criminalidad, las mismas que tienen sus raíces en la sociedad y sus condiciones de extrema pobreza y marginalidad. Es esta sociedad y su Estado quienes tienen la responsabilidad de luchar por la eliminación de los factores de alto riesgo más allá de la mera persecución del delito y la sobre penalización del mismo, no siendo la privación de libertad el único instrumento de la política criminal del Estado.

Como nos lo recuerda Jorge Mera Figueroa

« Debe tenerse presente en primer lugar que el sistema penal es sólo uno de los instrumentos -de última ratio- de que disponen el estado y la sociedad para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. Un instrumento que, por lo demás, llega demasiado tarde, por lo que el énfasis debe estar puesto en el diseño e implementación de políticas públicas de carácter preventivo relacionadas con las variadas áreas del quehacer social (económicas, educacionales y de capacitación, familiares, urbanas, de recreación, entre otras) que tienen incidencia en el fenómeno de la delincuencia. (...) En lo que respecta al sistema penal debe tenerse claridad sobre sus posibilidades y limitaciones, con el fin de utilizarlo adecuadamente y no hacerse falsas expectativas a su respecto. En este sentido hay que destacar que el objetivo del sistema penal no es la erradicación o supresión de la delincuencia, sino que uno más modesto, su disminución. o cuando menos, su control. El delito es un fenómeno inevitable como la enfermedad y la muerte, consecuencia como es de la imperfección de la sociedad y del ser humano. La sociedad debe, por tanto, acostumbrarse a vivir con una dosis inevitable de criminalidad, sin perjuicio, por cierto, de hacer los máximos esfuerzos –compatibles con las garantías penales propias de un estado de derecho- para disminuirla en la medida de lo posible».¹¹

11 Mera Figueroa, Jorge. "Política criminal y seguridad ciudadana". Disponible en <http://www.derecho.udp.cl/publicaciones/politca_criminal.pdf>, pp. 3-4.

4. El poder discrecional de los jueces y su percepción del infractor

Las leyes de menores, basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, otorgaban como una consecuencia natural y legal, un extremo poder discrecional al Juez,¹² demostrando que el funcionamiento real del sistema oscila, a partir de su práctica, entre formas extremas que van de la impunidad a la arbitrariedad represiva, con la paradoja que las más de las veces estos excesos y desviaciones se producen en “estricto cumplimiento de la ley”.¹³

La primera de ellas, que García Méndez denomina «paternalismo ingenuo», considera que el derecho penal no es nada. Se parte de la suposición falsa que afirma que los menores de 18 años son incapaces de cometer violaciones a las leyes penales, y que en el caso de ser cometidas no deberían ser objeto de ningún tipo de reproche jurídico, en la medida en que automáticamente e invariablemente estarían denotando tendencias patológicas, cuando no trivialidades propias de su edad.¹⁴

Frente a ella, se puede contraponer una segunda posición que el mismo autor califica de «retribucionismo hipócrita», es decir la clásica actitud social e institucional represiva, que mientras sostiene que el “derecho penal lo es todo”, no puede dejar de desconocer el carácter problemático de las respuestas del derecho penal ante la denominada delincuencia juvenil, en tanto producto de una sociedad que se debate entre la “pobreza extrema y el maltrato infantil”.¹⁵

12 Premunidos los jueces de amplias facultades discrecionales, pudiendo “tomar la medida que crean más conveniente”, no resulta infrecuente la verificación en la realidad de violaciones gravísimas a las normas penales, cometidas por adolescentes pertenecientes a sectores de clase media y alta, que no producen ninguna consecuencia negativa para sus autores, justamente por el hecho de poseer un entorno familiar, concurrir a instituciones educativas, etcétera. Por el contrario, suele suceder, que los niños y jóvenes pertenecientes a los estratos más bajos de la sociedad sean privados de la libertad, por la supuesta comisión (la más de las veces no debidamente comprobada) de infracciones banales, o muchas veces como una mera medida de “protección”, incluso contando con los mismos atenuantes que los primeros. La conducta de este juez, aplicando un “doble standard” de justicia para los menores de edad, sólo puede ser comprendida, por lo tanto, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su accionar.

13 La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista-mecanicista suponía que el motivo era o debía ser la obediencia a la ley; es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. El significado de una ley, por supuesto, no siempre es claro. A menudo tiene que ser descubierto mediante la interpretación. Ross, *Sobre el derecho...*, p. 173.

14 García Méndez, *Adolescentes en conflicto...* p. 3.

15 García Méndez, Emilio. “El adolescente infractor como categoría jurídica: las medidas de carácter socioeducativas”. En *Seminario taller internacional: El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial-UNICEF, 1995, p. 2.

En ambos casos, cualquier respuesta jurídica firme, no sólo no sería apropiada, sino además inútil.

Evidentemente, ambas actitudes son sólo aparentemente antagónicas, pues en el fondo, lo que subyace a ellas es un «profundo desprecio por la infancia como verdadero sujeto de derechos»,¹⁶ al no lograr reconocer siquiera que esta infancia tiene derechos, y que el Estado y la sociedad tienen la obligación de posibilitarles el desarrollo de un proyecto de vida digno.¹⁷

En el presente estudio hemos querido igualmente identificar la presencia de estas dos tendencias. Para ello, preguntamos a los magistrados acerca de su percepción del infractor a la ley penal, enfocada sea como objeto de compasión, sea como objeto de represión.

5. La aplicación del Derecho

La Doctrina de la Protección Integral de la Infancia, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, altera radicalmente la consideración jurídica de niños y adolescentes. Esta alteración, se manifiesta con particular intensidad en el área específica del Derecho Penal Juvenil, en donde los principios generales del derecho moderno (en este caso particular del derecho penal) se encuentran no sólo en todo el espíritu de la Convención Internacional, sino además en forma explícita en su texto positivo. Una auténtica interiorización de esta doctrina supone la producción de decisiones judiciales significativas directamente basadas en dicha norma.

En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el “menor” se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría social de “delincuente”, se

16 García Méndez, *“El adolescente infractor...”*, p. 3.

17 El punto fundamental a resaltar es que no podemos, como dice García Méndez, dejar librada la producción de verdadera justicia al ámbito de la buena voluntad de los jueces o funcionarios del Poder Judicial. Véase García Méndez, *“El adolescente infractor...”*, p. 4. En ese sentido, la teoría de la justicia de John Rawls, que considera al juzgador como representante de una institución social como lo es el Poder Judicial, debe aplicársele también como ciudadano los principios de la justicia del filósofo norteamericano cuando ejerce su función jurisdiccional como institución. Esto debido a que, desde una perspectiva más amplia, las decisiones emitidas por un juzgador no sólo contienen –como sostienen autores como Alf Ross– la normatividad jurídica, sino que llevan implícita su propia personalidad. De ahí su trascendencia e importancia social. La incorporación de esos principios podría sentar las bases para una metodología de la justicia posible de ser llevada a la práctica por los jueces.

transforma en la precisa categoría jurídica del infractor.¹⁸ En otras palabras, es infractor sólo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen, falta o contravención según las leyes vigentes, se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se lo haya finalmente declarado responsable.

En el estudio, quisimos verificar, dado que el uso de la Convención no sólo es técnicamente posible sino además obligatorio para el sector judicial, si ciertos principios y dispositivos concretos que han permitido el pasaje, del "menor delincuente" al adolescente infractor, son fuente principal de aplicación del derecho.

En tal sentido, partimos del presupuesto que la labor del juez debe ser ir desde los hechos al derecho y desde el derecho a los hechos, seleccionando las normas aplicables a ese caso llegado el momento de dictar sentencia. En otras palabras, toda decisión judicial es un conjunto de ciertos hechos, de una norma y la reconstrucción de una determinada norma según los cuales se dará solución al caso. El principio de legalidad y su consecuencia que es la tipicidad, configura que el acto perpetrado esté previsto por la ley. Si bien es verdad y necesario que a lo largo del proceso judicial el magistrado realiza simultáneamente un proceso de valoración subjetivo, la interpretación que conduce a la toma de una decisión o una sentencia, implica una cuidadosa interacción con los mecanismos institucionalizados, y por lo tanto, la exigencia de una interpretación con mayor nivel de elaboración, que presente argumentos convincentes que apoyen la decisión judicial.

Respuestas judiciales comúnmente basadas, por ejemplo, en "la naturaleza del acto antisocial", que por lo demás resulta una expresión de suyo ambigua e imprecisa, indican una cierta desviación, sino inversión de este riguroso proceso jurídico. En el contexto penal, la expresión "acto antisocial", es prácticamente una tautología. Un "acto antisocial", es aquello que el juez de menores define como acto antisocial, mientras que el concepto de delito, como acto típico, anti-jurídico y culpable, resulta impensable fuera de los parámetros de un derecho garantista inscrito en la tradición iluminista del derecho moderno. El concepto de "acto antisocial" remite, en la mejor de las hipótesis, a las teorías peligrosistas del positivismo antropológico del siglo XIX.¹⁹

18 García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia...*, pp. 209-227.

19 García Méndez, "El adolescente infractor...", p. 4.

El estudio ha buscado, por tanto, identificar elementos que nos pudieran conducir tras las pistas de este "antropologismo peligrosista".²⁰

6. El sentido de la rehabilitación

Tradicionalmente, la preocupación por los "menores infractores" se concentró primordialmente en el problema del "tratamiento". En otras palabras, pocas o inexistentes han sido las preocupaciones por las formas de entrada en los sistemas de justicia de "menores", particularmente en los sub-sistemas de privación de libertad. El viejo contexto jurídico, influyó en forma determinante una cultura para la cual "infractor" o "delincuente", era automáticamente aquél que se encontraba en alguna de las instituciones destinadas a dichos fines.

Las verificaciones empíricas serias sobre programas y políticas para infractores en América Latina confirman el carácter más ideológico que real de dichas prácticas de "tratamiento". Las instituciones de menores infractores privados de libertad han consistido en meros "contenedores humanos", desprovistos de cualquier propuesta pedagógica seria.²¹

Desde el punto de vista cultural o ideológico, se han identificado dos tendencias predominantes, que sustentan la situación antes descrita. La primera consiste en considerar que el orden externo o la mera apariencia de orden -sin ninguna consideración por el precio de sus posibles consecuencias en el mediano plazo- constituye un fin en sí mismo, además de punto único en la agenda del tratamiento para la rehabilitación. En otras palabras, consiste simplemente en justificar y legitimar la privación de libertad, con el argumento de que aquellos que se encuentran en una institución de detención, con certeza no pueden cometer delitos en el mundo exterior durante el período de la privación de libertad. La segunda es un enfoque encarnado mucho más por individuos que por instituciones. Se caracteriza por la percepción de un vínculo automático entre pobreza y criminalidad que produce una cultura que ya no busca la represión en términos clásicos (como en el caso anterior) sino la "complicidad" o la "comprensión" (léase compasión, si se quiere) por los reales o supuestos delitos cometidos por los adolescentes. En ambos casos la noción del niño o adolescente como sujeto de derechos desaparece explícita o implícitamente en estas perspectivas, siendo sustituido por la categoría vaga

20 *Ibíd.*

21 García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia...*, p. 222.

e imprecisa de "sujeto social", usada instrumentalmente como mera oposición a la categoría de "sujeto de derechos".²²

Otra vez, más allá de las aparentes contradicciones entre ambos enfoques, subyacen múltiples elementos comunes, entre los que vale la pena destacar los dos de mayor trascendencia: a) en ambos enfoques se confirma objetivamente la consideración del "menor" como un mero objeto del derecho y las políticas sociales, b) en ambos enfoques existe una fuerte tendencia a interpretar en forma mecánica, la real o supuesta comisión de una infracción como la manifestación clara de disturbios de naturaleza física o psíquica. En otras palabras, se trata de una clara tendencia a la patologización y medicalización de los problemas sociales. En este contexto, la palabra *tratamiento*, adquiere el sentido de una "cura" de determinada patología individual.²³

En el estudio, sobre la base de las anteriores consideraciones, nos propusimos identificar esta última tendencia, enfocando el elemento ideológico *tratamiento*.

7. Seguridad ciudadana y democracia

Dentro del esquema de la Doctrina de la Protección Integral no se parte del menor infractor de la ley, sino del respeto a los derechos básicos de la infancia y todos sus derechos individuales frente a la intervención punitiva del Estado. Pretensión punitiva que puede llamarse pena o medida socio-educativa, pero que implica en realidad, privación de derechos. La privación o restricción a estos derechos es una respuesta de contenido penoso que tiene cualquier ciudadano que está sometido a la acción del Estado que le va a restringir algún tipo de bien jurídico.

Esa respuesta del Estado evidentemente es legítima en la medida que su actuación se encuadre dentro de un contexto cuidadosamente garantista. En tal sentido, democracia y seguridad ciudadana constituyen una unidad indisoluble. Tanto derecho tiene la sociedad a su seguridad colectiva, cuanto cada uno de sus ciudadanos al respeto profundo de sus derechos individuales.²⁴

22 García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia...*, pp. 221-223.

23 García Méndez, Emilio. *Derecho de la infancia-adolescencia...*, p. 223.

24 En ese sentido se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo del Perú al decir que: "El respeto y vigencia de los derechos humanos que se obtienen como efecto de la seguridad ciudadana, se garantiza con la existencia y actuación de las instituciones del Estado de Derecho. Las instituciones democráticas se legitiman en su servicio a los ciudadanos y ciudadanas por lo que una de las principales razones de ser de las administraciones es garantizar entornos sociales adecuados para la vida ciudadana". *¿Ciudadanos desprotegidos?: Estrategias para fortalecer el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana*. Informe Defensorial 132. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008, p. 159.

La Doctrina de la Protección Integral consolida la concepción democrática de la persona del niño y del adolescente como sujeto de derechos y obligaciones, y como titular de plenas garantías jurídicas, protagonista y participante activo del desarrollo de las transformaciones de su sociedad, como ser humano en formación, en expansión. Por lo tanto, con necesidades de ocupar y derecho a serle reconocido un espacio social.

En primer lugar, entonces, hay un aspecto determinante que condiciona toda la discusión dentro del Derecho Penal Juvenil, y es que su práctica no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por tanto su dignidad y derechos que le son inherentes. Sólo así, reconociéndolo como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y, por cierto, sólo en la medida que se le hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

En tal sentido, la inimputabilidad del adolescente no impide su responsabilidad ni que se le aplique un derecho penal. Por eso mismo han de aplicarse todas las garantías del derecho penal en general, además de una profundización de ellas en virtud de la situación especial en que se encuentra el adolescente frente al poder coercitivo del Estado. De estas garantías se desprenden consecuencias penales de mayor importancia y que repercuten tanto en el tratamiento penal sustantivo como procesal penal.

Por último, creemos que un aspecto a estudiarse en profundidad son las posibles consecuencias perjudiciales para la sociedad de la aplicación de la medida de privación de libertad, al contener, como hemos dicho anteriormente, un carácter estigmatizador por excelencia. Es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación en la vida social y comunitaria. Por tanto, su aplicación al menor de 18 años, que ya está limitado en su participación socio política, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa, lo cual evidentemente no sólo se opone a los objetivos constitucionales del sistema; sino que a la larga, si se aplica indiscriminadamente, va a generar mayor marginación y delincuencia.

En la encuesta exploramos de manera indirecta sobre el posible "imaginario" ideológico de los magistrados en torno a la consideración social de la infancia y su relación con la democracia. Para ello, invitamos a los encuestados a manifestar su acuerdo o desacuerdo con opiniones bastante difundidas y poco reflexivas reveladoras de posiciones antidemocráticas o autoritarias en torno a la vida cívica en general.

8. ¿Cuánto han incorporado los jueces la Doctrina de Protección Integral?

Como primer dato encontramos que un significativo porcentaje de jueces (69.6%) considera que el tema de los derechos del niño está vinculado con la promoción y la preservación de la paz y la democracia, frente a un 26.6 % que no establece esta relación. En la misma línea, tenemos a un 77.2% de jueces que considera que el hacer efectivos los derechos del niño implicaría más que un marco jurídico y una buena administración de justicia, frente a un 19% de magistrados que considera que estos dos aspectos serían suficientes (ver CUADROS 14 y 15).

De primera impresión, los jueces estarían reconociendo la importancia e implicaciones del tema de los derechos del niño, incorporando algunos lineamientos básicos de la Doctrina de Protección Integral.

Sin embargo, al preguntárseles cuáles son los sujetos de atención en el ámbito jurisdiccional, el 87.3% señala que son los niños y adolescentes que se encuentran en una situación de riesgo, peligro o abandono moral e infractores de la ley penal. Esta afirmación entra en contradicción con el paradigma de la protección integral y evidencia el desconocimiento de parte de los jueces de los cambios que implican las nuevas legislaciones en relación a la infancia y la adolescencia (ver CUADRO 16).

De la misma manera, el 11.4% de encuestados consideran peor dejar en libertad a un adolescente culpable de un delito grave que privar de libertad a un adolescente inocente, cuando la legislación establece que se debe presumir la inocencia de niños y adolescentes (al igual que en el caso de adultos) mientras no se demuestre lo contrario (ver CUADRO 17).

Por otro lado, un significativo porcentaje de jueces (68.4%) estuvo de acuerdo con que habría que tomar en cuenta la capacidad de discernimiento del adolescente para decidir si se le otorga responsabilidad, mientras que el 25.3% se mostró en desacuerdo (ver CUADRO 18).

Habría que indagar si este tipo de evaluaciones, que pueden ser hechas subjetivamente, pueden tener más peso que las normas establecidas para la toma de decisiones sobre la responsabilidad de los adolescentes. A continuación, profundizaremos en este aspecto.

9. ¿Subjetividad o normatividad en la toma de decisiones de los magistrados?

Se preguntó a los magistrados cuáles son los tres principales factores que toman en cuenta al emitir una resolución judicial en materia Penal, obteniendo que casi la mitad (45.6%) de los jueces señala como primer factor a tomar en cuenta la “naturaleza del acto antisocial”. El segundo factor se encuentra relativizado por la dispersión de las respuestas; pese a ello, uno de cada cuatro de los encuestados (25.4%) señala la “situación de riesgo moral o material del menor”. El tercer factor señalado por los jueces es más representativo: el 32.9% (uno de cada 3) opina que las condiciones socioeconómicas en que vive el adolescente deben tomarse en cuenta (ver CUADRO 19).

Tenemos entonces que la toma de decisiones está hecha mayormente en función a factores situacionales o relativos al adolescente que son difíciles de determinar, mientras que los elementos propios de la doctrina garantista (tipificación del delito, antijuricidad y culpabilidad) no obtienen un puntaje significativo en opinión de los magistrados.

El hecho de que los juicios subjetivos tengan un peso tan grande en las decisiones de los magistrados significaría una inestabilidad jurídica para el adolescente que tendría que esperar un juez con buen criterio y no una adecuada aplicación de normas para obtener un fallo justo.

10. La formación profesional como parte de la Imagen Objetivo Ideal del juez de familia

Lo anteriormente señalado guarda relación con la manera en que los jueces definen cómo debe ser un Juez de Familia en el Perú. El 22.8% de los magistrados señala como cualidad básica tener una vocación definida en materia de familia. Alrededor del 11.6% reportan una serie de cualidades de orden ético y moral (ej. Autenticidad, honestidad, integridad, laboriosidad, probidad, ser equitativo, ser moral) como condiciones necesarias. Más aún, alrededor del 11.5% menciona características personales como tener familia, esposa, hijos, ser buen padre o esposo.

Tenemos entonces que características subjetivas acumulan 46.1% de las respuestas, en contraste con esto, sólo un 8.9% de los jueces señalan la formación y la experiencia como condiciones para el ejercicio de una adecuada judicatura.

De acuerdo con esto, la vocación y las cualidades personales están por encima del conocimiento de las normas y su aplicación en el desempeño de los jueces. Lo peligroso de esta imagen es que la toma de decisiones se hace en base al criterio del juez y, sin la garantía de que un adolescente infractor tenga los mismos resultados con dos jueces que tengan criterios distintos, lo que nos lleva a remarcar la idea de la inestabilidad jurídica.

Graficaremos esta afirmación, mediante el siguiente ejemplo: se planteó a los magistrados el caso de una adolescente de condición socioeconómica baja, que vive con su familia, asiste a la escuela y tiene un padrastro que golpea a su madre. En un intento por defender a su mamá, la adolescente golpea al padrastro, causándole la muerte. En relación a este caso, la manera en que los jueces resolverían es: el 36.7% la absuelve, el 27.8% aplica la remisión y el 34.2% encuentra responsabilidad. Es decir, existe más de un criterio válido que determina la sanción. Una vez más, las cifras revelan que será el juez y no la norma quien decida en última instancia (ver CUADRO 20).

11. ¿Dejando espacio a la discriminación?

En este sentido, es importante conocer la opinión de los jueces sobre factores que pueden afectar su adecuado desempeño. Dos de cada tres jueces (68.3%) opinaron que existe discriminación (sea ésta por razones de género, raza o por condiciones socioeconómicas) en el sistema de administración de justicia, contra un 30.4% que considera lo contrario (ver CUADRO 21).

En los procesos en que intervienen adolescentes infractores, la aplicación objetiva de las normas garantizaría un trato homogéneo hacia ellos, sin embargo, el 63.3% de los encuestados reconoce que existen diversos grados de discriminación por razones de género, raza o condición socioeconómica en la resolución de los casos de parte de los magistrados. Vemos entonces que un significativo porcentaje de jueces (dos de cada tres) admite la existencia de sesgos en el desempeño de su función (ver CUADRO 22).

Esta discriminación es característica del paradigma de la situación irregular y se ha tratado de cambiar adoptando una visión garantista de la administración de justicia, que tenga a las normas como un conjunto estructurado de procedimientos que de manera lógica orienten el proceso de toma de decisiones, evitando que elementos subjetivos sesguen los juicios.

12. La vigencia de la Doctrina de la Situación irregular

Con respecto a esto, el 70.9% de los jueces opina que la antigua Doctrina de la Situación Irregular influye sustantivamente a la hora de resolver casos en materia de infancia, mientras que un 19% piensa lo contrario. Existe entonces entre los magistrados conciencia que el paradigma dominante no se ajusta a la legislación vigente (ver CUADRO 23).

En concordancia con esto, el 54.4% de los entrevistados señala que el principal defecto de un juez es no estar compenetrado con el Código de los Niños y Adolescentes, seguido de la falta de vocación y dedicación a la función de familia que obtiene un 27.8%, y en tercer lugar, ser demasiado represores (24.1%). Esta última característica también está relacionada a paradigmas tradicionales que asocian el castigo como medio para eliminar conductas indeseadas en los adolescentes (ver CUADRO 24).

El hecho de que muchos jueces no estén compenetrados con la Doctrina de la Protección Integral y el Código de los Niños y Adolescentes tiene que ver en parte con que su formación universitaria concluyó antes de que el nuevo paradigma fuera adoptado en el Perú. Sin embargo, el Estado debería asegurarse que quienes van a ocupar cargos de esta envergadura estén actualizados en las normas y procedimientos que de acuerdo a ley deben aplicar. La posibilidad de capacitar a los jueces se plantea entonces como una necesidad para asegurar la seguridad jurídica de los adolescentes que deben enfrentarse a procesos penales.

13. Actitudes con las que se podría empezar a trabajar

Frente a las condiciones anteriormente descritas, podemos señalar que existe una actitud positiva de los magistrados frente a una reforma que haga menos drástica la aplicación de la ley y que tome en cuenta aspectos más integrales para enfrentar los casos de infracción a la ley penal de parte de adolescentes. Dicha reforma debería incluir no sólo aspectos de formación integral de los magistrados, sino también avanzar hacia una real implementación institucional.

Por ejemplo, el 92.4% de magistrados está en desacuerdo con sólo aumentar permanentemente las sanciones penales para resolver los problemas sociales de la delincuencia juvenil; el 89.9% considera que un sistema de responsabilidad penal juvenil debería incorporar una gama de medidas socioeducativas aplicables de acuerdo a la infracción; y el 82.3% de jueces está de acuerdo en que la privación

de libertad definitiva debiera ser el último recurso a usarse en caso de infracciones muy graves (ver CUADROS 25, 26 y 27).

En este contexto, el involucramiento de equipos multidisciplinarios es considerado una estrategia importante para la realización de cambios. Esta estrategia, sin embargo, no ha sido implementada adecuadamente, como veremos más adelante.

Por otro lado, llama la atención que 7 de 10 jueces (69.6%) se mostrarían benevolentes frente a un infractor que haya cometido un delito grave. Esta actitud podría encubrir un nocivo paternalismo de parte de los magistrados (ver CUADRO 28).

Actitudes como esta son las que habría que reorientar al llevar a cabo un programa de capacitación que ayude a los magistrados a incorporar la Doctrina de la Protección Integral.

14. Un sistema que no ofrece alternativas

Justamente, cuando se explora la percepción que los magistrados tienen del tratamiento que se les da a los casos de infracción a la ley penal en niños y adolescentes en el Perú, la mayoría de los entrevistados (84.8%) están de acuerdo en que la capacitación de los jueces que resuelven asuntos de familia es insuficiente (ver CUADRO 29).

Otro rasgo en el que se encontró un importante grado de acuerdo (97.5%) en que no existe una implementación institucional de las medidas socioeducativas y de protección alternativas al internamiento. Vemos entonces que, a pesar de que los magistrados consideran que las medidas socioeducativas son una buena alternativa para los infractores, consideran que no hay condiciones suficientes para aplicarlas (ver CUADRO 30).

De la mano con esto, encontramos un significativo desacuerdo de los magistrados (70.9%) con la afirmación de que los centros de internamiento contribuyen a rehabilitar al adolescente infractor (ver CUADRO 31).

Más aún, al parecer de la mayoría de los magistrados (79.7%), la labor jurisdiccional no está apoyada por equipos multidisciplinarios, que son los llamados a ofrecer alternativas de carácter integral para el tratamiento de los casos de infractores (ver CUADRO 32).

Esto plantea una encrucijada difícil de resolver puesto que las medidas propuestas por la Doctrina de la Protección Integral son inaplicables por el momento, mientras que la solución “tradicional” es ineficiente.

15. Desafíos por enfrentar: involucramiento institucional y trabajo multidisciplinario

Es en este contexto que se hace urgente, además de capacitar a los magistrados, diseñar una estrategia de involucramiento institucional que incorpore a quienes conocen sobre el tratamiento que se debe seguir con infractores, para que planteen las maneras de implementar las medidas socioeducativas y que lleven a cabo el seguimiento de estos programas, de manera que se favorezca la rehabilitación de los adolescentes.

Como una alternativa dentro de este marco se planteó a los jueces la posibilidad de llevar a cabo un Programa de Trabajo Pedagógico para adolescentes infractores graves. Los magistrados demostraron una preferencia porque el enfoque del programa fuera de tipo integral, apuntándose a objetivos como: identificar y reducir los efectos negativos de la privación de libertad, reintegrar a los adolescentes privados de libertad al mundo exterior de la manera más rápida posible, rehabilitar a los adolescentes por medio de una atención especializada en trastornos psíquicos y brindar condiciones de seguridad a los adolescentes privados de libertad, dentro del respeto a sus derechos.

Cabe resaltar, sin embargo, que el 22.8% de jueces seleccionó la atención especializada en trastornos psíquicos como un objetivo primordial del programa. Esta respuesta nos indica que los jueces establecen una fuerte relación entre infracción y patología. En concordancia con esto, se encontró que casi la mitad de los jueces (45.5%) se muestran de acuerdo con que existe una inclinación a desacatar las leyes en algunas personas (ver CUADROS 33 y 34).

Estos resultados hacen evidente la tendencia de los jueces a concebir la infracción como un disturbio mental, que debe ser corregido con tratamiento médico o psiquiátrico, dejando de lado la responsabilidad de la sociedad frente a los delitos cometidos por los niños y por los adolescentes.

De acuerdo con esto, la normalidad según los jueces estaría directamente asociada con el acato de las normas sociales. Esta es una concepción tradicional y autoritaria que definitivamente sesgaría la manera de actuar de los magistrados frente a los infractores.

En este sentido, consideramos importante resaltar la elevada valoración que los jueces realizan de conceptos como la autoridad (83.5%) y el orden público (64.6%), mientras que la igualdad de oportunidades, la comunicación y el debate aparecen como valores menos importantes (ver CUADROS 35, 36 y 37).

A partir de estos datos es posible plantear que, de realizarse una reforma en el sistema de administración de justicia y un entrenamiento específico de los magistrados en el conocimiento y aplicación del Código de los Niños y Adolescentes, valdría la pena también hacer una reflexión acerca del sentido de la existencia de la ley y de la democracia, así como del rol de los jueces como parte de un sistema social que busca finalmente la promoción de la paz y el desarrollo integral de las personas.

16. Reflexión final

El sistema de atención, o sea el aparato institucional destinado a operar las nuevas reglas, al poner en práctica los nuevos conceptos, deberá pasar por un amplio, valiente y profundo proceso de reordenamiento institucional.

Se trata de un proceso de reordenamiento que proceda a una nueva división del trabajo y que, igualmente, delimite los campos de actuación del Estado y de la sociedad; un proceso de reordenamiento que introduzca los más que necesarios cambios de contenido, método y gestión en la estructura y en el funcionamiento del Sistema de Administración de la Justicia Juvenil, incluyendo la actuación de la Seguridad Pública, del Ministerio Público, de la Defensa de Oficio y de la Magistratura de la Infancia y de la Adolescencia, culminando con la total reestructuración del área de acción social especializada encargada de la aplicación de las medidas socio-educativas. Tal proceso incluye necesariamente una propuesta dirigida a la formación del juez así como al desarrollo de un sistema organizacional basado en criterios de especialización funcional, permitiendo la expresión de un nuevo perfil de juez, *ad-hoc*, vale decir adecuado a las nuevas circunstancias políticas, culturales y socio-económicas de la realidad actual.

No es posible continuar conviviendo con mitos y falacias, por el contrario, es preciso identificar y separar correctamente los institutos de protección de niños y adolescentes, de aquellos institutos jurídicos diseñados para la protección de la sociedad. Es necesario asumir una postura científica, abandonando el paternalismo injustificado y la represión disfrazada de bondad. Sólo de esta forma, los operadores administrativos y judiciales estarán desempeñando el verdadero

papel de realizar justicia, que es lo que en realidad se espera de un sistema judicial y administrativo.

La ley contenida en el Sistema de Protección Integral de la Infancia es un instrumento de dirección política que se origina en intereses e ideas en conflicto y que apunta a ciertos objetivos sociales y a unos ideales de justicia. La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla.

En ese sentido son pertinentes las observaciones realizadas por el Juez Bernard Botein en 1952:

«El juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos. Las leyes no están para ser violadas por los jueces, pero en manos sensibles poseen una cierta tolerancia elástica que les permite ceder para hacerse cargo de una situación especial. La ley rebotará (snap back) si es portada demasiado por un juez insensible que la maneja con violencia. Puede ser deformada por un juez impulsivo. El juez experto conformará la ley dentro del ámbito de tolerancia de ella, para adecuarla a los perfiles del caso particular. El juez preciso y minucioso no verá esos perfiles, cegado por la rígida severidad de su plomada».²⁵

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

25 Citado por Ross en *Sobre el derecho...*, p. 188.

VI. CONCLUSIONES

1. A lo largo de todo el siglo XX, y a despecho del progresivo fortalecimiento de un derecho internacional orientado al reconocimiento del niño como sujeto de derechos y merecedor de una auténtica protección integral, el tratamiento oficial de la cuestión de los menores de edad —vale decir, generalizando, de los niños y adolescentes faltos de un bienestar bio-psico-social elemental— obedeció a un esquema autoritario, caracterizado, especialmente, por la intrusión compulsiva del sistema tutelar en el marco de las relaciones pertenecientes a su núcleo de origen (relaciones intrafamiliares así como extra o para familiares) de esos niños, y por su frecuente sometimiento a medidas privativas de la libertad ambulatoria de duración indeterminada, a cumplir en instituciones generalmente disfuncionales a los fines que se declara perseguir.
2. Así, desde la expedición del Código Penal peruano de 1924 el menor de 18 años, paradójicamente —puesto que se trató de un código de orientación liberal— quedó situado fuera del radio del derecho penal garantista y, como se ha dicho, ha sido víctima de la acción tutelar. Esta situación no ha cambiado, más bien se ha profundizado durante la vigencia del Código del Menor de 1962. De esta manera, el menor se convirtió en víctima de la eliminación gradual de los principios garantizadores propios de todo proceso penal y de una absoluta discrecionalidad en las medidas a adoptar frente a cualquier situación penal o social, de modo de posibilitar, por parte del Estado, la “protección-control”. Así, se abandona la distinción entre menores delincuentes, abandonados o maltratados, todos los cuales pueden ser objeto de las mismas medidas, en general indeterminadas y potestativas del juez. Se alteran sustancialmente las funciones del juez, de quien se pretende que se transforme en “padre” y “vigilante” y frente al cual el menor no

tiene por qué defenderse puesto que el juez es quien determinará mejor que nadie, qué hacer con el menor. En fin, se desarrolla una cultura estatal de la asistencia, de modo que no se puede proteger sin una previa clasificación, basada en consideraciones de naturaleza patológica. El niño no será más sujeto de derechos, sino objeto de tratamiento y segregación.

3. Estudiar los antecedentes históricos con énfasis en su desarrollo ideológico del discurso sobre el "Derecho de Menores", nos ha permitido confirmar cómo, desde el poder, también en nuestro país se proyectó y puso en práctica un control específico de esos niños y jóvenes, echándose mano de argumentos en boga durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, que pretendieron dotar de un nuevo fundamento de legitimidad al así llamado nuevo derecho de menores.
4. Auspiciado por un movimiento de intelectuales procedentes principalmente del Derecho y de la Salud de inculcable signo conservador, lo que se pretendió a través de este "Nuevo Derecho" fue transformar el poder punitivo en derecho tuitivo, vale decir abocarse esencialmente a definir un argumento plausible para la pena, especialmente para la pena privativa de la libertad, en reemplazo de la alicaída ficción del contrato social que caracterizaba al Derecho Penal clásico.
5. Ello condujo a poner el acento en un ingrediente teórico inadvertido, aunque preexistente en el proceso de conversión de la pena justa en pena útil: la orientación pedagógica de la pena en su aplicación concreta. Esta explicación utilitarista de la pena como elemento de coacción psicológica de los individuos ubicó a la vanguardia la finalidad de prevención especial, dentro de la ideología de la defensa social o del "fin", con lo cual, en lugar de persistir en el intento de legitimar la sanción penal a partir de la lisa y llana retribución por el mal causado, o bien, en aras del refuerzo psicológico orientado a la obediencia general a la ley por inhibición de los impulsos delictivos, se volvió la mirada al transgresor y se declaró que la actuación del sistema penal debía tender primordialmente a la readaptación o resocialización del individuo.
6. En síntesis, el estado de las ideas relativas al control social, en el momento de gestarse el derecho de menores, podría expresarse de la siguiente manera: unas clases políticas empeñadas en controlar las legiones de individuos que el poder (el sistema económico) establecido no estaba en condiciones de absorber y una intelectualidad fascinada por el traslado irrestricto de las

leyes y postulados de las ciencias físico-naturales a lo social, veleidad pseudo-científica de la cual derivarían teorías como la del “delincuente nato” lambrosiano, y asimismo discursos que recomendaban la adopción de medidas tales como la eugenesia y el control demográfico, con su nefasta proyección relativa a los estados de peligrosidad predelictual.

7. En consonancia con tal marco de ideas e ideologías, nuestros políticos y pensadores sociales, parapetrados tras su altivez etnocéntrica, desarrollaron unas políticas consistentes en crear normas que reforzaran el modelo paternalista según el cual el Estado, ante la claudicación del núcleo familiar, absorbería al niño, disponiendo de él y depositándolo, para su hipotética protección —y su real control— en un instituto; y en concordancia, construir ámbitos propicios para esa política oficial. Así nacieron leyes de patronato, y en consonancia con su marco preceptivo, junto a los tradicionales conventos y orfanatos, se multiplicaron los hogares de niños expósitos, las escuelas-fábrica y los institutos de seguridad para menores.
8. Que el tratamiento jurídico diferenciado de los menores de edad hubo de gestarse en el propio seno del derecho represivo, es decir, del control social formal, protagonizado por el sistema penal y sus tres agencias (policial, judicial y penitenciaria) es un hecho histórico indiscutido; a grandes rasgos, es lícito sostener que en él permaneció hasta nuestros días. Hasta tal punto ello es cierto, que las primeras conquistas que cabe contabilizar a favor de la infancia consistieron —y aun consisten, en términos generales— en rescatar, en beneficio de los menores de edad, trátase de transgresores o de víctimas, la vigencia en la realidad de derechos y garantías clásicamente reconocidos a los adultos imputados de conductas delictivas.
9. Con una “prehistoria” de negaciones del problema y una “historia” de ficciones merced a las cuales se denominó protección a lo que no pasaba de ser represión y control, el Derecho aplicado al universo de los niños y los adolescentes no acaba de plasmar en nuestro horizonte cultural con la potencia que proclama el prisma esperanzador de los derechos humanos expresado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por lo que será necesario mucho más que una reforma legal.
10. Concurren a complicar el panorama actual diversos factores de controvertido signo y sombrío vaticinio. Por un lado, el crecimiento demográfico no se ha detenido, las relaciones internacionales continúan despoblando el campo, y ahora, en lugar de una urbanización racional, debido a una creciente

industrialización, asistimos a una “suburbanización” miserable, carente de toda sistemática, en el marco de un proceso de globalización de consecuencias contradictorias, caracterizado por procesos acelerados de dependencia económica, política y cultural y de pérdida de identidad cultural a nivel no sólo estatal sino igualmente humano.

11. Ante el panorama actual, es pertinente el temor de ciertos analistas a las posibles reacciones sociales frente a ese estado de cosas, si bien los cambios operados en la coyuntura internacional restan margen al surgimiento de movimientos de masas y a su organización política en la defensa de los derechos fundamentales. De todas maneras, frente al lógico aumento de las tasas globales de criminalidad estimuladas por la desocupación y la miseria, hoy se echa mano de argumentos complementarios —siempre a favor de la paz interna y la seguridad de nuestros países— tales como la lucha contra el terrorismo, y contra nuevas, precoces y violentas modalidades de delincuencia. El resultado sigue siendo el mismo, de cara a los niños y adolescentes: la institucionalización es la herramienta más o mano para su control. Cuando no alcanza con ella, se completa la faena con la matanza lisa y llana, como ya ocurriera en Guatemala y en Brasil.
12. Con ese telón de fondo, el futuro se presenta arduo para la defensa de los intereses de quienes, por su distinto grado de maduración psíquica y emocional, merecen respuestas diferentes a la del encierro y hasta la muerte. El “tema de la seguridad” es, por lo tanto, una lucha eminentemente ideológica, y sólo entendiéndola y encarándola como tal será viable identificar algunos de los insoslayables cambios que las sociedades contemporáneas requieren para ser más justas, equitativas y menos violentas. En ese sentido, el paradigma preventivo por definición refiere a una modalidad alternativa al paradigma punitivo y podría suponerse que llegado a cierto desarrollo, su práctica podría entrar en contradicción con él. Del mismo modo, podríamos suponer que la prevención irá desplazando progresivamente las prácticas punitivas al tiempo que adquirirá mayor preeminencia dentro de la política criminal. Sin embargo, estas transformaciones no han devenido en una retracción de las prácticas punitivas tradicionales. Por el contrario, la profundización de estas prácticas son reclamadas tanto desde los discursos mediáticos como desde los proyectos legislativos, ya que en el imaginario social continúan siendo las formas más efectivas de control del delito. Pero más allá de esta afirmación, podemos reconocer que se trata de racionalidades que van estableciendo sus propios cursos de acción en forma relativamente autónoma y en articulación con las tecnologías que ponen

en funcionamiento. Es así como ambas estrategias vienen conviviendo y desarrollándose en forma paralela, sin entrar en conflicto entre sí.

13. Por otro lado, sucede que el paradigma del niño como sujeto de derechos, a quien se debe protección integral y cuyo interés prevalece sobre los demás en un conflicto dado, es un incómodo reclamo para gobernantes presionados por los compromisos contraídos con las entidades internacionales, que les obligan constantemente al recorte de lo social. Consecuentemente, se vislumbran los criterios de razón instrumental que han condicionado el interés de las reformas legislativas en la materia, a la pretensión (en algunos casos al logro) de un descenso del nivel etario de la imputabilidad, con la compensación formal de proveer de mayores garantías al niño sometido al proceso penal.
14. La fórmula utilizada desde la expedición del Código Penal de 1924 señala que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud de obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento (discernimiento). En definitiva, simplemente se pone el acento sólo en dos aspectos psicológicos, en el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo). Pero la realidad psicológica del individuo no se agota en estos dos aspectos. La fórmula, por tanto, resulta discutible ya en su contenido. Esta tendencia a poner el acento en el conocimiento y la voluntad pareciera basarse en una idea radicalmente racionalista de la sociedad y el hombre, la misma que crea una forma de diferenciación propia a la teoría de la divergencia, en que el menor aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a la tutela del Estado y la sociedad, pues presenta características peligrosas para éstos y de la cual la sociedad ha de defenderse. Sobre la base de la ciencia natural y, por tanto, de una pretendida verdad indiscutible se justifica cualquier intervención del Estado sobre la categoría de los menores. La idea clasificatoria de las ciencias naturales traspasa el sistema penal y permite la creación de una ley especial, en el sentido de una ley conforme a las características de personalidad del sujeto.
15. Desde la perspectiva social, habría igualmente que criticarse esta fórmula, pues ella olvida que el Derecho y el Derecho Penal en particular está referido a relaciones sociales y por tanto al sujeto en relación con otros. En efecto, la consideración de la interacción social entre los sujetos, resulta fundamental para enjuiciar la responsabilidad de éstos y también por tanto su imputabilidad. Se trata de incorporar a la discusión de la imputabilidad toda la problemática de las llamadas subculturas. Es decir, respecto de deter-

minados individuos (pertenecientes a una determina subcultura, las cuales se dan en todo sistema social y han de ser reconocidas por toda sociedad abierta o democrática), la cuestión a debatir no está referida a sus aspectos cognoscitivos o volitivos, que resultan innegables, sino en relación con su mundo cultural, a sus vivencias, a sus creencias, que pueden interferir completamente su relación con la cultura dominante o hegemónica (el mundo de los adultos). Luego también, desde esta perspectiva la fórmula utilizada tradicionalmente resulta demasiado restringida e insuficiente. Implica pasar por alto una situación existente en todo sistema social y en definitiva las necesidades de los niños, con lo cual se produce una relación de dominación sobre ellos y consecuentemente una política discriminatoria.

16. El problema del Derecho de la Infancia en general y del Derecho Penal juvenil en lo específico, gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. Se trata, como señalan las constituciones desde el siglo XIX, de la "dignidad de la persona" y de "los derechos inviolables que le son inherentes". Luego la discusión sobre la imputabilidad no se puede dar en términos naturalísticos o simplemente de una mixtura de estos elementos con otros de carácter valorativo. La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión a resolver desde un punto de vista político jurídico. Conforme, por tanto, a los principios constitucionales actuales, propios de un Estado Constitucional de Derecho, la imputabilidad como juicio sobre un sujeto tiene que partir del principio político jurídico (y no de ciencia natural) de que se trata de personas y de que éstas son por tanto iguales en dignidad y derecho. De ahí entonces la revisión de las actuales fórmulas sobre imputabilidad, que de algún modo, por su afincamiento en las antiguas posiciones positivistas basadas en las ciencias naturales, tienden a una ideología de la diferenciación.
17. En nada ayuda ciertamente, la subsistencia de una mentalidad judicial conservadora, reacia en muchos sentidos a la concreción en la praxis de aquel reconocimiento. En ese sentido, el sistema de atención, o sea el aparato institucional destinado a operar las nuevas reglas, al poner en práctica los nuevos conceptos, deberá pasar por un amplio, valiente y profundo proceso de reordenamiento institucional.

Se trata de un proceso de reordenamiento que proceda a una nueva división del trabajo y que, igualmente, delimite los campos de actuación del Estado

y de la sociedad; un proceso de reordenamiento que introduzca los más que necesarios cambios de contenido, método y gestión en la estructura y en el funcionamiento del Sistema de Administración de la Justicia Juvenil, incluyendo la actuación de la Seguridad Pública, del Ministerio Público, de la Defensa de Oficio y de la Magistratura de la Infancia y de la Adolescencia, culminando con la total reestructuración del área de acción social especializada encargada de la aplicación de las medidas socio-educativas. Tal proceso incluye necesariamente una propuesta dirigida a la formación del juez así como al desarrollo de un sistema organizacional basado en criterios de especialización funcional, permitiendo la expresión de un nuevo perfil de juez, *ad-hoc*, vale decir adecuado a las nuevas circunstancias políticas, culturales y socio-económicas de la realidad actual.

No es posible continuar conviviendo con mitos y falacias, por el contrario, es preciso identificar y separar correctamente los institutos de protección de niños y adolescentes, de aquellos institutos jurídicos diseñados para la protección de la sociedad. Es necesario asumir una postura científica, abandonando el paternalismo injustificado y la represión disfrazada de bondad. Sólo de esta forma, los operadores administrativos y judiciales estarán desempeñando el verdadero papel de realizar justicia, que es lo que en realidad se espera de un sistema judicial y administrativo.

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

18. Las costumbres asentadas en las maneras de concebir la seguridad de la sociedad, en donde reviven viejos reflejos autoritarios en el abordaje de tensiones y conflictos sociales, no juegan a favor de una mayor comprensión de la situación de los jóvenes en conflicto con la ley. Las tendencias a la penalización de la vida y las generaciones emergentes, e impedir que eso devenga en políticas públicas, es una preocupación que nos concierne a todos. Estamos ante una cuestión de alta complejidad y que demanda, entonces, reconocer que las soluciones no pueden ser sino resultado de acciones de carácter parcial por más especializadas y aparentemente eficaces que éstas sean. Definitivamente, la cuestión de justicia juvenil no es en primer lugar, ni exclusivamente, una cuestión de juristas ni de policías (de agentes especializados). Nos concierne a todos. En este preciso sentido, es una cuestión política, pública, no segmentable del conjunto de la sociedad y del Estado.

19. En general, podemos decir que, nuestros sistemas penales continúan siendo concebidos, en mayor o en menor grado —aunque no con la explicitéz del lenguaje utilizado por las corrientes tradicionales—, como control selectivo e institucionalizado que deviene funcional a las desigualdades sociales que subyacen al fenómeno juvenil en infracción. Lo que está en el fondo es una cuestión de poder, lo que se ha dado en llamar la división generacional del poder en la sociedad. Y, en concreto, la cuestión de los jóvenes en conflicto con el sistema penal —a través del cual la sociedad y el estado intentan “defenderse” de quienes consideran un peligro— se confronta con sentidos comunes instalados y que son expresión de ideologías criminalizadoras, con frecuencia magnificadoras de los hechos y aparentemente necesarias para el control de los comportamientos, en este caso de los jóvenes.
20. Quedan muchas tareas pendientes por asumir en el camino de cancelar definitivamente a los viejos paradigmas. En primer lugar, debemos transitar del viejo modelo de enfoque que privilegia el abordaje desde lo jurídico exclusivamente, hacia uno que tenga en cuenta que el fenómeno social de la juventud en infracción tiene indesligable relación con las estructuras sociales, culturales, económicas, políticas del país.
21. En segundo lugar, debemos transitar del paradigma que biologiza el delito y la violencia, hacia un paradigma dirigido a cuestionar (mediante un proceso de deconstrucción) las representaciones criminalizadoras del joven, y apostar a nuevos enfoques, a otras maneras de entender y de abordar el fenómeno. Es decir, se debe cesar con el viejo, pero aun presente, paradigma naturalizador del delito y del joven como peligro, que hace de la inversión de la prueba (ser considerado culpable hasta que no demuestre lo contrario), el trámite normal.
22. Del paradigma correccionalista al paradigma del adolescente-joven como sujeto social de derechos humanos. El primero linda con un enfoque de escarmiento para que “aprenda” y no “repita” comportamientos antisociales; el segundo es un acto de restauración del principio de autoridad y voluntad de cambio de manera racional, voluntaria y autónoma.
23. Del paradigma compasionista al paradigma de la justicia restauradora. A fin de poner de relieve la necesidad de considerar la complejidad del ser humano y de abogar por dar nueva oportunidad al joven, lo cual supone una vez más considerar a éste como portador de derechos exigibles, incluido el derecho a restaurar su autoestima, a restaurar los daños ocasionados y

a reconciliarse con su víctima. Desde esta perspectiva, queda superado el paradigma institucionalista de la defensa social del Estado y de la sociedad frente al joven en infracción. La justicia restaurativa, por ser tal, debe involucrar el concurso del conjunto de la sociedad, de los funcionarios que administran justicia, de los propios padres, de la familia, los vecinos, etc.

24. Habría que añadir que para poder mejor entender el desarrollo de la justicia de menores en el Perú a partir del siglo XX, cabe tener conciencia de la marcada y todavía presente influencia del pensamiento jurídico y social del siglo XIX, pues la pretendida igualdad moderna más aparente que real, más formal que sustancial, es en esencia el mismo fenómeno que se daba en el siglo antepasado, en donde los efectos jurídicos nacidos de la pertenencia a un determinado status (la posición jurídica del hombre respecto a una comunidad de asociados) eran diferentes según el lugar que ocupaban en la escala social reflejada de modo muy aproximativo en el plano legal. De modo similar, hoy en día, por una absoluta minoría de jóvenes que se encuentra en una situación de infracción y conflicto con el sistema penal, se pretende proyectar una imagen injusta —con su correlato en el plano normativo— sobre la inmensa mayoría que para nada se reconocería en este imaginario estigmatizador. El contexto de hoy —como el de antaño— transforma al diferente en desigual: los adolescentes y jóvenes están en este umbral para el imaginario social y jurídico.
25. Tenemos el deber de contribuir con la transformación cultural, es decir, de las representaciones y sentidos comunes que albergan los imaginarios sociales en torno a los jóvenes en dificultades con el sistema penal y con las prácticas sociales que los estigmatizan, apostando por una sociedad distinta a la que los expulsó y los calificó de antisociales, de infractores de normas en cuya elaboración no se les pidió opinión y decisión como ciudadanos y ciudadanas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASTOS, Manuel G. "Los tribunales para niños". En Carlos Enrique Paz Soldán, Secretario General de la I Conferencia sobre el Niño Peruano (editor). *Actas y trabajos de la I Conferencia Nacional sobre el Niño Peruano*. Lima: Junta de Defensa de la Infancia, 1922, pp. 31-46.
- ALEXANDER, F. y H. STAUB. *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1935.
- ALTMANN SMITHE, Julio. *El menor inimputable de delito*. Lima: Consejo Nacional de Menores, 1967.
- *Reseña histórica de la evolución del Derecho Penal*. Lima: Edición del autor, 1944.
- AMARAL E SILVA, Antonio do. "De la situación irregular a la protección integral: la nueva justicia de los niños y adolescentes". En *Materiales de lectura del seminario taller internacional El Principio del Interés Superior del Niño*. Lima: Consejo de Coordinación Judicial y UNICEF, 1997.
- ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona: Seix Barral, 1974.
- ARIÈS, Philippe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus, 1987.
- BALLÓN, Ildefonso E. *Anteproyecto presentado a la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores*. Lima: 1935.

- BARATTA, Alessandro. "Infancia y democracia". En E. García Méndez y Mary Belfo (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis-Depalma, 1998, pp. 31-57.
- "Criminología crítica y política criminal alternativa". En *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México D. F.: Siglo XXI, 1986, pp. 209-222.
- BARTOLOMEI, María Luisa. *Niños/nias y adolescentes en conflicto con la ley penal. Un estudio sobre la situación en el Perú*. Lima: Instituto de Sociología del Derecho-Universidad de Lund-Radda Barnen, 1996.
- BASADRE AYULO, Jorge. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Editorial Cuzco, 2003.
- BASAGLIA, Franco. "¿Psiquiatría o ideología de la locura?". En *Razón, locura y sociedad*. México D. F.: Siglo XXI, 1979.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: EJE, 1976.
- BECKER, Howard. "La escuela de Chicago vista por Howard Becker". Entrevista publicada en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 21, Santa Fe, 2005.
- *Los extraños*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1974.
- BELOFF, Mary. "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina". En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). *Ley, infancia y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 87 a 107.
- BENTHAM, Jeremías. *El Panóptico*. Madrid: La Piqueta, 1979.
- BINDER, Alberto. "El proceso". En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial y UNICEF, 1995, pp. 47-56.
- BISIG, Eleonora. "Declaración del estado de abandono". En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial y UNICEF, 1995, pp. 14-24.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1984.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Imputabilidad y edad penal". En *Derecho a tener derechos*. Tomo II. Bogotá: UNICEF-TACRO/IIN-OEA, 1993, pp. 330-340.
- CARRANZA, Elías. *Criminalidad. ¿Prevención o promoción?* San José: EUNED, 1994.
----- "La prevención y el tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad". *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, 1989, pp. 205-237.
- CARRANZA, Elías y Rita MAXERA. "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina". Ministerio de Justicia del Salvador. En *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*. San Salvador: Hombres de Maíz, 1995, pp. 63-82.
- CARRANZA, Elías; Luis Paulino MORA, Mario HOUED y Raúl ZAFFARONI. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José: ILANUD, 1983.
- CEDRO. *Registro único computarizado de niños y adolescentes intervenidos por la Administración de Justicia*. Lima: Cedro, 1994.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). *Ley, infancia y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 69-86.
----- "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios". Disponible en <<http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%203.pdf>>. Consulta hecha en 1997.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1984.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho procesal de menores*. Primera edición. Lima: San Marcos, 1998.
----- *Derecho de menores*. Sexta edición. Lima: Jurídica Grijley, 1995.
----- *Manual de legislación sobre menores*. Lima: 1976.
- CISNEROS COLOMA, Luis Fernán y Mariana LLONA. *Por una zona franca para los jóvenes. Una política de juventud para Villa El Salvador*. Lima: DESCO, 1997.
- COMISIÓN DEL CONGRESO PRESIDIDA POR ELÍAS LOZADA BENAVENTE. *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Menores de 1945*.

- COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN (CVR). *Hatun Willakuy: Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima: CVR, 2004.
- COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL PROYECTO DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. *Exposición de motivos del Código de los Niños y Adolescentes. Edición oficial del Ministerio de Justicia*. Lima: 1996.
- COMISIÓN REVISORA NOMBRADA POR R. S. DE 24 DE FEBRERO DE 1938. *Proyecto de Código de Menores*. Lima, 1939.
- CONCHA, Carlos. "El problema de la criminalidad infantil". Tesis para el doctorado en Jurisprudencia. Lima: Oficina tipográfica de *La Opinión Nacional*, 1914.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Informe preliminar de la Comisión Especial de Investigación de las Causas y Consecuencias de la Violencia Cotidiana en el Perú*. Lima: Congreso de la República, 1997.
- *Código Penal de 1924 (Ley n.º 4868)*. Edición oficial. Lima: E. Moreno, 1924.
- CONSEJO DE COORDINACIÓN JUDICIAL. *Derecho de los niños y niñas. Normas internacionales*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa, 1997.
- *El fenómeno de la violencia juvenil: causas y posibilidades de cambio*. Lima: Materiales de Lectura, 1997.
- CORTÉS MORALES, Julio. "Acerca de la ley de responsabilidad penal de adolescentes". Disponible en <www.opcion.cl/upfiles/userfiles/file/Biblioteca_Documentos_Justicia_Juvenil/>. Consulta hecha el 2006.
- "A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente". Disponible en <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Cad_Sist_Justicia_Juvenil_bibliografia.htm>. Consulta hecha el 2000.
- CORTINA, Adela. "Aporofobia". *El País*, 7 de marzo del 2000, p. 14.
- CRUZADO, Julio César. *La violencia juvenil. reflexiones de un día violento en una vida violenta*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1997.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *La privación de la libertad en Colombia y los menores de edad*. Bogotá: Presencia, 1995.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Análisis de los decretos legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley n.º 29999*. Informe Defensorial 129. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008.

----- *¿Ciudadanos desprotegidos?: Estrategias para fortalecer el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana*. Informe Defensorial 132. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008.

----- *El Sistema Penal Juvenil en el Perú*. Informe Defensorial 51. En coordinación con el Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y la Comunidad Europea, Lima: Defensoría del Pueblo 2000.

DELGADO, Honorio. *La formación espiritual del individuo*. Cuarta edición. Barcelona: Ed. Barcelona, 1958.

----- "El concepto de personalidad anormal". *Revista de Neuropsiquiatría*. Vol. VI, n.º 4, Lima, 1943, pp. 409-431.

----- *Algunos aspectos de la psicología del niño*. Lima: 1922.

DÍAZ, Benjamín P. *Los menores ante el derecho penal*. Tesis para optar el grado doctoral en Jurisprudencia. Arequipa: Universidad de Arequipa, 1906.

DÍAZ, Elías. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.

DOLTO, Françoise. "Une conversation avec Philippe Aries". *Macroscopie, France-Culture*, septiembre-octubre, 1977. Disponible en <<http://xoroi.com/aries-dolto.htm>>, consulta hecha el 22 de abril del 2009.

DUBY, Georges y Philippe ARIES. *Historia de la vida privada*. Madrid: Taurus, 1991.

DUNZELOT, Jacques. *La policía de las familias*. Valencia: Pre-textos, 1998.

DURKHEIM, Emilio. "La evolución de las leyes penales". *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 13, Buenos Aires, 1999.

----- *La división del trabajo social*. Barcelona: Planeta DeAgostini, 1994.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La libertad individual y su protección judicial mediante la acción de hábeas corpus". *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n.º 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, diciembre de 1988, pp. 13-34.

- ENZENSBERGER, Hans M. *Política y delito*. Barcelona: Seix Barral, 2001.
- FEELEY, M. y J. SIMON. "La nueva penología". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 6-7, Buenos Aires, 1995, pp. 33-58.
- FERRAJOLI, Luigi. "La soberanía en el mundo moderno". En *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- Prólogo de *Ley, infancia y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998.
- "El derecho penal mínimo", *Poder y Control*, n.º 0, Barcelona, PPU, 1986, pp. 25-48.
- FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Madrid: Nueva Biblioteca Universal. Sección Jurídica. Centro Editorial de Góngora, 1907.
- FLORES GALINDO, Alberto. *La tradición autoritaria. Violencia y democracia en el Perú*. Lima: SUR-APRODEH, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- *Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1999.
- *Genealogía del racismo*. Barcelona: La Piqueta, 1995.
- *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 1988.
- *Saber y verdad*. Barcelona: La Piqueta, 1985.
- *Microfísica del poder*. Barcelona: La Piqueta, 1978.
- *Vigilar y castigar*. México D. F.: Siglo XX, 1976.
- FREUD, Sigmund. "Dostoievski y el parricidio". En *Obras completas*. Vol. XXI. Buenos Aires: Amorrortu, 1982, pp. 44-49.
- "El delincuente por sentimiento de culpa". En *Obras completas*. Vol. XIV. Buenos Aires: Amorrortu, 1984, p. 86.
- FRIEDMAN, Daniel. "Comentario a *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, de Richard Herrnstein y Charles Murray Simon & Schuster. N. Y". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 15-16, Buenos Aires, 2001.
- GALINDO FERNÁNDEZ, Brisaida y Giuliana ZEGARRA BEGAZO. "La intervención con niñas, niños y adolescentes en situación de abandono". En *Compartiendo nuestra experiencia de trabajo en INABIF*. Lima: INABIF-PROMUDEH, 2001, pp. 31-46.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. San José: UNICEF, 2000.

----- "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia".

En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). En *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998.

----- "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales". Mimeo. Bogotá: Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, 1995.

----- "El adolescente infractor como categoría jurídica: las medidas de carácter socioeducativas". En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial-UNICEF, 1995, pp. 25-33.

----- *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis, con el apoyo de UNICEF-TACRO, 1994.

----- "La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía". Disponible en <http://w.w.w.iin.oea.org/indice_adolescentes_y_responsabilidad_p.htm>.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Elías CARRANZA. "El derecho de 'menores' como derecho mayor". En *Derecho a tener derechos*. Tomo II. Bogotá: UNICEF-TACRO/IIN-OEA, 1993, pp. 42-50.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Elías CARRANZA (coordinadores). *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

----- *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Ed. Galerna, UNICEF-UNICRI-ILANUD: 1992.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Más allá de la derecha y la izquierda*. Madrid: Cátedra, 1996.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther. "La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita". En *Derecho a tener derechos*. Tomo II Bogotá: UNICEF-TACRO-IIN-OEA, 1993, pp. 341-373.

GOFFMAN, Erving. *Internados*. Buenos Aires: Amorrortu, 1984.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. "Pedagogía y justicia". En *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 59 a 68.

----- "Políticas de atención integral a niños y adolescentes". En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial y UNICEF, 1995, pp. 34-39.

GONZÁLEZ DEL RÍO, Miguel. "Radiografía de Maranga". *Flecha en el Azul*, n.º 2, CEAPAZ, Lima, 1996, pp. 2-6.

GUERRERO, Rodrigo. "El crimen y el gobierno de la ciudad. Epidemiología de la violencia. El caso de Cali, Colombia". En *Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia y seguridad ciudadana (encuentro de reflexión)*. Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.

GROMPONE, Romeo. "Posibilidades y límites de experiencias de promoción de la participación ciudadana en el Perú". Documento de trabajo n.º 132, serie Sociología y Política n.º 38. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2004.

----- "Exclusión y control social. Un nuevo mapa peruano". *Nueva sociedad*, n.º 156, Lima, 1998, pp. 166-179.

HENER, Alejandro. "Comunidades de víctimas-comunidades de victimarios: clases medias y sentidos de lo comunitario en el discurso de la prevención del delito". *Papeles del CEIC*, Universidad del País Vasco, n.º 34, España, 2008, pp. 1-38.

----- "Marginalidad y riesgo en Argentina y Brasil: análisis comparativo de intervenciones sobre la pobreza desde las políticas nacionales de seguridad pública". II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población. Documento de trabajo. Guadalajara: 2006.

HIMMELFARB, Gertrude. *La idea de la pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

HOBBSBAWN, Eric. *Bandidos*. Barcelona: Ariel, 1976.

HULSMAN, Louk. "Entrevista". *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2, Buenos Aires, 1992.

----- *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Police Brutality in Urban Brazil*. Washington D. C.: Human Rights Watch, 1997.

HUMAN RIGHTS WATCH-AMNESTY INTERNATIONAL. "The Rest of Their Lives: Life without Parole for Child Offenders in the United States". Washington D. C.: Human Rights Watch-Amnesty International, 2004.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Lima: EDDILI, 1987.

----- *La ley importada*. Lima: CEDYS, 1979.

INSTITUTO APOYO. *Agenda para la primera década. Seguridad ciudadana*. Lima: Instituto Apoyo, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Encuesta de hogares sobre victimización en Lima Metropolitana*. Lima: 1998.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Cuestiones de derecho penal*. Quito: Talleres Gráficos Nacionales, 1953.

KEMELMAJER, Aída. "En búsqueda de la tercera vía". Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>>.

KLIKSBERG, Bernardo. "Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina. Algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social". Publicación de la Fundación Internacional y para Ibero América de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). España: 2007.

KONTERLLNIK, Irene. "¿Por qué la adolescencia?". Introducción de *Adolescencia, pobreza, educación y trabajo*. I. Konterllnik y C. Jacinto (compiladoras). Buenos Aires: Editorial Losada-UNICEF, 1996.

LARRANDART, Lucila. "Doctrina de la situación irregular y doctrina de la protección integral". En *Seminario taller internacional El Código de los Niños y Adolescentes, Doctrina y Práctica*. Lima: Poder Judicial y UNICEF, 1995, pp. 40-46.

LARRAURI PIJOAN, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2000.

LEMERT, Edwin M. "Estructura social, control social y desviación". En Marshall B. Clinard (compilador). *Anomia y conducta desviada*. Buenos Aires: Paidós, 1967.

- LEÓN PASTOR, Ricardo. *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Lima: Academia de la Magistratura, Colección de Estudios Judiciales, 1996.
- LIAZOS, Alexander. "La pobreza de la sociología de la desviación". *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, n.º 21, Editorial UNL, Santa Fe: 2005, pp. 101-120.
- LOMBROSO, Cesare. *El delito: sus causas y remedios*. Madrid: Victoriano Suárez, 1902.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en las sociedades salvajes*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MANNARELLI, María Emma. "La infancia y la configuración de los vínculos en el Perú. Un enfoque histórico". En *Políticas públicas e infancia en el Perú*. Lima: Save the Children-UK, 2002.
- "Hombres y mujeres en el Perú". En *Historia de la cultura peruana II*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001.
- MARI, Enrique. *La problemática del castigo*. Buenos Aires: Hachette, 1983.
- MELOSSI, Darío. *El estado del control social*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 1995.
- MERA FIGUEROA, Jorge. "Política criminal y seguridad ciudadana". Disponible en <http://www.derecho.udp.cl/publicaciones/politca_criminal.pdf>.
- MERTON, Robert. *Teoría y estructura sociales*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1968.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERÚ E INFANDES. "Los derechos del niño y el adolescente". En *Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de motivos y Convención sobre los Derechos del Niño*. Ana María Yáñez Málaga, Luz María Capuñay Chávez, Ana María Vidal Cobián y Jorge Valencia Corominas (compiladores) Lima: Infandes, 1996.
- MINISTERIO DE PROMOCIÓN DE LA MUJER Y DEL DESARROLLO HUMANO (PROMUDEH). *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAI) 2002-2010*. Lima: PROMUDEH. Disponible en <<http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/peru/federal/delamujer/planaccion/plan-accion-2002-2010.pdf>>.

MORALES CORDOVA, Hugo. "El adolescente infractor en conflicto con la Ley Penal: una perspectiva socio-psicológica del sistema de justicia penal juvenil en el Perú". Disponible en <http://9213.hostinglogin.com/psicologo_interamericano/Espa%C3%B1ol/My_Homepage_Files/Page5.html>. Consulta hecha el 2006.

MORRIS, Norval. *El futuro de las prisiones*. México D. F.: Siglo XXI, 1978.

MORSOLIN, Cristiano y CUSSIANOVICH, Alejandro. "Perú: impacto de la violencia política en la infancia y adolescencia". Disponible en <www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Peru_impacto%20de%20la%20violencia%20politica%20en%20...>. Consulta hecha el 2004.

MUNIR Cury, Antonio Fernando de Amaral e Silva; Emilio GARCÍA MÉNDEZ y otros. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.

NIEGO, Roger. "Comentarios al proceso de reforma legislativa en el Perú". En E. García Méndez y M. Beloff (compiladores). En *Ley, infancia y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 947-967.

OVIEDO, José. *El Perú y su futuro. Dos paradigmas culturales sobre la infancia*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1999.

PATRONATO PRIVADO DE MENORES DEL CUZCO. *Documentos referentes a su fundación y a su labor en pro de la asistencia de menores en esta ciudad (1938-1942)*. Cuzco: Editores H. G. Rozas Sucesores, 1942.

PAVARINI, Massimo. "La justificación imposible. Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 1, Buenos Aires, 1992.

----- *Control y dominación*: México D. F.: Siglo XXI, 1983.

PAZ SOLDÁN, Carlos Enrique. "Los fundamentos médico sociales del Código de Menores. Ponencia doctrinal que presenta a la consideración de la Comisión Revisora del Código de Menores". En *Proyecto de Código de Menores presentado por la Comisión Revisora nombrada por R. S. de 24 de febrero de 1938*. Lima: 1939.

----- "Madres y niños". En *La reforma médica*. Lima: Editorial La Reforma Médica, Lima, 1924, pp. 57-87.

----- "La causa del niño en el Perú". Informe oficial del Comité Nacional del Perú del III Congreso Americano del Niño. En *Memoria del Comité Nacional del Perú ante el III Congreso Americano del Niño de Río de Janeiro*. Lima: impreso en los talleres gráficos del asilo Víctor Larco Herrera, 1922, pp. 33-54.

----- "La asistencia social en el Perú". Tesis para optar el grado de doctor. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Medicina, 1914.

PECES BARBA, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1983.

PEGORARO, Juan S. "Derecha criminológica, neoliberalismo y política penal". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 15, Editor UNL-UBA, Santa Fe: 2001.

----- "El empedrado camino del cielo. Crítica al pensamiento abolicionista". *Fahrenheit 450*, n.º 4, Buenos Aires, 1989.

----- "Señores y delincuentes de cuello blanco". *Revista de Doctrina Penal*, n.º 29, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

PEÑA GONZALES, Carlos. "Hacia una construcción del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena". Mimeo. Santiago de Chile, 1992.

PORTOCARRERO GRADOS, Ricardo. *El trabajo infantil en el Perú. Apuntes de interpretación histórica*. Lima: Editorial Instituto de Formación de Educadores de Jóvenes y Adolescentes, 1999.

PREMO, Blanca. *Children of the Father King: Youth, Authority, and Legal Minority in Colonial Lima*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005.

----- "Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII". *Histórica*, vol. 24, n.º 1, pp. 85-120. Disponible en <http://www.pucp.edu.pe/publicaciones/rev_aca/historica/his02.htm>.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. "La idea de persona en la doctrina peruana del ochocientos". *Derecho y Sociedad*, año VII, n.º 11, 1996, Lima, pp. 100-109.

RAWLS, John. *La justicia como equidad*. Barcelona: Paidós, 2002.

----- *Teoría de la justicia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002.

----- *Liberalismo político*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

- REIK, Theodor. *Psicoanálisis del crimen*. Buenos Aires: Paidós, 1965.
- ROGGENBUCK, Stefan. "Historia social de la infancia callejera limeña". *Apuntes*, revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, n.º 39, Lima, 1996, pp. 89-112.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. Hierro. Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, dirigida por José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000.
- *Sobre el derecho y la justicia*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- RUSCHE, George y Otto KIRCHEIMER. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- SALAZAR J., Alonso. *No nacimos pa' semilla*. Bogotá: CINEP, 1993.
- SALVATORE, Ricardo. "El imperio de la ley. Delito, Estado y sociedad en la era rosista". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4-5, Año 3. Santa FE: 1994, pp. 93-118.
- SEDA, Edson. "Aldea global de niñez y juventud". Documento inédito. Campinas, 1997.
- SEVILLANO ALTUNA, Edwin y Victoria MENDOZA OTINIANO. *Código de los Niños y Adolescentes. Protección integral*. Trujillo: Normas Legales, 1994.
- SZASZ, Thomas. "El mito de la enfermedad mental". En *Razón, locura y sociedad*. Segunda edición. México D. F.: Siglo XXI, 1979.
- "A quién sirve la psiquiatría; del matadero al manicomio; lenguaje, ley y locura". En *Los crímenes de la paz*. México D. F.: Siglo XXI, 1977.
- TAYLOR, Ian. "Contra el crimen y por el socialismo". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4-5, Buenos Aires, 1994.
- TAYLOR, Ian; Paul WALTON y Jack YOUNG. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Segunda edición. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.
- THOMSON, Edward P. *Tradición, revuelta y conciencia de clase*. Barcelona: Grijalbo, 1984.

TOURAINE, Alain. "From Understanding Society to Discovering the Subject". *Anthropology Theory*, vol. 2, n.º 4, 2002, pp. 387-398.

----- *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

----- *¿Qué es la democracia?* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

UNICEF Y COMISIÓN PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO DEL PODER JUDICIAL. *Diagnóstico de la administración de justicia penal juvenil: un enfoque desde la cultura*. Lima: UNICEF, 1998.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. "Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment. Children and Juvenile in Detention", E/CN.4/1996/31.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 40/33, 23 november 1985.
----- Resolution 45/113, 14 december 1990, emphasis added.

UNITED NATIONS OFFICE AT VIENNA. *Crime Prevention and Criminal Justice Division. United Nations Manual on Juvenil Justice*. Viena: United Nations, 1997.

VALDIZÁN, Herminio. *La reforma penitenciaria en el Perú*. Lima: 1927.
----- *Los factores etiológicos de la atención mental a través de la historia del Perú*. Lima: Sanmartí y Cía., 1917.

----- "La delincuencia en el Perú (sus factores etiológicos): ensayos de criminología nacional" Tesis para optar el grado de bachiller: Lima: Sanmartí y Cía., 1910.

VALDIZÁN, H. y H. DELGADO. Ponencia "La infancia anormal. Estado del problema en el Perú". En Carlos Enrique Paz Soldán, Secretario General de la I Conferencia sobre el Niño Peruano (editor). *Actas y trabajos de la I Conferencia Nacional sobre el Niño Peruano*. Lima: Junta de Defensa de la Infancia, 1922, pp. LXXXVII-CV.

VAN DER MAAT, BRUNO. "Jóvenes y privación de libertad en nuestra historia". *Justicia para crecer*, n.º 4, octubre-diciembre, Lima, 2006, pp. 10-12.

VAZ FERREIRA, CARLOS. "Contribución del Uruguay a la investigación científica de la criminología". *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 190, julio-septiembre, Madrid: 1970.

VIÑAS, Raúl Horacio. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires: EDIAR, 1983.

WILSON, James Q. y George L. KELLING. "Ventanas rotas. La policía y la seguridad en los barrios". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 15-16, Buenos Aires- Santa Fe: UBA-UNL, 2001, pp. 67-78.



ANEXO 1:

FICHA METODOLOGICA DE ENCUESTA A MAGISTRADOS

I. OBJETIVO GENERAL

Conocer el perfil de los magistrados de familia así como su grado de incorporación de la Doctrina de protección Integral de la Infancia para la atención de los casos de infracción penal en niños y adolescentes.

II. OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Conocer las siguientes características de los magistrados de familia: edad, sexo, estado civil, tenencia de hijos.
2. Conocer algunas características relativas a la formación profesional de los jueces de familia, sí como su grado de experiencia en el ejercicio de la magistratura.
3. Conocer el grado de conocimiento e incorporación del paradigma de la protección integral al niño y adolescente, de parte de los jueces de familia.
4. Identificar el grado de influencia de la Doctrina de la Situación Irregular en el desempeño de los magistrados de familia.
5. Conocer la opinión de los magistrados en relación con las características que debería tener un sistema de responsabilidad penal juvenil, así como el entrenamiento que deberían recibir los jueces que se desempeñan en esta área.

III. POBLACIÓN

El total de los magistrados especializados en familia y de vocales que conocen de asuntos de familia a nivel nacional está distribuido de la siguiente manera:

- 56 jueces especializados de familia
- 3 vocales superiores especializados en familia
- 72 vocales superiores que conocen asuntos de familia

IV. MUESTREO

El tipo de muestreo utilizado es no probabilístico, accidental. Se encuestó a todos los jueces y vocales especializados en familia -por lo tanto no participaron los jueces mixtos- y aquellos vocales que conocen de asuntos de familia, que asistieron a un curso de especialización, que representan en conjunto el 60.3% del total nacional.

Los resultados obtenidos nos permiten entonces inferir importantes rasgos acerca de lo que conocen y piensan los magistrados que se desempeñan en el ámbito de familia, en los 25 distritos judiciales del país.

V. MUESTRA

La muestra estuvo conformada por 79 magistrados de familia, distribuidos de la siguiente manera:

- 44 jueces especializados de familia
- 3 vocales especializados de familia
- 32 vocales que conocen asuntos de familia

VI. INSTRUMENTO

Se utilizó una encuesta de 27 preguntas orientadas a obtener:

- datos demográficos (edad, sexo, estado civil)
- datos sobre la formación profesional y experiencia laboral de los magistrados
- información sobre el conocimiento de aspectos centrales de la Doctrina de la Protección Integral
- información sobre el grado de influencia del paradigma de la situación irregular en el pensamiento y desempeño de los magistrados de familia
- información sobre el parecer de los magistrados acerca de las características

que debería tener un sistema de responsabilidad penal juvenil, así como de la capacitación que debería brindarse a los jueces que se desempeñan en esta área.

Se diseñaron para la encuesta preguntas abiertas, cerradas, con respuestas múltiples y dicotómicas.

VII. FECHA DE REALIZACION DE LA ENCUESTA

Se realizó del 10 al 16 de diciembre de 1997.



ANEXO 2: CUADROS DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA

**CUADRO 1:
MAGISTRADOS SEGÚN SEXO**

Masculino	63.3
Femenino	35.7
Total	100.0

**CUADRO 2:
MAGISTRADOS SEGÚN EDAD**

25 a 35	6.3
36 a 45	48.1
46 a 55	35.5
Más de 55	10.1
Total	100.0

**CUADRO 3:
MAGISTRADOS SEGÚN ESTADO CIVIL**

Casado	92.4
Soltero	6.3
Divorciado	1.3
Total	100.0

**CUADRO 4:
MAGISTRADOS SEGÚN SI TIENE HIJOS O NO**

Sí	92.4
No	7.6
Total	100.0

**CUADRO 5:
MAGISTRADOS SEGÚN UNIVERSIDAD PÚBLICA O PRIVADA DE ORIGEN**

Pública	84.8
Privada	15.2
Total	100.0

**CUADRO 6:
MAGISTRADOS SEGÚN NOMBRE DE LA UNIVERSIDAD**

Universidad Católica	7.6
Universidad del Cuzco	10.1
Universidad Federico Villareal	6.3
Universidad San Luis Gonzaga de Ica	7.6
Universidad San Agustín	7.6
Universidad Santa María	1.3
Universidad de Trujillo	17.7
Universidad Garcilazo de la Vega	1.3
Universidad Ped	1.3
Universidad Mayor de San Marcos	29.0
Universidad San Martín de Porres	5.1
Otras provincias	5.1
Total	100.0

**CUADRO 7:
MAGISTRADOS SEGÚN AÑO DE EGRESO**

1961	1.1
1962	1.1
1964	1.1
1967	1.1
1968	2.2
1969	1.1
1972	1.1
1973	1.1
1974	2.2
1975	3.3
1976	1.1
1977	6.5
1978	6.5
1979	5.4
1980	3.3
1981	1.1
1982	5.4
1983	6.5
1984	3.3
1985	3.3
1986	10.9
1987	2.2
1988	2.2
1989	3.3
1990	1.1
1993	1.1
No sabe/No opina	21.7
Total	100.0

**CUADRO 8:
MAGISTRADOS SEGÚN ESPECIALIDAD EN FAMILIA**

Juez de familia	55.7
Vocal de familia	3.8
Vocal conoce asunto	40.5
Total	100.00

**CUADRO 9:
MAGISTRADOS SEGÚN GRADO DE ESTUDIOS
DE ESPECIALIDAD ALCANZADO**

Sin estudios	44.3
Maestría	45.6
Doctorado	3.8
No sabe/No opina	6.3
Total	100.0

**CUADRO 10:
OCUPACION PREVIA A LA JUDICATURA**

Poder Judicial	21.5
Ministerio Público	5.1
Otra entidad estatal	11.4
Maestro Nivel Escolar	3.8
Profesor Universitario	3.8
Entidad privada	1.3
Ej. libre-estudio	2.5
Ej. libre-independiente	11.4
Más de una ocupación	37.9
No sabe/No opina	1.3
Total	100.0

**CUADRO 11:
MAGISTRADOS SEGÚN EXPERIENCIA EN EL AMBITO FAMILIAR**

Menos de un año	2.6
Un año	24.1
Dos años	13.9
Tres años	15.2
Cuatro años	6.3
Cinco años	11.4
Seis años	1.3
Siete años	2.5
Ocho años	1.3
Diez años	5.1
Doce años	1.3
Dieciseis años	2.5
Diecisiete años	1.3
Dieciocho años	1.3
Diecinueve años	1.3
Veinte años	1.3
Veintitrés años	1.3
Veinticuatro años	1.3
No sabe/No opina	5.1
Total	100.0

**CUADRO 12
MAGISTRADOS SEGÚN CARGO QUE OCUPAN**

Juez espec. Provisional	31.6
Juez espec. Titular	6.3
Juez espec. Suplente	16.5
Vocal provisional	8.9
Vocal titular	36.7
Total	100.0

**CUADRO 13:
MAGISTRADOS SEGÚN DISTRITO JUDICIAL EN QUE SE DESEMPEÑAN**

Amazonas	1.3
Ancash	1.3
Apurímac	1.3
Arequipa	5.1
Ayacucho	2.5
Cajamarca	3.8
Callao	3.8
Cañete	1.3
Cono Norte	3.8
Cusco / Madre de Dios	6.3
Huancavelica	2.5
Huánuco	2.5
Huarua	1.3
Ica	6.3
Junín	3.8
La Libertad	10.1
Lambayeque	3.8
Lima	15.2
Loreto	2.5
Piura / Tumbes	2.5
Puno	5.1
San Martín	2.5
Santa	5.1
Tacna / Moquegua	2.5
Ucayali	2.5
Total	100.0

**CUADRO 14:
¿LOS DERECHOS DEL NIÑO ESTAN VINCULADOS A LA PROMOCION
DE LA PAZ Y LA DEMOCRACIA?**

Desacuerdo	26.6
Acuerdo	69.6
No sabe/No opina	3.8
Total	100.0

CUADRO 15:
¿PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS DEL NIÑO BASTARIA UN BUEN MARCO JURIDICO Y UNA BUENA ADMINISTRACION DE JUSTICIA?

Desacuerdo	77.2
Acuerdo	19.0
No sabe/No opina	3.8
Total	100.0

CUADRO 16:
¿LOS SUJETOS DE ATENCION EN EL AMBITO JURISDICCIONAL SON LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACION DE RIESGO, PELIGRO O ABANDONO MATERIAL O MORAL E INFRACTORES A LA LEY PENAL?

Desacuerdo	11.4
Acuerdo	87.3
No sabe/No opina	1.3
Total	100.0

CUADRO 17:
¿CUAL ES EL ERROR MAS GRAVE AL DICTAR SENTENCIA?

Privar de libertad a un inocente	83.5
Dejar en libertad a u culpable	11.4
No sabe/No opina	5.1

CUADRO 18:
¿SE DEBE EVALUAR LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO PARA OTORGAR RESPONSABILIDAD?

Desacuerdo	25.3
Acuerdo	68.4
No sabe/No opina	6.3
Total	100.0

**CUADRO 19:
¿CUALES SON LOS CRITERIOS QUE TOMA EN CUENTA EL JUEZ
AL EMITIR RESOLUCION JUDICIAL?**

	1 criterio
Naturaleza del acto antisocial	45.6
Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad	22.8
Atenuantes	6.3
Peligro moral o material	11.4
Situación de riesgo y peligro	1.3
Condiciones Socioeconómicas	12.7
Total	100.0
	2 criterio
Naturaleza del acto antisocial	10.1
Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad	19.0
Atenuantes	17.7
Peligro moral o material	25.4
Situación de riesgo y peligro	6.3
Condiciones Socioeconómicas	21.5
Total	100.0
	3 criterio
Naturaleza del acto antisocial	13.9
Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad	6.3
Atenuantes	12.7
Peligro moral o material	16.5
Situación de riesgo y peligro	17.7
Condiciones Socioeconómicas	32.9
Total	100.0

**CUADRO 20:
RESOLUCION DEL CASO DE ADOLESCENTE INFRACTORA**

Absuelve	36.7
Remisión	27.8
Encuentra responsabilidad	34.2
No sabe/No opina	1.3
Total	100.0

CUADRO 21:
¿EXISTE DISCRIMINACION EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA?

Hay mucha discriminación	17.7
No hay mucha, pero sí existe	50.6
No hay discriminación	30.4
No sabe/No opina	1.3
Total	100.0

CUADRO 22:
**¿EXISTE DISCRIMINACION DE LOS JUECES FRENTE
A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES?**

Hay mucha discriminación	5.1
No hay mucha, pero sí existe	58.2
No hay discriminación	17.7
No sabe/No opina	19.0
Total	100.0

CUADRO 23:
¿EXISTE INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DE SITUACION IRREGULAR?

Sí	70.9
No	19.0
No sabe/No opina	10.1
Total	100.0

**CUADRO 24:
¿CUAL ES EL PRINCIPAL DEFECTO DE LOS JUECES?**

	1 criterio
Demasiada discrecionalidad	13.9
Decidir sin considerar al adolescente	7.6
No compenetrado con el nuevo modelo	54.4
Poca vocación y dedicación	13.9
Ser demasiado benigno	2.5
Ser demasiado represivo	5.1
No sabe/No opina	2.6
Total	100.0
	2 criterio
Demasiada discrecionalidad	10.1
Decidir sin considerar al adolescente	16.5
No compenetrado con el nuevo modelo	24.1
Poca vocación y dedicación	27.8
Ser demasiado benigno	8.9
Ser demasiado represivo	6.3
No sabe/No opina	6.3
Total	100.0
	3 criterio
Demasiada discrecionalidad	15.2
Decidir sin considerar al adolescente	13.8
No compenetrado con el nuevo modelo	5.1
Poca vocación y dedicación	8.9
Ser demasiado benigno	13.9
Ser demasiado represivo	24.1
No sabe/No opina	19.0
Total	100.0

CUADRO 25:
**¿EL AUMENTO PERMANENTE DE LAS SANCIONES AYUDA A RESOLVER
 LOS PROBLEMAS SOCIALES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL?**

Desacuerdo	92.4
Acuerdo	5.1
No sabe/No opina	2.5
Total	100.0

CUADRO 26:
**¿LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DEBERIAN INCORPORARSE
 A UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL?**

Desacuerdo	7.6
Acuerdo	89.9
No sabe/No opina	2.5
Total	100.0

CUADRO 27:
¿LA PRIVACION DE LIBERTAD DEBE APLICARSE COMO ULTIMO RECURSO?

Desacuerdo	11.4
Acuerdo	82.3
No sabe/No opina	6.3
Total	100.0

CUADRO 28:
**¿SE DEBE SER COMPENSIVO ANTE UN ADOLESCENTE
 QUE HA COMETIDO UN DELITO GRAVE?**

Desacuerdo	26.6
Acuerdo	69.6
No sabe/No opina	3.8
Total	100.0

CUADRO 29:
¿ES INSUFICIENTE LA CAPACITACION DE LOS JUECES DE FAMILIA?

Desacuerdo	12.7
Acuerdo	84.8
No sabe/No opina	2.5
Total	100.0

CUADRO 30:
¿NO EXISTE UNA ADECUADA IMPLEMENTACION DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS?

Desacuerdo	2.5
Acuerdo	97.5
Total	100.0

CUADRO 31:
¿LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO CONTRIBUYEN A REHABILITAR AL ADOLESCENTE INFRACTOR?

Desacuerdo	70.9
Acuerdo	25.3
No sabe/No opina	3.8
Total	100.0

CUADRO 32:
¿EXISTE APOYO DE EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS?

Desacuerdo	79.7
Acuerdo	17.7
No sabe/No opina	2.6
Total	100.0

CUADRO 33:
OBJETIVOS DEL PROGRAMA DE TRABAJO CON ADOLESCENTES INFRACTORES

Reducir efectos privación de libertad	1.3
Reintegrar al adolescente	2.5
Brindar tratamiento psiquiátrico	22.8
Brindar condiciones de seguridad social	1.3
Dos objetivos	17.7
Tres o más objetivos	54.4
Total	100.0

CUADRO 34:
¿EXISTE EN ALGUNAS PERSONAS UNA INCLINACION A DESACATAR LAS LEYES?

Muy en desacuerdo	6.3
En desacuerdo	34.2
Ni en acuerdo ni en desacuerdo	11.4
En acuerdo	31.6
Muy en acuerdo	13.9
No sabe/No opina	2.6
Total	100.0

**CUADRO 35:
¿LA VIRTUD MAS IMPORTANTE QUE ENSEÑAR A LOS NIÑOS
ES LA AUTORIDAD?**

Muy en desacuerdo	2.5
En desacuerdo	6.3
Ni en acuerdo ni en desacuerdo	3.8
En acuerdo	62.0
Muy en acuerdo	21.5
No sabe/No opina	3.9
Total	100.0

**CUADRO 36:
¿EL PROPOSITO PRIMORDIAL DE LA DEMOCRACIA
ES GARANTIZAR EL ORDEN PUBLICO?**

Muy en desacuerdo	5.1
En desacuerdo	16.5
Ni en acuerdo ni en desacuerdo	8.9
En acuerdo	57.0
Muy en acuerdo	7.6
No sabe/No opina	4.9
Total	100.0

**CUADRO 37:
¿SI SE DISCUTIERA MENOS Y SE TRABAJARA MAS TODO
IRIA MEJOR EN EL PAIS?**

Muy en desacuerdo	2.5
En desacuerdo	16.5
Ni en acuerdo ni en desacuerdo	12.7
En acuerdo	40.5
Muy en acuerdo	21.5
No sabe/No opina	6.3
Total	100.0