

# GARANTÍAS, DOGMÁTICA JURÍDICA Y MINORÍA DE EDAD PENAL: ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO PENAL ILUSTRADO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En este trabajo se reflexiona sobre el desarrollo histórico y la vigencia de los principios ilustrados limitadores del *ius puniendi* en el ámbito del Derecho penal aplicable a las personas menores de edad. La observación de los sistemas normativos revela que las niñas, niños y adolescentes fueron excluidos del sistema de garantías desde su formación en el siglo XVIII hasta prácticamente finales del siglo XX, tiempo en el que se observa un progresivo regreso a construcciones jurídicas de corte ilustrado o liberal, debidamente reformuladas según las nuevas doctrinas dominantes sobre los derechos humanos.

Componentes decisivos de esta evolución han sido el desarrollo de una nueva concepción del sujeto de derecho y de la noción de Estado Social y Democrático de Derecho. De este modo al hecho indudable de que las niñas, niños y adolescentes son personas en desarrollo que tienen una situación jurídica y social especial, se le dejó de atribuir como único corolario la categoría de incapaz o inimputable, dándose inicio a una nueva visión de protección de la infancia basada, ya no en su dependencia, sino en el reconocimiento de garantías específicas para el ejercicio de sus derechos.

El hito normativo más importante de esta evolución, es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que reconoce expresamente la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y los principios de protección y participación<sup>2</sup>.

Una base común entre la nueva concepción jurídica de la infancia y el actualmente denominado *Derecho penal liberal o garantismo*, es el pensamiento ilustrado sobre los derechos fundamentales, los límites al sistema penal y la concepción de Estado de Derecho. Muñoz Conde y García Arán, ponen de manifiesto el vínculo entre el principio de intervención legalizada y la transición desde la "concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal de Derecho", que se caracteriza por el "imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad en la actuación administrativa y la garantía de los

<sup>1</sup> El autor es consultor de Uteccyl y profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile.

<sup>2</sup> La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y considera niños a las personas hasta los 18 años. Véase los artículos 1, 3 y 12. España la ratificó el 30 de Noviembre de 1990 (BOE de 31-12), y entró en vigor el 5 de enero de 1991.

derechos y libertades fundamentales<sup>3</sup>. A esta concepción liberal, se unirán posteriormente las exigencias derivadas del Estado Social y Democrático de Derecho que implicarán una limitación a los fines de la pena y un reconocimiento del derecho de todas las personas, incluidos los niños, de participar en la vida social<sup>4</sup>.

Ciertamente, la tendencia limitadora va en sentido opuesto a la corriente política criminal preponderante en la actualidad, que se encuentra dominada por lo que algunos autores describen como "un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre de parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de dónde parecía se había salido ya definitivamente"<sup>5</sup>.

Efectivamente, en tiempos en que pareciera imponerse un discurso de expansión de la cultura del control, cuya expresión más conocida es la política de "Ley y Orden"<sup>6</sup>, resulta interesante reflexionar sobre los procesos de construcción de sistemas de garantías en el ámbito del Derecho penal de menores en España y América Latina, ya que estos procesos, pese a sus contradicciones, vacilaciones e imperfecciones, han sido capaces, en estos tiempos duros para las visiones garantistas, de reformular y reconstruir lo esencial del movimiento ilustrado.

Parace paradójico que el "Derecho de los menores", permanentemente marginado de los beneficios de la política liberal ilustrada, se pueda convertir ahora en una especie de reserva, o campo de reformulación de los ideales penales liberales, ante el avance del Derecho penal autoritario.

En este trabajo se opta por hacer un análisis centrado en el desarrollo de las categorías dogmáticas y su función en la exclusión jurídica de la infancia. En primer lugar se examinan los principios limitadores del ius puniendi desarrollados en la ilustración; y luego, se aborda el problema de su aplicación, o mejor dicho (*no*) aplicación, a las personas menores de edad. En la tercera sección se analiza la irrupción del peligrosismo positivista y del Derecho de Menores para terminar con un análisis de las nuevas tendencias en América Latina y España, que pueden catalogarse como una vuelta al derecho penal clásico.

3 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal, Parte General, Valencia, Ed. Trinitat la Borja, 5ª Ed. 2002, p. 86. Siguiendo esta tesis DIEZ RIPOLES señala que si se quiere liberal hacer referencia a un Derecho penal como un sistema de control social, «dado de un... alto grado de formalización [...] que rebaja su estrecha vinculación a puntualizados propósitos del ilustración política, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al avance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos espaciales». GARCÍA ARÁN, M.: "El Comenzamiento del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista" en *Revista Ciencias Penales*, año 10, nº 15, Diciembre 1981, versión electrónica [www.coleccionpenales.org/revista15\\_p3](http://www.coleccionpenales.org/revista15_p3)

4 Véase BARATTA, A.: "Iniciencia y Democracia" en GARCÍA MENÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY: *Compilaciones, Influencia, Ley y Democracia*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, Colección Ed. Temis y Depalma, 2ª Ed. aumentada, corregida y actualizada, 1989-Tomo II, pp. 31-57.

5 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.: *ibidem* p. 71.

6 Véase TORRESFERRE, D.: *Deviancia y Delito*, Madrid, Ed. Alianza, 2001 que desarrolla el uso ideológico de estas categorías en las políticas de seguridad ciudadana (pp. 229 y ss.). Una interesante evaluación crítica de las nuevas tendencias en materia de seguridad ciudadana especialmente en el Reino Unido en GILLING, D.: "European Journal on Criminal Policy and Research", nº 9, 2001, pp. 387-400.

Como metodología de análisis se revisa críticamente las categorías dogmático-jurídicas que sirvieron de fundamento a la construcción de la infancia de la infancia a partir del Derecho ilustrado, utilizando como parámetro de juicio el carácter *autocomprendivo* del saber dogmático que ha primado en los períodos, clásico, positivista y actual y sus efectos sobre la infancia.

Ciertamente, no se ignora la existencia de condicionantes políticos, intereses sociales y visiones culturales; sin embargo, se pone énfasis en los postulados y conceptos jurídicos porque por atender a los primeros, a menudo se olvida que las leyes y teorías jurídicas no sólo ejercen una influencia normativa y modeladora de la vida social, sino también, que son parte de la construcción de esa realidad. La relación entre Derecho y realidad es compleja e interdependiente, y si bien no debe sobrevalorarse el valor del Derecho, hay que admitirle alguna influencia sobre la realidad —en este caso de la infancia— que no sólo es reconocida por la filosofía del Derecho, sino también, por otros ámbitos de las ciencias sociales<sup>7</sup>.

Acertadamente Foucault advierte que "entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes (y que) ciertas formas de verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal"<sup>8</sup>.

En consecuencia, aquí se pretende mostrar que la supuesta neutralidad de la dogmática, en el caso de la infancia, contribuyó a reforzar su exclusión a través de la adscripción de categorías como incapacidad, inimputabilidad y peligrosidad que terminaron por influir socialmente en la consideración social acerca de la subjetividad de la infancia.

En este sentido, se puede afirmar que no existe una dogmática jurídico penal inocente o imparcial, toda ella es valorativa —abierto o encubiertamente— y sirve a fines político criminales determinados. Por ello es preferible explicitar los fines político criminales que se busca conseguir con ella. En el análisis siguiente adhiere a una formulación de Muñoz Conde de 1975, que señala que la dogmática cumple la función de "garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático"<sup>9</sup>.

7 La bibliografía sobre este punto es muy extensa. Una correcta aproximación sociológica es BERGER, P. y LUCKMANN, TH. *La Construcción Social de la Realidad*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 9ª Ed. 1980. A la medida la influencia de la estructura económica en las penas se presta de manifiesto en muchas investigaciones. Cfr. e. g., una encuesta obligada a verse en la obra de RUSCHÉ Y ARCHHEIMER, Peter y *Estructura Social, Imputación de Culpa y Pena*, Ed. Santa Fe - Bogotá, Temis 1984. Véase infra el desarrollo de este tema y la bibliografía citada.

8 FOUCAULT, M. *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, Primera Conferencia, pp. 17-18.

9 MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, 136. Si bien el pensamiento del autor, obviamente, ha evolucionado con el paso del tiempo, este cometido que obedece a la separación penal en 1975, sigue estando presente en toda su obra.

## 2. Los límites del poder punitivo y el pensamiento penal en la Ilustración

La influencia de la Ilustración en el desarrollo histórico del pensamiento y las instituciones jurídicas ha sido decisiva, al punto que –para muchos– no es posible concebir las actuales instituciones políticas, legislativas o el sistema de administración de justicia, sin tomar como referencia sus principios.

La separación de poderes, la primacía de la ley como expresión de la “voluntad general” o la noción de Derechos fundamentales son sólo algunos de los tópicos que sirvieron de motor a una profunda renovación de la cultura jurídica, y a un ambicioso proyecto de transformación de la sociedad cuyo objetivo era limitar el poder del Estado y proteger los derechos de los individuos.<sup>13</sup>

Si bien es claro que el pensamiento jurídico del siglo XVIII recoge ideas desarrolladas anteriormente, especialmente durante el siglo XVII<sup>14</sup>, la concreción práctica de estos planteamientos, sólo adquiere un mayor impulso con la independencia de Estados Unidos de América y, especialmente, con la revolución francesa, que, al decir de Muñoz Conde, “no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del S. XVIII, época del Iluminismo y de la Ilustración”<sup>15</sup>.

La fuerza transformadora de este período se canalizó, a través del *constitucionalismo* y la *codificación*<sup>16</sup>, legalidad, protección de los derechos de los ciudadanos y superación de los privilegios del antiguo régimen, fueron sus principios fundamentales.

Existe consenso en señalar a Beccaria, y en particular su conocida obra “*De los Delitos y de las Penas*”, aparecida por primera vez en forma anónima en 1764, como el punto de partida del pensamiento penal liberal. En ella se plasman los más importantes principios que inspirarán al Derecho penal moderno y, como afirma Tomás y Valiente, se abre “una nueva etapa de la ciencia penal y del Derecho penal positivo”, fundada en el pacto social y no en el prestigio de las tradiciones jurídicas o en la religión<sup>17</sup>.

13 La bibliografía sobre este tema es muy extensa. Una visión general sobre el contexto histórico y el pensamiento jurídico de la Ilustración se puede encontrar en PERES-SARBA, G., FERNÁNDEZ, E. Y DE ALÍAS, R. *Directores. Historia de los Derechos Fundamentales* (Tomo II, 3 volúmenes), Madrid, Ed. Dykinson, 2001. En especial, véase PRIETO SANCHEZ, L., “La Filosofía Penal de la Ilustración”, Tomo II, Volumen II, pp. 127-243, op. cit., pp. 131-132.

14 PRIETO SANCHEZ, L., *ibidem*, pp. 131-132 detalla el aporte de Spinoza y Grocio. TABLET, G., *Cultura Jurídica y Política de Derecho*, México DE Ed. Fondo de Cultura Económica, 1965, en pp. 42 y ss. analiza el aporte de Pufendorf y Leibniz, así mismo determinante para la creación del sistema dogmático.

15 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 87.

16 Como se sabe, junto al Derecho penal codificado de raíz europea, el *“common law”* del sistema anglosajón, que tendrá influencia en la creación, a partir de fines del siglo XIX y la primera mitad del XX, en la legislación de muchos países. Un desarrollo de los nuevos conceptos de derecho comunitario y el anglosajonismo que permiten al autor plantear la existencia de una “gran zona universal del Derecho penal” en BLEICHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Traducción y prólogo de Muñoz Conde, F. Valencia, Ed. Trant lo Blau, 1997, en especial pp. 17-19.

17 BECCARIA, C. De los Delitos y de las Penas. Traducción e introducción de Tomás y Valiente, F. Madrid, Ed. Aguilar, 1969. El autor trata como novedad tres versiones: en italiano de la edición de 1822 que contiene todos los adiciones y cambios de esa obra que el propio autor (op. cit. pp. 30-57); TOMÁS Y VALIENTE, F. *Introducción a BECCARIA, C. De los Delitos y de las Penas*, pp. 17 y 18; En Alemán se le atribuye el honor del autor del fundador del racismo alemán que tendrá su propio desarrollo teórico-jurídico independiente. Véase QUINTEROS OLIVERAS, G. *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, Ed. Conoc, 1996, pp. 159-171.

Con la Ilustración la pena deja de ser una prolongación de la penitencia religiosa; al contrario, se encuentra regida por la ley que es expresión de la razón y la voluntad general. En consecuencia, la pena es proporcional, ya no arbitraria o discrecional; se dirige a fines preventivos y no a fines absolutos, retributivos o expiatorios; y se limita por fines filantropos que eviten la crueldad de los procedimientos y castigos<sup>18</sup>.

Juristas y jueces tuvieron que adecuar sus razonamientos a las nuevas ideas, produciéndose cambios en el método jurídico-penal, que evoluciona desde las *glossas* y *comentarios*, a la formulación de “teorías científicas” rigurosamente estructuradas a partir del método deductivo<sup>19</sup>. Particularmente fuerte es la limitación a las facultades discretionales de los jueces; Beccaria, inspirado en Montesquieu, propone un estricto apego del Juez a la Ley, que limite al máximo toda forma de discrecionalidad, y reduzca su razonamiento a un “silogismo perfecto”<sup>20</sup>.

El fundamento del *derecho de pensar* no será más el origen divino de la soberanía, sino el pacto social, nacido de la *necesidad* de “aseguramiento de la libertad”<sup>21</sup>, como consecuencia, se deriva que el Derecho penal tiene entre sus funciones principales limitar las facultades punitivas del Estado, que se encuentran encuadradas por las máximas porciones de libertad que cada persona pone en común al celebrar este (hipotético) contrato social<sup>22</sup>.

Muñoz Conde y García Arán reconocen en el pensamiento jurídico y político del siglo XVIII el origen de los principios que limitan el ius puniendi y una continuidad con el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el pensamiento constitucional; resumen sus postulados señalando que los límites al *ius puniendi* se basan en la consideración de la justicia y de la dignidad humana y pueden “reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de *intervención mínima* y el principio de *intervención legalizada del poder punitivo del Estado*”<sup>23</sup>.

15 PRIETO SANCHEZ, L.: La Filosofía Penal de la Ilustración, p. 138.

16 QUINTEROS OLIVERAS, G.: op. cit. p. 151. PRIETO SANCHEZ, L.: *ibidem*, pp. 144-158, describe estas ideas señalando que la abstracción de estos principios llevó a una profunda transformación en el método de la ciencia penal, dando origen a una nueva forma de razonar basada en la primacía del principio de legalidad; la proporcionalidad entre delito y pena; la igualdad de todos los sujetos ante el Derecho penal, poniendo fin a los privilegios que habían conmovido un sistema penal que vertaba sus sanciones según el status de las víctimas.

17 BECCARIA, C., op. cit. p. 76. Más contundente aún es su afirmación que “un desorden que nace de la ignorancia observándose de la letra de una ley penal no puede compararse de los desórdenes que nacen de la interpretación. El mismo desorden no indica a basear la fealdad y necesaria corrección de las palabras de la ley que son causa de la incertidumbre; pero impide la total ignorancia de esas leyes”, pp. 177-78.

18 HASSINGER, W.: “Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania”, en *Derecho* N.º 8, 1990, pp. 173-196, p. 176. “Si bien el pasaje completo del texto de Beccaria es muy conocido, es conveniente transcribirlo, porque marca la ruptura con el Derecho penal anterior concebido como un instrumento limitado para lograr la obediencia o los fines de los soberanos. “El poder, la necesidad lo que construyó a los hombres a cada parte de la propia libertad es, pues, claro que cada uno quiere poseer de ella en el depósito público más que la mínima porción posible, lo que basta para impedir a los demás a detentarla. La apropiación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de pensar; todo lo demás es avaricia y no justicia, es tiranía, no ya derecho”. Beccaria, C., De los Delitos y las Penas, op. cit. p. 72.

20 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.: *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, F. *ibidem*, pp. 70 y 72. Para Muñoz Conde en estos conceptos fundamentales se comprenden auténticamente otras derivaciones como los principios de proporcionalidad, culpabilidad y humanidad.

En suma, desde la Ilustración en adelante, estos principios debieran orientar y limitar la actuación punitiva en todos los ámbitos en que ésta se despliega; en consecuencia también han de ser aplicados al diseñar y poner en práctica los sistemas de reacción ante infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad. Sin embargo, en este ámbito del Derecho penal, como se verá, existe un déficit histórico a cuyo análisis y evolución se dedican los apartados siguientes.

Antes de pasar al examen detallado de las relaciones entre infancia y Derecho a partir del siglo XVIII, es conveniente indicar una característica del pensamiento ilustrado que exigirá considerar con cuidado cualquier generalización respecto a sus ideas: su diversidad.

Pese a la comunidad de ideas y propósitos que se han expuesto, la Ilustración, y en particular su pensamiento jurídico-penal, no es un movimiento homogéneo; más aún, como pone de relieve Foucault, la oposición entre control y legalidad, parece ser una buena explicación de los límites, que en su desarrollo histórico encontraron —y aún encuentran— los ideales ilustrados<sup>21</sup>.

A modo de ejemplo de la heterogeneidad, Kant, el más emblemático filósofo ilustrado, formula una fundamentación retributiva<sup>22</sup> de la pena que se contraponen a las ideas preventivas propugnadas por Beccaria o Feuerbach<sup>23</sup>, pero ambos sostienen la existencia de un Derecho natural de raíz racionalista<sup>24</sup>. Bentham, por el contrario, desarrolla una fundamentación utilitarista de la pena, a la que considera preventiva, con lo que se acerca a Beccaria, pero rechaza la idea de Derecho natural<sup>25</sup>.

En suma, una de las explicaciones de la falta de realización histórica de los postulados ilustrados, no se encontraría en que ellos serían expresión de un "idealismo utópico", sino en las contradicciones internas, especialmente de carácter político, que se anidaban en el propio movimiento. El pensamiento ilustrado no logró construir los arreglos o mecanismos institucionales que permitieran hacer efectivos sus principios, en particular, los de igualdad y sometimiento del poder a las leyes; pero, como señalan Muñoz Conde y García Arán en

relación con el principio de intervención legalizada, "sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva, que al principio como tal"<sup>26</sup>. En consecuencia, no se trata de desear los principios por irrealizables, ni necesariamente de fundamentarlos mejor, sino como sostiene Bobbio: "el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarnos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político"<sup>27</sup>.

### 3. Presupuestos dogmático-jurídicos para la exclusión de las personas menores de edad de las garantías del Derecho penal clásico

Un importante déficit del pensamiento de la Ilustración, explicado aunque no justificado por el contexto histórico, fue su estrecha concepción de la ciudadanía<sup>28</sup>, y el consecuente uso de la categoría *incapacidad*; esta limitación afectará hasta nuestros días la posibilidad de desarrollo, participación y protección igualitaria, no sólo de las personas pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de la sociedad, sino también, la de las mujeres y de las personas menores de edad.

En esta sección no se analizarán los factores políticos o las concepciones sociales que determinaron la condición jurídica de las niñas y los niños desde el siglo XVIII hasta la segunda mitad del XX; se pondrá atención, en su lugar, a algunas construcciones jurídicas, que permiten entender los mecanismos por los cuales se generó, en el seno de un derecho pleno de conceptos y principios igualitarios y liberales, un paralelo proceso de exclusión jurídica que redundó en que no se aplicaran respecto a las personas menores de edad los principios de limitación del ius puniendi que habían sido concebidos como derechos de todos<sup>29</sup>.

La utilidad de este enfoque es que permite descubrir el desarrollo histórico de los mecanismos técnico-jurídicos, y no sólo los ideológicos, que operan en la reproducción de la desigualdad. Este tipo de análisis puede favorecer la comprensión de los mecanismos de exclusión vigentes en un momento determinado y contribuir a desmontarlos a través de la creación de nuevos conceptos jurídicos, o bien de la reformulación de los existentes, a partir de una apertura a nuevas condiciones sociales

21 FOUCAULT, M.: La Verdad y las Formas Jurídicas, quinta conferencia, p. 116 se pregunta acerca de cómo fue posible que la "teoría legalista fuese aplicada en un primer momento y posteriormente encubierta y torcidamente oculta por el pensamiento que se formó al margen de ella". Sobre la influencia de Bentham en la elaboración de una actividad penal autoritaria véase BARNHOJ, E., MISMO, J.: La Vida de los Hombres Inimicos, Madrid, Ed. La Piqueta, 1980 pp. 47 - 50.

22 Para un completo análisis de la filosofía penal de Kant, véase BETEGÓN, J.: La Justificación del Castigo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. En un sentido distinto al usual, BETEGÓN sostiene que el espíritu retribucionista atribuido a Kant podría matizarse distinguiendo si los argumentos consecuencialistas basados en fines socio-políticos se utilizan para establecer al sistema de Derecho (en que aparentemente Kant podría aceptar) o para justificar la pena p. 37. En este último caso, es el Estado el que tiene que "satisfacer las demandas justificativas del agente moral que sufre la pena, situación que requiere necesariamente la exclusión radical de los argumentos de utilidad social", p. 40.

23 La teoría de Feuerbach sobre la "razonación psicológica" constituye, según HASSSEMER, el único "punto por lo demás central, (en el cual) no siguió la tradición del Derecho penal de Kant". HASSSEMER, W.: Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, op. cit. p. 176.

24 "La filosofía idealista no hubiera merecido ese nombre si no hubiera creado las bases de otra clase de Derecho natural, del llamado «Derecho natural instrumentalista». HASSSEMER, W.: *Ibidem*, p. 176.

25 PRIETO SANCHEZ, L., op. cit. p. 142. Según BETEGÓN "la personalización moral del individuo es en forma de espanto impuesto por imperativos prácticos de moralidad; se no trata en consideración de ella va a constatar el principal defecto de los teóricos utilitaristas de la pena a partir de Bentham". BETEGÓN, J.: *Loc. Cit.*

26 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., op. cit. p. 84.

27 BOBBIO, M.: Sobre el fundamento de los derechos del hombre en El tiempo de los Derechos, Madrid, Ed. Sistema, Madrid, 1981, p. 61.

28 Véase FERRAJOLI, L.: Derechos y Garantías. La Ley del más Débil, Madrid, Ed. Trotta, 1999. En particular los artículos contenidos en ese libro: "Derechos Fundamentales" pp. 37-72 y "De los Derechos del Ciudadano a los Derechos de la Persona" pp. 97 - 124.

29 Judicis sociis - Judicis sociis sobre las definiciones y relaciones de la infancia con el sistema, pero que no se enfocan en aspectos relativos a la dogmática jurídica, en GARCÍA MÉNDEZ, E.: Prehistoria y Historia del Control socio-penal de la infancia: Publica Jurídica y Derechos Humanos en América Latina en *www.aaajin* y en *THEORORIN*, S.: "Los Derechos de los Niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales" en MORENO, L. Compilador: Intercambio Social y Desarrollo del Bienestar, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993, pp. 77-143.

o políticas que influyen sobre el Derecho, pero frente a las cuales, la dogmática autoreferente no es capaz de reaccionar<sup>30</sup>.

Como todo Derecho, el Derecho ilustrado, tanto civil como penal, se constituyó sobre postulados ideológicos, condiciones políticas y, también, sobre consideraciones metodológicas y conceptuales. La construcción jurídica de la codificación buscó realizar principios, pero también, los plasmó en una técnica jurídica específica, en un sistema, cuya característica principal es la simplificación de las relaciones jurídicas que debían ser reguladas por la Ley, que se contenía en Códigos que podían ser conocidos por todos y, más aún, cuyo conocimiento se presumía respecto de todos<sup>31</sup>.

A continuación se intentará explicar brevemente cómo necesidades metodológicas, que se consideraron imprescindibles para la construcción de un sistema racional de Derecho penal, determinaron la creación de una dogmática jurídica penal cerrada sobre sí misma, que privilegió una autocomprensión puramente sistemática de sí misma y que definió sus conceptos, entre ellos el de inmutabilidad de las personas menores de edad, al margen de consideraciones de política criminal.

En este sentido se sigue la propuesta de Muñoz Conde, Roxin y Hassemer de criticar estas construcciones cerradas y avanzar hacia estructuras dogmáticas abiertas, integradas a las exigencias de la política criminal y orientadas a sus consecuencias en la vida social y política<sup>32</sup>. En definitiva como señala Alcácer este enfoque integrado, impone nuevas exigencias a la dogmática, que será ahora una ciencia práctica que deberá atender a los datos que la realidad aporta para formular sus conceptos y categorías y deberá comprobar el cumplimiento de los objetivos previstos y prestar "atención a eventuales consecuencias no previstas o asumidas normativamente"<sup>33</sup>.

La dogmática jurídico-penal clásica no consideró estas tendencias, que empezaron a formularse recién en la segunda mitad del siglo XX. Por el contrario operaba con conceptos rígidos, y las necesidades sistemáticas del ordenamiento jurídico adquirirían preeminencia sobre la realidad, privilegiándose la construcción de conceptos y categorías que se caracterizaban por su abstracción.

30 Véase MACCORMICK, N. "Los Derechos de los Niños: una Prueba de las Teorías del Derecho" en Derecho, Legal y Sociodemocrático. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política. Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp. 129-137. El autor desarrolla en este texto, un argumento similar al planteado la necesidad de promover la modificación de las leyes que justifican los derechos subjetivos, para que puedan satisfacer la hipótesis, indisoluble desde un punto de vista social pero hasta entonces no asumida por la teoría jurídica, de que los niños tienen derechos subjetivos y, que las leyes dominantes, del interés y la voluntad, no son capaces de evolucionar satisfactoriamente.

31 Para TARELLO la idea de "sistema jurídico" constituye uno de los postulados ideológicos que la codificación tenía de labio, cuya finalidad es favorecer la seguridad a través de la creación de un sistema coherentemente y lógicamente relacionado y fundado en axiomas de los que se pueden deducir consecuencias. Tratado de la Teoría del Derecho como la base de este postulado. TARELLO, G., op. cit., pp. 44-45.

32 Estas líneas son centrales para la construcción técnica de estos autores, se citan solo algunas referencias bibliográficas relevantes y breves. MUÑOZ CONDE, E. "Presente y Futuro de la Dogmática Jurídico-Penal" en Revista Penal 2000, pp. 44-57. Sobre orientación a las consecuencias, véase HASSEMER, W. "Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal Alemana", p. 185. ROXIN, G. "La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal." Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, en particular "Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal en la Actualidad" traducción de Carmen Gómez Rivera, pp. 57-94.

33 ALCÁCER, A. "Fenómenos y Normatividad. Notas sobre las relaciones entre ciencias sociales y Derecho Penal, en Actualidad Penal" N.º 13, 26 de Marzo, 2001, pp. 229-230.

Recapitulando, es posible decir que a las condicionantes políticas y filosóficas de la codificación, se agregan ciertas exigencias sistemáticas, que se derivan del método de construcción y aplicación del Derecho. Este *saber o conocimiento dogmático*, construido desde sus propias condiciones contingentes, influirá sobre las *consecuencias o funcionamiento efectivo* del Derecho, es decir, sobre sus resultados, en la medida que la formulación de normas jurídicas y su aplicación, especialmente la penal, influyen, como se dijo, sobre la realidad que pretenden regular.

Igualmente, y muchas veces inadvertidamente, los presupuestos epistemológicos de la dogmática influirán sobre el propio *conocimiento o saber jurídico*, esto es, sobre la llamada ciencia jurídica. Al ser una dogmática autoreferente, el *saber* que genera queda absolutamente atrapado entre sus propios presupuestos formales y, en lugar de conocimiento científico, la dogmática se transforma simplemente en un ejercicio de interpretación de categorías existentes, y formulación de otras, cuya existencia se deriva del mismo objeto de estudio<sup>34</sup>.

Finalmente, *funcionamiento efectivo*, y *conocimiento*, incidirán sobre la posibilidad de evolución de las instituciones jurídicas, el primero para promover nuevos postulados que buscan modificar o estabilizar la normativa legal<sup>35</sup> de un tiempo determinado y, el segundo, en la medida que se abra a la realidad *extrajurídica*, para desarrollar los mecanismos o reformas institucionales necesarios para realizarlos y concretarlos en una nueva normativa. En particular en el campo de la teoría jurídica, será necesario remover o modificar conceptos jurídicos que, con el paso del tiempo, han adquirido una cualidad ontológica, o dicho de otro modo, se han *naturalizado*, de modo que su existencia se percibe como independiente del sistema jurídico que las creó. Ejemplos de este tipo, relevantes para este análisis, son los conceptos de *sujeito de derecho e incapacidad*, que a continuación se pasan a revisar.

Si se analiza la concepción de *igualdad* ilustrada, se verá que ella, además de un principio político orientador, se constituye en una condición de posibilidad de la estructuración del sistema. Según Tarello la igualdad ante la ley propugnada por la revolución francesa, "no significó otra cosa que unicidad del sujeto jurídico"<sup>36</sup>.

Este sujeto jurídico único se constituyó en un instrumento técnico de simplificación que permitió la construcción del sistema. Sin embargo, como en la realidad persisten

34 Sobre estos problemas epistemológicos en el análisis del derecho, véase CAL SAMARITA, A. "Introducción a la Ciencia Jurídica." Barcelona, Ed. Ariel, 1990 pp. 10-60. Esta idea de consecuencias se basa en el pensamiento relativo a los paradigmas científicos de KUHN, T.S.: "La Estructura de las Revoluciones Científicas." México DF. Fondo de Cultura Económica, 1975, y el criterio de falsación de POPPER, K.: "La Lógica del Descubrimiento Científico." Madrid, Ed. Tecnos 1.ª Ed. 1982; La Miseria del Historicismo, Alianza, Ed. Alianza, 1981.

35 Los análisis de los resultados del derecho, no sólo se utilizan para las reformas progresistas, sino también para justificar la mantención del orden vigente que se ve amenazado por circunstancias sociales o políticas. Esto se caracterizó en las polémicas sobre descriminalización de ciertos delitos o eliminación de ciertos penas y en la actualidad para mostrar la existencia real o simbólica de riesgos que justifican la intervención penal.

36 TARELLO, G.: op. cit. p. 50.

desigualdades, ellas se traspan "desde el sujeto al predicado" y se produce un fenómeno de "ocultamiento" o "encubrimiento" en el marco de un Derecho "formalmente" igual:

"El Derecho penal se estructuró sobre el sujeto único: no más diferencias subjetivas del punto de vista de la víctima [...] las diferencias que persisten – y son muchas – se deslizan en los predicados en forma de atenuantes y agravantes de las acciones objetivamente descritas [...] el Código Civil se estructuró sobre el sujeto jurídico único y transportó las diferencias subjetivas en aquel predicado jurídico que es la *capacidad de actuar*, esto es, de producción de efectos jurídicos mediante la voluntad: todos son iguales como sujetos, pero algunos no tienen o no tienen sin la ayuda de otros –por ser *menores*, mujeres, o por tener una mente no sana, o por débiles o manirroto– la capacidad de actuar"<sup>37</sup>

Esta concepción de las personas menores de edad como incapaces se deriva también de otra exigencia sistemática relativa a la estructuración de la familia en el Derecho civil codificado de comienzos del siglo XIX. En efecto, en este Derecho, se establece una familia patriarcal basada en la idea de los poderes y autoridad del padre sobre la cónyuge y los hijos.

Respecto a los hijos, el control de su comportamiento se realizará a través de las *facultades de corrección paterna*, las que se encuentran particularmente *reforzadas*. El Código Napoleón de 1806 establecía entre otros "medios de corrección" el poder del padre de hacer detener al hijo menor "durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento por su conducta"<sup>38</sup>. Si el hijo era menor de dieciséis años el Presidente del Tribunal no podía juzgar en modo alguno la decisión del padre y debía ordenar su arresto. Ferrajoli ha sostenido, con acierto, que a través de la legislación civil se "conservó un verdadero y auténtico *poder punitivo doméstico*, libre de toda forma de control o limitación"<sup>39</sup>.

Otro elemento sistemático que complicaba que el Derecho penal ilustrado se hiciera cargo de la reacción penal frente a los delitos cometidos por menores de edad, era que, como es sabido, el sistema presuponía una voluntad libre, esto es, tenía como presupuesto lógico –y fundamento filosófico– el libre albedrío y la *racionalidad* de los sujetos, ya que la pena debía ser apta para motivarlos en el marco del menor sufrimiento posible del delincuente<sup>40</sup>. Este presupuesto del sistema no podía, sin más aplicarse a niñas y niños; más aun existía una amplia franja de edad en que se presentaban dudas acerca de si era legítimo darlo por cumplido.

37 PARELLO, B. *ibidem*, pp. 50-51, el destacado es nuestro.

38 *Íbidem* la similitud con las órdenes reales de captura o arresto que se recibían en el período medieval.

39 FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, Traducción de Perfecto Andrés Bello; Madrid, Ed. Trotta, 1985, p. 787; el destacado es nuestro, en p. 815 resalta la historia de esta facultad durante el S. XIV en Italia. Es interesante comparar estas normas con las leyes mucho más liberales expresadas por BECCARIA, C. op. cit. pp. 174 y ss. sobre la familia.

40 Véase BECCARIA, C. op. cit. especialmente pp. 72, 111 y 112.

En suma desde el punto de vista del sistema jurídico las personas menores de edad son consideradas *incapaces*, no gozan de libertad en el ámbito jurídico, se encuentran sometidos a un poder de *corrección paterna* y cuentan con una *racionalidad* que no permite dar por supuesta su motivación frente al sistema penal<sup>41</sup>.

Con estos elementos el Derecho penal clásico, pudo resolver el problema de la reacción penal de las personas menores de edad: simplemente los dejó, en principio, afuera. Las necesidades de coherencia del sistema de imputación de responsabilidad penal, impedían penar a sujetos *irracionalmente*, cuya libertad de actuar no podía ser supuesta; asimismo, la teoría de la pena de los clásicos contemplaba como única consecuencia jurídica la pena, no considerándose todavía las medidas de seguridad como una consecuencia jurídica penal.

Sin embargo, el Derecho penal clásico utilizó como válvula de salida el concepto de "discernimiento" –proveniente del derecho romano y actualizado en la edad media por la teología moral católica– que permitía tratar como adulto a una persona menor de edad, si se podía establecer que esa persona concreta, en el acto que se juzga, tuvo capacidad de distinguir lo justo de lo injusto –lo bueno de lo malo en el enfoque moral/religioso– y, conjuntamente, de actuar según esa distinción<sup>42</sup>.

Se dijo también que, en principio los dejó fuera, porque a los declarados con discernimiento se les consideraba –únicamente para efectos penales– como adultos y se les aplicaba una pena atenuada, lo que aparece más como un acto de clemencia del legislador, que una obligación derivada de alguna particular limitación del ius puniendi.

En definitiva, de acuerdo al modelo teórico, o se impone la pena retributiva atenuada al menor, por entenderse que es culpable, es decir, que tiene discernimiento, o no se le puede imponer ninguna otra sanción jurídico-penal<sup>43</sup>.

A esta primera *válvula de salida*, se le unieron dos mecanismos adicionales. Ya se hizo referencia al poder punitivo doméstico; el segundo es un complejo sistema de control y asistencia –no desprovisto del uso del encierro y del castigo corporal– que era administrado por el Estado, organismos religiosos o filantrópicos laicos, aplicable a la infancia que se encontraba fuera del ámbito de la corrección paterna, sea porque no tenía familia, o porque el padre no ejercía las funciones de control que el código civil le otorgaba como potestades, esto es, como facultades pero también como obligaciones<sup>44</sup>.

41 Evidentemente, esta situación jurídica se correspondía con la consideración social de la infancia según en la época. Véase diversos estudios históricos sobre estos temas: Véase, entre otros, ARTES, PH.: *La Infancia y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Ed. Taurus, 1988; CUMMINGHAM, H.: *Children and Childhood in Western Society Since 1500*, London and New York, Ed. Longman, 1985; DONZEL, J.: *La Puesta de las Familias*, Venecia, Ed. Pre-Textos, 1990.

42 CARRERA, F.: *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956, pp. 9-10 y 218-219.

43 SILVA SAMCHIZ, J.: "El Régimen de la Menor de Edad Penal" en *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 168.

44 *Un muy completo análisis de este punto en DONZEL, J.* *La Policía de las Familias*, op. cit. Para España, véase GANTAREDO, R.: *Delincuencia Juvenil y Societal en Transformación*, Derecho Penal y Procesal de Menores, Madrid, Ed. Montecorvo, 1988.

En síntesis, se estableció un conjunto de controles socio-penales que actuaban en forma coordinada según un orden relativamente subsidiario. Primero, el familiar. Luego el asistencial y finalmente el penal, para los que fueran declarados sin discernimiento; para los declarados con discernimiento el orden se invertía<sup>45</sup>. Sin embargo, en los tres niveles se podían imponer sanciones materialmente penales, principalmente, diversos sistemas de encierro y privación de libertad.

De acuerdo a lo expuesto, la justicia penal formal sólo entraba a operar si se imputaba al menor de edad la comisión de un hecho delictivo y su primera actuación debía ser resolver si el sujeto tenía capacidad para responder penalmente por sus actos. En el sistema clásico, entonces, se encontraban, formalmente, separadas las facultades penales y las asistenciales o correccionales; asimismo, nuevamente en el nivel formal, el sistema penal operaba limitado por el principio de legalidad –imputación de un delito– y por la culpabilidad, en cuanto se exigía un pronunciamiento sobre el discernimiento. Más aún en los casos en que llegaban a operar sus consecuencias, procedía atenuar la pena, siguiendo el postulado de Beccaria de causar la menor aflicción posible al delincuente.

En lo formal, desde el punto de vista que hemos llamado del puro conocimiento, o de una dogmática cerrada el razonamiento es impecable; sin embargo, desde la perspectiva del funcionamiento efectivo, o de una dogmática abierta, se observa que el sistema jurídico había desarrollado mecanismos de castigo penal, al margen del sistema penal formal, esto es, eludiendo el conjunto sistemático de garantías sustantivas y procesales. En la práctica la argumentación dogmática sobre la inimputabilidad penal se convierte en un eufemismo que encubre la realidad, situación que se prolongará –profundizándose– con el desarrollo del sistema tutelar, como vino a ser reconocido en 1967 por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América<sup>46</sup>.

Desde un punto de vista sustancial, o dicho de otro modo desde un pensamiento dogmático abierto, la pregunta de clave no es si las personas menores de edad son capaces de recibir castigo penal, sino si las leyes, civiles o penales autorizan ese castigo cualquiera que sea el nombre que reciba. Asimismo deberá dar cuenta de la relativa a qué garantías tiene el sujeto frente a esa pretensión punitiva.

A su vez, en el caso de las personas declaradas con discernimiento, la ejecución penal resultaba extremadamente dura para las personas menores de edad, ya que se ejecutaba en prisiones de adultos, asunto que servirá de base a movimientos humanitarios de contestación al sistema, que se pasan a revisar en el siguiente apartado.

<sup>45</sup> Un ejemplo de este índice de subsidiariedad en el C. Penal español de 1970 al disponer que "cuando el menor sea declarado irresponsable [...] será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación será llevado a un establecimiento de menores destinado a la educación de huérfanos y desamparados, en donde no saldrá sino en el tiempo y las condiciones prescritas para los acogidos".

<sup>46</sup> Véase nota nota 58.

#### 4. El Derecho Tutelar de Menores:

##### ¿No más Derecho penal o más penas sin derechos?

El precario equilibrio entre libertad individual y seguridad elaborado por los clásicos, se vio afectado por el desarrollo de dos corrientes filosóficas que vendrían a alterar profundamente el desenvolvimiento histórico del Derecho penal: la corriente espiritualista de raíz hegeliana que pone énfasis en la colectividad más que en el individuo<sup>47</sup> y el empirismo positivista<sup>48</sup>.

La influencia de estas ideas en el Derecho penal, como es sabido, fue considerable; en el ámbito de la infancia, redundó en la formulación de un nuevo paradigma que dio origen al *Derecho Tutelar de Menores* cuya primera expresión fue la creación de la Corte de Menores en Chicago en 1899, que era el símbolo institucional que servía de fundamento a la aseveración que afirmaba que la *salida de los menores del derecho penal*.

La aplicación de los postulados de la "ciencia positiva" al Derecho penal dio origen, entre otras muchas consecuencias, al desarrollo de un nuevo conocimiento relativo al fenómeno criminal que vino a complementar, y en cierto modo a competir, con la dogmática: el conocimiento criminológico.

Desde ahora en adelante las categorías del Derecho penal, que pretendían ser resultado de procedimientos racionales deductivos –fundamentados en la idea de justicia y las categorías del derecho natural racionalista– deberán integrar los conocimientos empíricos derivados del estudio del *delincuente*. Los resultados son conocidos, en una versión extrema se pasa del Derecho penal de culpabilidad a un sistema que tiene como único presupuesto la *peligrosidad pre y post-delictual*, en una versión más moderada se relaja el principio de responsabilidad por el acto y se avanza hacia una responsabilidad de autor, o derivada de las características personales del imputado.

Será necesario el paso del tiempo para que se produzca una integración de los saberes empíricos y dogmáticos, que permitan la elaboración de una dogmática

<sup>47</sup> ALCÁCER, R. "Los fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política". En *Anuario de Derecho Penal*, volumen I, 1968, pp. 365-387. Esta "concreción ético-sustancialista del Estado y la comunidad generalizada toda una línea de pensamiento que podemos denominar comunitarista" (op. cit. p. 369) que según el autor derivará hasta los planteamientos realistas welfaristas y otras versiones de la prevención general positiva relativamente compatibles con enfoques liberales, así como hasta las doctrinas de penas alternativas o mediocriminalidades. El análisis completo en ALCÁCER, R., op. cit. pp. 389-409. En general, los estudios sobre la evolución del control penal sobre la infancia no han puesto su atención en la influencia de estas corrientes en el ámbito español y latinoamericano. Sin embargo, estos postulados fueron tomados por el Derecho Penal Juvenil Alemán y, desde allí, han ejercido una influencia importante en la doctrina y otros ordenamientos jurídicos.

<sup>48</sup> Especialmente relevante para la regulación jurídica de las personas menores de edad es el positivismo científico que se trasladó al derecho penal a través de la Escuela Positiva ya que sus planteamientos deterministas y psicologistas serán plenamente aplicados a este sector de la población. Véase en una gran medida los postulados del positivismo criminológico en COE, J. Y LAPRAUPE, E. "Teoría Criminológica", Barcelona, Cit. (1968), pp. 37-68 y sobre la influencia del positivismo positivista en la legislación de menores en AMERICA LATINA, véase GARCÍA MÉRIZ, E. *Influencia de los Derechos y la Justicia*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 1968, y BUSTOS RAMÍREZ, J., "Hacia la Desmoralización de la Juventud Argentina en el Derecho de Menores: por un Derecho Penal de Menores". En BUSTOS, J. Director: *Un Derecho Penal del Menor*, Santiago, Editorial Jurídica Conasar, 1982.

abierta a las exigencias político criminales y a los saberes provenientes de otros ámbitos del conocimiento<sup>49</sup>.

El Derecho Tutelar de Menores estaba lejos de estas elaboraciones teórico-jurídicas, sólo pretendió dar una solución al problema de la delincuencia juvenil, olvidando los principios jurídicos y asumiendo acriticamente las corrientes empiristas positivistas; por ello tal vez una de las características más relevantes del derecho de menores, es su desconfianza en las categorías jurídicas y su confianza limitada en las doctrinas deterministas y resocializadoras.

Así como la Escuela Clásica no era homogénea, en el Derecho Tutelar de Menores, convergen distintas vertientes —ya no sólo heterogéneas, sino directamente contradictorias entre sí—: el *positivismo peligroso italiano*, el llamado *darwinismo social*, distintas formas de expresión de *teorías resocializadoras*<sup>50</sup> y una corriente humanista cuyo mayor objetivo era sacar a los niños y adolescentes de las cárceles de adultos<sup>51</sup>.

Prácticamente en todo el mundo occidental se desarrollaron las nuevas ideas que dieron origen a un complejo entramado normativo e institucional que era dirigido por la Justicia Tutelar de Menores. Una de los primeros efectos del nuevo sistema es la ruptura del principio de legalidad y de proporcionalidad y el reemplazo de la categoría culpabilidad —y del discernimiento— por el pronóstico de peligrosidad.

El Derecho Tutelar de Menores, carece de una estructura dogmática sólida que asegure, al menos, una aplicación igualitaria; se basa en principios orientadores de carácter vago como el *interés del menor*, la *integración de saberes científicos* y la *peligrosidad*. La Ley se utiliza para establecer los poderes o facultades del Juez y de la administración, en lugar que para *limitarlos*.

Como se propugna la idea de que los menores han salido del Derecho penal, la categoría delito desaparece y se disuelve como una de las hipótesis de actuación del Tribunal Tutelar de Menores; el hecho ha pasado a ser indiferente, o a lo más, un mero síntoma de la personalidad desviada, irregular o antisocial del menor.

Junto a la *infracción a la ley penal* se incorporan formalmente al nuevo sistema de control todas las hipótesis que antes habilitaban la actuación del sistema asistencial religioso, filantrópico o estatal; para todos estos casos se establece un catálogo único de *medidas de protección* que, pese a su contenido restrictivo o privativo de derechos, en particular de la libertad, no son consideradas penas, sino medios de corrección, enmienda o protección.

49 Al respecto véase HALSSENER W. y MULLERZ COMO F.: Introducción a la Criminología. Valencia, Ed. Tirat lo Blanch, 2001, pp. 271 y ss., quienes sostienen la conveniencia de la integración del saber empírico criminológico con el saber normativo.

50 En España fue relevante el comochalitano, cuyo mayor impulsor fue Domingo Montero.

51 Sobre la *diversidad de fuentes que concurren al desarrollo del Derecho Tutelar de Menores* ver PLATT A., "The Child Savers. The invention of Delinquency, 2<sup>nd</sup> ed 1977. Aquí se sigue la traducción al castellano de esta separata editada Los Salvadores de los Niños o la invención de la delincuencia. México DF, Ed. S.A.U., 1<sup>ra</sup> Ed., 1982. Véase también BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de Menores: por un Derecho Penal de Menores".

Como el menor sigue siendo un incapaz, al igual que en el sistema anterior, su reconocimiento de derechos subjetivos es prácticamente nulo, por lo que sus derechos no pueden limitar la acción de los entes estatales. Será ahora la Justicia la encargada de dirigir el sistema de protección de la infancia como titular de la *potestad tutelar del Estado*, que se impone a la de los padres.

En la actuación judicial se aplicarán los saberes de las nuevas ciencias criminológicas, y de la medicina y la psiquiatría, que se integrarán al proceso jurisdiccional formalmente a través de equipos técnicos y peritajes<sup>52</sup>. El Juez, entonces, gozará de una amplia *discrecionalidad* que puede ser reflejada en la disposición del Código del Niño del Uruguay de 1924, en gran parte todavía vigente, que disponía que el Juez debía actuar como un *buen padre de familia*<sup>53</sup>.

A partir de fines del siglo XIX, en el ámbito del Derecho de familia, el Estado —en la mayor parte de las legislaciones occidentales— asume más atribuciones; se establece desde el control hasta la reserva judicial para ordenar la internación del niño, corrigiéndose los excesos de la legislación civil de comienzos del siglo XIX, a los que se hizo mención anteriormente, pero traspassando las excesivas facultades del padre al Juez.

No es posible abordar en este documento los numerosos estudios críticos sobre las graves vulneraciones de derechos que el sistema tutelar de menores trajo consigo<sup>54</sup>, pero es evidente que siguiendo con el hilo conductor de este trabajo, los conceptos *jurídicos* que se crearon durante su vigencia, han incidido de un modo particularmente intenso sobre las concepciones dominantes relativas a la infancia, particularmente, de aquella perteneciente a los sectores sociales más vulnerables, al confundir el abandono, la pobreza y la delincuencia.

Al proceso de *naturalización de conceptos jurídicos* a que se hizo referencia anteriormente se agregan, con el positivismo minorista, procesos de *estigmatización*

52 FOUCAULT señala que se trata de "una particular forma de saber... que yo llamaré examen... es éste un saber que no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se concibe o no como delincente, si cumple con las reglas". Se trata de reconocer a los que violan la posibilidad, el poder, de "constituir un saber sobre aquellos a quienes vigilan". FOUCAULT: La verdad y las Formas Jurídicas, cuarta conferencia pp. 99-100.

53 Mélica al contrastar con la posición de liberación referida supra respecto a las atribuciones judiciales. Sin embargo, hay que concordar con Ferrajol que afirma que una de las razones por la que el esquema garantiza a partir de la segunda mitad del S.XIX pudo ser descalificado en el plano teórico y aplicado en el institucional por motivos autómicos de Derecho penal es que "la idea del juicio como subgénero perfecto y del Juez como boca de la Ley, tiene una intrínseca debilidad política, debido entre otras cosas a que es totalmente incompatible desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente inaplicable". FERROJOLI: Derecho y razón, pp. 23-24. Por supuesto, esta debilidad no explica que la Ley sea sujeta sin más por la absoluta discrecionalidad judicial.

54 Como referencias se pueden citar las siguientes investigaciones: PLATT, A.: op. cit., DE LEO, G.: La Justicia de Menores, La Delincuencia Juvenil y sus Instituciones, Traducción y epílogo "La Justicia de Menores en España" de Carlos González Zorrilla, Barcelona, Ed. Teika, 1985; GARCÍA MÉNDEZ, E.: Infancia de los Derechos y la Justicia. En España también son numerosos los estudios que analizan desde la primera Ley tutelar de 1918, hasta la actualidad. Véase CANTAFIERO, R.: op. cit. GIMÉNEZ-SALINAS, E.: La "Justicia de Menores en el Siglo XX: una gran incógnita". En BUSTOS RAMÍREZ, J. Un Derecho Penal del Menor. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1982; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "Menores de Edad Penal, Impugnabilidad y Responsabilidad" en, *Manual Documentación Jurídica* N° 37, 1983. Una completa información sobre el tema en VENTAS SASTRE, R.: "La Minoría de Edad Penal en el Proceso de la Cualificación Española (Siglos XIX y XX)" en Cuadernos de Práctica Criminal, N° 73, 2002 pp. 301 - 407. Para la situación a partir del Código de 1985 y de la Ley Orgánica 5/2000 ver siguiente apartado.



reconocidos a las personas frente al sistema penal no es el hecho de que el derecho interno lo reconozca como Derecho penal, ni que éste califique las conductas como delictuales, sino las consecuencias que su aplicación puedan implicar para el interesado<sup>60</sup>.

En el trasfondo de esta nueva doctrina se refleja el surgimiento de una nueva concepción jurídica de la infancia y adolescencia, alejada de las visiones ilustradas que dieron origen a la codificación civil y penal, y que está dispuesta a asumir el riesgo sistemático de romper la idea de unidad del sujeto de derecho—que encubre las diferencias en el predicado de incapaz—y abrirse a una consideración plural del sujeto de derecho. Asimismo, para poder desarrollar esta idea en un marco de igualdad, fue —y aún es— necesario superar las concepciones trascendentalistas o naturalistas del sujeto de derecho, proceso que ha venido de la mano de la progresiva positivización de los derechos fundamentales<sup>61</sup>.

En síntesis, en el campo de la infancia, se trata de elaborar una noción de sujeto de derecho que permita superar la formulación ilustrada —sujetos pero incapaces— y desarrollar una teoría jurídica no excluyente, integradora e igualitaria en que tengan lugar las personas menores de edad con respeto de su igual dignidad y de sus diferencias. Estas ideas encuentran su mayor reconocimiento al aprobarse por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con la cual se zanjó la cuestión, aunque sólo desde un punto de vista normativo.

En particular en el ámbito penal los artículos 37 y 40 constituyeron una declaración inequívoca de que los derechos de las personas menores de 18 años (niños para la Convención) limitan la potestad punitiva del Estado. Es decir, se les reconoce a los niños, como un derecho subjetivo, el derecho a limitar el ius puniendi y se les dota de garantías específicas, materiales y procesales, para ejercer este derecho<sup>62</sup>.

En América Latina el efecto de la Convención, que fue prontamente ratificada por los Estados de la región, fue una rápida deslegitimación social y jurídica de la legislación

que tienen en la noción de menor en situación irregular su máxima expresión, al menos en América Latina<sup>55</sup>.

Aunque sea marginalmente, se debe hacer una referencia a que esta doctrina tutelar de menores no se reprodujo en Alemania que, siguiendo como se dijo su propia evolución, desarrolló durante la República de Weimar un derecho penal especial para jóvenes delincuentes<sup>56</sup>, aplicable a los menores de edad, que asumió sin embargo, los postulados del positivismo naturalista alemán, vinculados a las corrientes espiritualistas hegelianas a las que se hizo mención al comenzar este apartado. El marcado carácter educativo y el carácter de derecho penal de autor puede reflejarse en que recién en 1990<sup>57</sup> se puso fin a la pena juvenil indeterminada que se había introducido en 1941<sup>58</sup>.

## 5. Garantías penales y nueva legislación

Frente a esta situación de verdadero aplastamiento del sistema de garantías, recién en la segunda mitad del siglo XX se empieza a producir, nuevamente en Estados Unidos, una reacción en sentido inverso, esto es, una vuelta a las garantías y con ello a los criterios de responsabilidad por el hecho y no por la condición de vida; de proporcionalidad y debido proceso, entre otros.

El caso que marca el hito decisivo en la jurisprudencia americana es la decisión in *Re Gault* de 1967. Fletcher señala que, como consecuencia del movimiento de los derechos civiles imperante en la época el Tribunal Supremo decidió que «a pesar de su nombre eufemístico ... los centros de acogida para jóvenes no dejan de ser instituciones de internamiento en que el joven es encarcelado por un tiempo más o menos amplio». Con esta decisión pionera [...] el Tribunal Supremo dio un paso fundamental para extender las garantías constitucionales características del proceso penal también a los procesos estatales en que se decretaba el internamiento de los jóvenes [...] el eufemismo del tratamiento y la rehabilitación pasó a segundo plano al ser contrastado con la realidad de la encarcelación<sup>59</sup>.

En un sentido similar, el Comité de Derechos Humanos, en 1979, reafirma esta nueva doctrina, disponiendo que lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías

55 Por ser tan fuerte el vínculo entre irregularidad y minoridad, la nueva doctrina y legislación dictada en América Latina ha opuesto, mayoritariamente, por sustituir el uso de la palabra menor por las de niño, niño y adolescente, siguiendo, en parte, la nomenclatura de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Véase GARCÍA MENDOZA, E.: *Loc. Cit.*

56 MURROZ COMDE, F.: "Política Criminal y Dogmática Jurídico-penal en la República de Weimar", en *Doxa*, 15-16, 1984 pp. 1025-1050, p. 1025

57 WASSMER, M.: "Alemania" en *MYV Sistema Actual de Derecho de Menores*, *Revista Penal* N° 5, 2000, pp. 147-150, p. 148. Para una visión general del sistema alemán véase ALBRECHT, P.A.: *El Derecho Penal de Menores*, Traducción de Juan Bautista Ramírez, Barcelona, Ed. PPU, 1990 y

58 FLETCHER, G.: op. cit. pp. 52 y 53. En lo procesal, este fallo castro una reserva, vigente hasta la actualidad, de imputabilidad a los jóvenes. Véase también sobre los efectos procesales de la sentencia iniciada con el caso *Shari el-HACHA R.*: "The future of juvenile justice: is time to abolish the system?", 81 *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1990, 136-155.

60 Así se resolvió el problema de la aplicación de las garantías procesales a los menores que, por ser "irregulares", no podían ser "beneficiarios de ellos". COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS interpretación al art. 14.2 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos en *Siglar de Monrovia* (N° 64/1979) edic. ID.4. Citado por O'DONNELL, O.: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Ed. IJOP—Consejo Andino de Juntas, 1989, p. 277.

61 En este trabajo sólo hemos tocado marginalmente el problema filosófico de la constitución del sujeto de derecho; su tratamiento con detenimiento excede sus propósitos, pero en síntesis es posible afirmar que se trata de dejar atrás la idea de sujetos de derecho trascendentes—o sea existencia de independiente del Derecho positivo—dotados de derechos naturales que se deducen racionales de su calidad de sujeto; en su lugar, se asume una noción de sujeto de derecho como objeto de imputación de derechos fundamentales y que adquiere existencia en la medida que se reconocen estos derechos. Por supuesto, esta fórmula no pretende justificar las razones que fundamentan la adscripción de derechos a las personas, por lo que se acepta que la idea de dignidad y derechos de la persona humana (en un plano teórico) no se corresponden necesariamente con el plano normativo. La utilidad de esta enfoque es que permite reconocer una pluralidad de sujetos jurídicos en atención a diversos factores: por ejemplo la etapa del desarrollo, en el marco de una progresividad históricamente observada en el reconocimiento y garantía de los derechos, a la que debe corresponder la estructuración de argumentos válidos, aptos para admitir la creciente expansión de los Derechos Humanos.

62 No podemos extendernos aquí sobre el contenido de la Convención en materia penal. Véase una excelente síntesis en MAXEFA, R.: "La responsabilidad penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica" en *AAVV: Del Reva al Derecho*, 189-192, Buenos Aires, Ed. Galerna, 1992; para España véase GARCÍA PÉREZ, O.: "La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales" en *ACTUALIDAD PENAL*, N° 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 673-684. Una visión más general sobre la Convención en el Derecho español en LAZARO GONZÁLEZ, J.: *Coordinación de los Menores en el Derecho Español*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002.

y prácticas vigentes en el ámbito de menores y su sustitución por sistemas legales que, de mejor o peor forma, buscan hacer efectivas las garantías básicas que conformaron el ideal ilustrado. En las exposiciones de motivo de esas Leyes se hacen múltiples referencias a la necesidad de establecer garantías a los imputados y reconocentes su carácter de sujetos de derecho<sup>63</sup>.

En todas las nuevas leyes se establece la vigencia del principio de legalidad y se separan las funciones estatales de protección de derechos de la respuesta penal. Más aún casi todas ellas contienen dispositivos expresos para reducir la privación de libertad a un último recurso, y sólo para delitos graves contra las personas.

En España, como consecuencia de la Constitución de 1978, se planteó tempranamente la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Tribunales Tutelares de 1948, ya que contraen las garantías constitucionales relativas al sistema penal al establecer un sistema basado en "correccionalismo positivista" y nacido al amparo del "autoritarismo"<sup>64</sup>.

Será el Tribunal Constitucional en Sentencia (36/1991) quien desencadenará el proceso de reforma en España al declarar la inconstitucionalidad parcial de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Los argumentos serán, al igual que Estados Unidos, la necesidad de limitar el poder punitivo y reconocer garantías en los procedimientos. El Tribunal contrasta la Ley de 1948 con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de reciente entrada en vigencia a la fecha de la resolución – 5 de enero de 1991 y 14 de febrero de 1991 respectivamente— concluyendo que el procedimiento regulado en el artículo 15 de la Ley era una "variante del proceso penal" que exigía la aplicación de las garantías constitucionales relativas a estos procesos, contenidas en el artículo 24 de la Constitución.

Además se reconocía por el Tribunal Constitucional que las sanciones aplicables a las personas menores de edad nunca podían ser más gravosas que las de los adultos, reconociéndose de ese modo expresamente el principio de proporcionalidad— aunque relativo a la pena del adulto— y el de culpabilidad<sup>65</sup>.

El mismo Tribunal, más allá de plantear la inconstitucionalidad de algunos preceptos ilegaba a reclamar (FJ 7º) "la necesidad de una pronta reforma legislativa". Como medida de urgencia se aprobó la LO 4/1992 de 5 de Junio, que tenía un carácter

provisional, pese a lo cual, sólo vino a ser reemplazada por la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, en adelante, LORRPM, 5/2000<sup>66</sup>.

La LORRPM, es otro ejemplo de la tendencia de la que se ha venido señalando de reponer un Derecho penal para personas menores de 18 años regido por el principio de intervención mínima, el respeto a sus derechos fundamentales y a las garantías que limitan el poder punitivo del Estado desde la Ilustración.

La LORRPM, siguiendo a la Convención sobre los Derechos del Niño y la tendencia generalizada en Occidente, establece un límite superior de 18 años y, en concordancia con la legislación alemana, crea una franja especial y restringida de aplicación de la Ley para jóvenes entre 18 y 21 años. Asimismo, fija en 14 años la edad mínima, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40.3.a de la Convención Internacional y a las recomendaciones de otras directrices internacionales que favorecen no fijar el límite inferior de la franja de edad de responsabilidad penal de los niños, en un nivel demasiado bajo<sup>67</sup>.

Con relación al principio de legalidad, como señala Gómez Rivero se superan definitivamente las confusiones de la Ley de 1948 que,

"bajo postulados correccionalistas y tutelares desvinculaba su aplicación de la comisión de un delito para extenderse a los «menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos» y a «la corrección de menores de dieciséis años denunciados por sus padres o tutores por insumisión e indisciplina a la patria potestad». La LORRPM, conforme a los parámetros de un modelo de responsabilidad, condiciona los presupuestos de su aplicación a los mismos que desencadenan la puesta en marcha de la justicia penal de adultos, a saber, la comisión de un hecho delictivo que la ley penal califique como delito o falta"<sup>68</sup>.

Asimismo, se garantiza por diversos medios que las medidas concretas aplicables a los menores de edad no resulten más gravosas que las de los adultos ante igual delito y, hasta antes de las modificaciones de la LO 7/2000<sup>69</sup>, se establecía en 5 años la duración máxima de la internación en medio cerrado, a la que se le podía

66 Para un análisis de los Proyectos de Ley del Niño, que medió entre ambas leyes, véase CARMONA SALGADO, C.: "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de Enero", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-63 (2002). Hay versión física en papel en ANM/Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2007.

67 Considerese la situación en Inglaterra y las propuestas de rebaja de la edad en que sea posible "encarcelar" a un niño en Francia. Véase al respecto el foro virtual en [www.ecochlori.net](http://www.ecochlori.net). Asimismo el Comité de Derechos del Niño se encuentra estudiando una directriz sobre la materia en que se fijará en 14 años la edad mínima de responsabilidad especial de las personas menores de 18 años. Bajo esa edad se debe asegurar por los Estados que no se aplique ninguna medida restrictiva penal, cualquiera sea la forma en que se la designe.

68 GÓMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *Actualidad Penal*, No. 10, 5 al 11 de Marzo, 2007, pp. 183 - 228, p. 186.

69 Con esta modificación se alteraron seriamente las orientaciones político-criminales que inspiraron el nuevo sistema y se agravaron las penas para los delitos más graves bajo el argumento de regular el tamaño de los delitos vinculados al internamiento. Véase una crítica exhaustiva de estos cambios en GÓMEZ RIVERO, C.: "La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000", en *Revista Penal*, 2002.

63 En GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELLO, M.: *Introducción. Ley y Democracia*, op. cit. se contienen las leyes promulgadas y una detallada presentación de los fundamentos de las reformas y de los procesos legislativos. Como también se puede señalar que en todos los países se han observado movimientos de reforma y que solo en Argentina, Chile, Uruguay y México, los Parlativos aún están llamados para su aprobación. Un enfoque específico sobre el caso de Costa Rica en TIER, C.: "De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal. Minuta-Garantías Nueva Ley de Justicia Para Juvenil, Revista Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, No. 13, 1997. Se consultó la versión electrónica consultada en [www.cienciaspenales.org/revista/](http://www.cienciaspenales.org/revista/).

64 TAMARIT SUMALLA, J.: "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores" en TAMARIT SUMALLA, J.M. GONZÁLEZ-ZUSSAC, J.L. Y GÓMEZ COLAMER, J.L. *Coordinadores: Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 13-46, p. 13.

65 Véase GARCÍA PÉREZ, D.: La evolución del sistema penal juvenil, op. cit. pp. 676 y 680.

complementar con libertad vigilada y asistencia educativa por otros cinco años. En materia procesal, se garantizan el principio acusatorio y un conjunto de derechos al imputado menor de edad.

En suma, más allá de las críticas que la LORPPM ha levantado, que son muchas y desde diversos ángulos<sup>79</sup>, y las vacilaciones del legislador que antes de ponerla en práctica procedió a modificarla, es posible considerar que, para los efectos que se vienen desarrollando en este trabajo, ella es una demostración de esta especie de reformulación del programa garantista en un ámbito tan importante del Derecho penal, como el aplicable a los menores de edad.

## 6. Conclusiones

El análisis realizado revela que los principios limitadores del *ius puniendi* desarrollados de la Ilustración en adelante, aún no han sido aplicados en toda su intensidad en el diseño y aplicación de los sistemas de reacción ante los delitos cometidos por personas menores de edad. Esta exclusión es el resultado de la combinación de factores sociales y jurídicos.

El uso de conceptos jurídicos abstractos, generalizables e integrados sistemáticamente, dio origen a una dogmática jurídica intrasistemática que en lugar de favorecer el desarrollo de sistemas garantistas, ha posibilitado, y justificado, un uso indiscriminado del castigo penal sobre la infancia y la adolescencia.

Durante la etapa de la Codificación, la formulación de una categoría abstracta de sujeto de derecho fue uno de los postulados clave para la elaboración de dogmática civil y penal, dando lugar, al encubrimiento de las diferencias en predicados que, en la práctica, negaban el carácter de sujetos a los incapaces. La fórmula *sujeitos pero incapaces* condenó a las personas menores de edad a una condición de marginalidad en el sistema jurídico ilustrado, que se expresó de distinta forma en el ámbito civil y penal.

El positivismo, por su parte, a través del uso de la categoría peligrosidad, sirvió de fundamento para la ampliación del poder del Estado sobre la infancia, y para la definición, ahora estigmatizada, ya no solo de un sujeto "marginal" al sistema jurídico,

sino que de un sujeto irregular y peligroso. A partir de la idea, formal y abstracta, de que los *menores han salido del derecho penal*, el sistema tutelar de menores creó, al amparo de la Ley, un sistema de control punitivo/tutelar que terminó por oscurecer todo atisbo de garantismo.

Será recién en la segunda mitad del siglo XX en que confluirán los factores que permitirán empezar a desmontar el sistema tutelar autoritario. Por una parte, el desarrollo del movimiento de positivización –nacional e internacional– de los derechos humanos; y por la otra, el surgimiento de una nueva jurisprudencia que, en lugar de remitirse a abstracciones, determinó que más allá de los nombres, el castigo penal debe ser definido materialmente, y que las prácticas de protección que se seguían con los menores, debían limitarse por las garantías penales contenidas en la Constitución y los Instrumentos Internacionales.

Estas transformaciones contribuyen a la estructuración de un sujeto de derecho plural, que rompe la abstracción ilustrada, pero que permite garantizar la igual protección de la dignidad y derechos de todas las personas con independencia y consideración de su etapa de desarrollo, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

El reconocimiento de estos principios, ha derivado en la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, que reconoce a los niños su condición de sujetos de derecho dotados de una autonomía progresiva, y también por las nuevas Leyes de Responsabilidad Penal que se han promulgado en España y la mayor parte de los países de América Latina y que, en el ámbito de las garantías para limitar el *ius puniendi*, son –en lo esencial– una reformulación de los principios ilustrados.

79 Por ejemplo, desde una perspectiva garantista, véase: GÓMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor" (op. cit. pp. 165 - 171) (que reflexiona sobre el debilitamiento del principio de proporcionalidad para resolver la tensión entre prevención general, prevención especial e interés del menor); los criterios para determinar las penas, en especial en aquellos casos de reinstitución, formas de participación más leve (complicidad) y actos preparatorios punibles (op. cit. p. 175); SARRIÀ PRÉZ, D.: "La evolución del sistema penal juvenil, quien critica la Exposición de Motivos respecto a que las sanciones no serían materialmente penales, en razón de sus fines" (op. cit. p. 685), o el uso del nombre "medidas" (op. cit. p. 698), o la aplicación del criterio de imputación (op. cit. p. 697). En materia procesal la LORPPM ha sido duramente criticada por GÓMEZ-DOLADER, J.: "Tensión Procesal de Menores y Menores" en FARRERÍ SUAREZ, M. GONZÁLEZ-QUISIC, J., y GÓMEZ-DOLADER, J., *Coordinadores*, Justicia Penal de Menores y Jóvenes, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 155-193. El autor final el apartado del artículo como por "La falta de sencillez legislativa hacia un verdadero sistema de responsabilidad en el enjuiciamiento criminal del menor de edad", p. 155.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, P.A.: *El Derecho Penal de Menores*, Traducción de Juan Bustos Ramírez, Barcelona, Ed. PPU, 1990.
- ALCÁCER, R.: *Facticidad y Normatividad. Notas sobre las Relaciones entre ciencias sociales y Derecho Penal, en Actualidad Penal* Nº 13, 26 de Marzo, 2001, pp. 229-287.
- "Los Fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política", en *Anuario de Derecho Penal*, volumen LI, 1998, pp. 365-587.
- ARIES, PH.: *La Infancia y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Ed. Taurus, 1988.
- BARATTA, A.: "Infancia y Democracia" en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY Compiladores, *Infancia, Ley y Democracia*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, Coedición Ed. Temis y Depalma, 2ª. Ed. aumentada, corregida y actualizada, 1999, Tomo II, pp. 31-57.
- BERGER, P. y LUCKMANN, TH.: *La Construcción Social de la Realidad*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 9ª. Ed. 1989.
- BECCARIA, C.: *De los Delitos y de las Penas*, Traducción e Introducción de Tomás y Valiente, F. Madrid, Ed. Aguilar, 1969.
- BETEGÓN, J.: *La Justificación del Castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BOBBIO, N.: "Sobre el Fundamento de los derechos del hombre" en *El tiempo de los Derechos*, Madrid, Ed. Sistema, Madrid, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: Director: *Un Derecho Penal del Menor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992.
- "Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de Menores: por un Derecho Penal de Menores" en BUSTOS RAMÍREZ, J. Director. *Un Derecho Penal del Menor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992.
- CALSAMIGLIA, A.: *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1990.
- CANTARERO, R.: *Delincuencia Juvenil y Sociedad en Transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1988.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956.
- CARMONA SALGADO, C.: "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de Enero", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-03 (2002), hay versión física en papel en AA.VV. *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada, Publicaciones de la Universidad de Granada*, 2001.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956.
- CID, J. Y LARRAURI, E.: *Teorías Criminológicas*, Barcelona, Ed. Bosch, 2001.
- CUNNINGHAM, H.: *Children and Childhood in Western Society Since 1500*, London and New York, Ed. Longman, 1995.
- DAWSON, R.: "The future of juvenile justice: is time to abolish The system?", *81 Journal of Criminal Law & Criminology*, 1990, 136-155.
- DE LEO, G.: *La Justicia de Menores. La Delincuencia Juvenil y sus Instituciones*. Traducción y epílogo "La Justicia de Menores en España" de Carlos González Zorrilla, Barcelona, Ed. Teide, 1985.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista" en *Revista Ciencias Penales*, año 10, Nº 15, Diciembre 1998, versión electrónica [www.cienciaspenales.org/revista15](http://www.cienciaspenales.org/revista15).
- DONZELOT, J.: *La Policía de las Familias*, Valencia, Ed. Pre-Textos, 1990.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- *Derecho y Razón*, Traducción de Perfecto Andrés Ballester, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- FLETCHER, G.: *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Traducción y prólogo de Muñoz Conde, F. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.
- FOUCAULT, M.: *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- *La Vida de los Hombres Infames*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1990.
- GARCÍA MÉNDEZ, E.: *Práhistoria y Historia del Control socio-penal de la Infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina* en [www.oxaán](http://www.oxaán).
- *Infancia de los Derechos y la Justicia*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY Compiladores, *Infancia, Ley y Democracia*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, Coedición Ed. Temis y Depalma, 2ª. Ed., aumentada, corregida y actualizada, 2 Tomos, 1999.
- GARCÍA PÉREZ, O.: "La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales" en *ACTUALIDAD PENAL*, Nº 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 673-698.
- GIMÉNEZ-SALINAS, E.: *La Justicia de Menores en el Siglo XX: una gran incógnita*. En Bustos Ramírez, J. *Un Derecho Penal del Menor*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992.
- GÓMEZ-COLOMER, J.L.: "Tuición Procesal de Menores y Jóvenes" en Tamari, JM., González-Cussac, J.L. y Gómez Colomer, J.L. Coordinadores, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 155-193.
- GÓMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *Actualidad Penal*, No 10, 5 al 11 de Marzo, 2001, pp. 163 - 228.
- "La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000", en *Revista Penal*, 2002.
- GILLING, D.: "European Journal on Criminal Policy and Research", Nº 9, 2001, pp. 381-400.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "Minoría de Edad Penal. Imputabilidad y Responsabilidad" en *Madrid Documentación Jurídica* Nº 37, 1983.
- HASSEMER, W.: "Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", en *Doxa* Nº 8, 1990, pp. 173-186.
- HASSEMER W. Y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- KUHN, TS.: *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1975.

- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coordinadora) *Los Menores en el Derecho Español*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002.
- MacCORMICK, N. "Los Derechos de los Niños: una Prueba de las Teorías del Derecho" en El MISMO: *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp.129-137.
- MAXERA, R.: "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica". En AAVV.: *Del Revés al Derecho*, 189-192, Buenos Aires, Ed Galerna, 1992.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.
- "Presente y Futuro de la Dogmática Jurídico-Penal" en *Revista Penal* 2000, pp. 44-51.
- "Política Criminal y Dogmática Jurídico-penal en la República de Weimar", en *Doxa*, 15-16, 1994 pp. 1025 - 1050.
- MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª. Ed. 2002.
- O'DONNEL D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Ed. IIDH - Consejo Andino de Juristas, 1989.
- PECES-BARBA, G. FERNÁNDEZ, E. Y DE ASÍS, R. Directores: *Historia de los Derechos Fundamentales* (Tomo II, 3 Volúmenes), Madrid, Ed. Dykinson, 2001.
- PLATT, A. : *The Child Savers, The Invention of Delinquency*, 2ª ed 1977, traducción al castellano, *Los Salvadores de los Niños o la invención de la delincuencia*, México DF, Ed. S.XXI, 1ª Ed. 1982.
- POPPER, K.: *La Lógica del Descubrimiento Científico*, Madrid, Ed. Tecnos 1ª. Ed. 1962
- *La Miseria del Historicismo*, Madrid, Ed. Alianza, 1981.
- PRIETO SANCHIZ, L.: "La Filosofía Penal de la Ilustración", en PECES-BARBA, G.
- FERNÁNDEZ, E. Y DE ASÍS, R. Directores: *Historia de los Derechos Fundamentales* Tomo II, Volumen II, Madrid, Ed. Dykinson, pp. 127- 243.
- QUINTEROS OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ed. Cedecs, 1996.
- ROXIN, C *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- RUSCHE Y KIRCHHEIMER. *Pena y Estructura Social*, Traducción de García Méndez, Ed. Santa Fe - Bogotá, Temis 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, JM. "El Régimen de la Minoría de Edad Penal" en *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, en *El Nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997.
- TARELLO, G.: *Cultura Jurídica y Política de Derecho*, México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.
- THERBORN, G.: "Los Derechos de los Niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales" en MORENO, L. Compilador: *Intercambio Social y Desarrollo del Bienestar*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993, pp. 77-143.

- TAMARIT SUMALLA, JM. GONZÁLEZ-CUSSAC JL. Y GÓMEZ COLOMER, JL. Coordinadores, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.13-46.
- TAMARIT SUMALLA J.: "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores" en TAMARIT SUMALLA, JM. GONZÁLEZ-CUSSAC JL. Y GÓMEZ COLOMER, JL. Coordinadores, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.13-46.
- TIFER, C.: *De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista Nueva Ley de Justicia Pena Juvenil*, Revista Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, No 13, 1997. Se consultó la versión electrónica contenida en [www.cienciaspenales.org/revista13](http://www.cienciaspenales.org/revista13).
- TORRENTE, D.: *Desviación y Delito*, Madrid, Ed. Alianza, 2001
- VENTAS SASTRE, R. "La Minoría de Edad Penal en el Proceso de la Codificación Española (Siglos XIX y XX)" en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 73, 2002 pp. 301 - 407.
- WASSMER, M.: "Alemania" en AAVV *Sistema Actual de Derecho de Menores*, Revista Penal Nº 5, 2000, pp. 147- 150.