



## **SUPERACIÓN DEL MODELO ANTERIOR DE JUSTICIA JUVENIL (TUTELAR) POR EL ACTUAL MODELO (DE RESPONSABILIDAD)**

### **¿SE LO HA CREIDO ALGUIEN?**

**Jordi Cabezas Salmerón**

(Área sistema penal, Jóvenes y Menores OSPDH)

#### RESUMEN

Tras un repaso histórico del trato recibido por los menores (especialmente los “infractores”), y de los distintos modelos institucionales al respecto, se cuestiona en este artículo que realmente se haya asumido conceptualmente el importante cambio del modelo tutelar por el de responsabilidad, a través de algunos ejemplos de la praxis habitual.

**Haciendo rápida historia de las instituciones de control social sobre los menores,** debe reiterarse que en todas las sociedades ha existido un intento de integrar a los menores en sus normas y en sus pautas de conducta. En definitiva, de socializarlos, pues solo con esa integración se garantiza la perpetuación futura de la tal sociedad. Respecto a los menores que no aceptan esos mecanismos de socialización, deberán dárseles oportunas respuestas. Ya desde el derecho romano a los menores transgresores se les trataba de forma distintas según sus edades. Así:

- a los infantes (de cero a siete años de edad) se les equiparaba a los locos y por lo tanto eran inimputables.
- a los impúberes (de siete a doce años en chicas y catorce en chicos) ya se les imputaba -según su discernimiento- el delito en cuestión, pero se les evitaban determinadas penas como la de muerte.
- a los púberes (entre doce años en chicas y catorce en chicos hasta los 25 años) se les aplicaban las penas de los adultos, pero atenuadas.

En concreto y en España, Carlos V -en 1532- también reguló la minoría de edad equiparándola a los efectos de imputabilidad con la locura, y en edades superiores se determinaba el grado de discernimiento del sujeto mediante un grupo de expertos, con la dificultad e inseguridad que ello comporta. En el Medioevo, pues, se atendía en este

tema al criterio de atenuación de la pena y de búsqueda de penas especiales para los menores, creándose a partir de ese momento las casas de internamiento de menores.

En el siglo XVIII existe la primera base de las actuales instituciones de control social de menores. Así, como fruto de la Revolución Industrial (de la que nacerá la revolución política –la francesa, en 1789-), los campesinos son expulsados del campo hacinándose en los núcleos manufactureros de las ciudades y, con esa nueva forma de vida, perdieron importancia las hasta entonces válidas instituciones básicas de control (familia e iglesia), dado que la familia no tenía tiempo de educar a los hijos al permanecer sus miembros en la fábrica trabajando todo el día; y serán desde ese momento la propia fábrica, el hospital u hospicio y el colegio, las instituciones que las reemplazarán. La asistencia a la fábrica -con su disciplina- era obligada si se deseaba subsistir, en tanto que a quienes estaban enfermos para trabajar o eran muy niños o bien eran menores desacoplados al trabajo, se les internaba obligatoriamente en el hospital, también con un elevado régimen de disciplina. Quiénes en edad adulta, y pudiendo, no querían trabajar, eran castigados con el envío a galeras o al ejército.

El colegio se ideó destinado a la instrucción de los hijos de las familias acomodadas (burgueses) y se fundamentaba asimismo en una disciplina férrea. Se estableció una relación entre el colegio y los hospicios, de forma que estos últimos tenían celdas de castigo para los rebeldes de esa institución, pero tales celdas recibían incluso a los rebeldes del colegio, que al llegar castigados al hospicio comprobaban cual sería su destino si no desempeñaban su papel adecuadamente. En esos hospicios se mezclaban también menores con adultos enfermos.

Es en 1713 cuando el Papa Clemente XI creó el primer Instituto única y exclusivamente para menores. En él se internaban tanto los menores que habían delinquido (y para ellos el internamiento en ese centro era positivo, pues se alejaban de la cárcel en que hasta entonces habían estado junto con maleantes adultos, sufriendo los consabidos abusos por parte de éstos), como aquellos otros menores que eran llevados por sus padres o tutores debido a sus malas inclinaciones, al ser desobedientes o simplemente díscolos. En este segundo caso, ese ingreso era negativo pues conductas que en realidad no constituían delitos, generaban también el internamiento.

En definitiva, “se inventaron” unos nuevos delincuentes, por la simple decisión de padres o tutores sin que existiese juez alguno que pudiese contradecir su juicio.

Sin embargo no es hasta el siglo XIX, que se generaliza en todos los códigos la consideración de edades mínimas para aplicar penas especiales a los menores y se establecen criterios para investigar el discernimiento en cada caso; en esa época los menores estaban incluidos en el Código Penal general y no en uno de especial como más adelante.

Como final de ese proceso nacen los tribunales específicos de menores; lo hacen en Chicago (Illinois), que debido a su fuerte y rápida industrialización genera niños abandonados<sup>1</sup> y vagabundos que también delinquen.

---

<sup>1</sup> Pues tal y como se ha indicado, la familia estaba trabajando en la fábrica, en jornadas agotadoras de 16 a 20 horas sin que le restase tiempo para controlar y socializar a sus hijos, como lo hacían en el ámbito rural.

Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

Se produce, por ello, una sensación de falta de control sobre esos menores y surge un movimiento femenino -de paternalismo dudoso y bastante reaccionario- conocido como las “salvadoras de los niños”, que pretenden rescatar a los niños delincuentes de las cárceles comunes y presentarlos ante Tribunales especiales que les aplicasen leyes también especiales, que eliminasen la represión y fomentasen la prevención y educación de esos menores delincuentes y de los otros niños que, sin llegar a serlo, vagabundean por las calles, lo que ya genera una mezcla heterogénea.

Esta prevención y educación se lleva a cabo en centros denominados reformatorios a través de los cuales se persigue proteger a los niños delincuentes de la influencia nociva de los mayores delincuentes en las cárceles, y aislar también a esos niños del medio hostil callejero, sin ser preciso un proceso para determinar su culpabilidad sino que, como se trataba de protegerlos por su bien y no tanto de castigarlos, tal proceso no era necesario. Además la medida era indeterminada (hasta lograr su adaptación), con lo cual se lograba que los jóvenes colaborasen, sabedores de que no saldrían del lugar hasta que no se adaptasen al sistema.

En tales centros solo se aplicaba el castigo si todos los otros sistemas de reforma fallaban. En ellos no cabe el lujo ni la pereza y el régimen educativo es de tipo militar en lo férreo. Hay trabajo, religión y enseñanza. En definitiva, no se trataba de reprimirlos sino de protegerlos de una delincuencia futura.

Todo lo comentado últimamente se enmarca en la Teoría Positivista que, como vimos, intenta reeducar al sujeto y no tanto castigarle, habida cuenta de considerarlo como condicionado -cuando no determinado- y por tanto, no libre.

Los citados movimientos feministas de “salvación de los niños” se basan en la Teoría correccionalista, que apoyándose en el concepto positivista citado, intenta corregir mediante la educación, el trabajo, etc. y no tanto penar; aunque ello, con el grave riesgo de la indeterminación en la duración de las medidas correctoras, al margen de que algunas de tales medidas -en la práctica- no eran tan distintas a las verdaderas penas<sup>2</sup>.

En España, Dorado Montero y Jiménez De Asúa han sido los máximos representantes del correccionalismo.

El espíritu correccionalista se plasmó en nuestro país con la legislación de menores y la ley de vagos y maleantes. Los abusos cometidos en aras a ese enfoque positivista y correccionalista (por la inseguridad jurídica derivada de sus medidas indeterminadas y por sus actuaciones preventivas, antes incluso de la comisión del delito, por la sola constatación del riesgo de que vaya a cometerse), han hecho abandonar esa línea. Quizás una mezcla de los planteamientos clásicos, (retribución mediante pena con duración determinada), y algunos positivistas (como el humanismo y la reeducación en el transcurso de la pena) comportaría una solución -formalmente- mas compensada y ese es el enfoque defendido por nuestra actual Constitución.

**Y ya respecto a la evolución de los Modelos de Justicia Juvenil:** Como se ha indicado, a lo largo de la historia, y a pesar de la ausencia de instituciones especializadas durante un dilatado periodo de tiempo (en que a los menores se les ha

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo el reformatorio de Elmira, creado en 1876 con 500 celdas recluía en un tremendo hacinamiento a cerca de 1500 jóvenes en 1899

dado, prácticamente, el mismo trato penal que a los adultos (–modelo penal/Indiferenciado de adultos–), se han adoptado distintas respuestas institucionales frente a la infracción cometida por un menor de edad

Es sólo a partir del siglo XIX, donde se observan algunos intentos -más significativos- por otorgarle un tratamiento diferenciado.<sup>3</sup>

Sin embargo será sólo a partir del año 1899 cuando surge una instancia específica de control penal para los menores de edad.

A partir de dicho momento, los distintos ordenamientos han ido adoptando diversas modalidades de intervención frente a los menores infractores (niños, niñas y adolescentes), que han sido teorizados y concretados doctrinalmente en distintos modelos de intervención o también denominados modelos de justicia juvenil

La mayoría de la Doctrina recoge la siguiente distinción: modelo tutelar, modelo de bienestar o educativo y modelo de responsabilidad.

A continuación analizaremos en líneas muy generales cada uno de ellos.

#### **a) Modelo tutelar o asistencial**

Este modelo tiene sus orígenes en el año 1899, en Illinois (Estados Unidos), con la creación de los tribunales de menores (Juvenile Court).

El nacimiento de este específico dispositivo de control penal ha sido objeto de al menos dos lecturas, una primera, representativa de un modelo clásico liberal, ha visto en su nacimiento y en el movimiento que le dio vida un esfuerzo ilustrado que tenía por objetivo aliviar las miserias de la vida urbana y la delincuencia juvenil ocasionada por una economía capitalista sin regulación, y en general como un movimiento fundamentalmente benévolo y humanitario.

La segunda lectura de esta historia y que guiará nuestra labor, ha sido desarrollada magistralmente por Anthony Platt en su obra “Los Salvadores del Niño o La Invención de la Delincuencia”, quien postula que aquel movimiento pretendidamente humanizador, lejos de crear un sistema de justicia penal que salvara a los niños de cárceles y prisiones, contribuyó a crear un sistema que sometía a más y más menores a

---

<sup>3</sup> En este sentido, también es importante destacar el papel que jugaron los Congresos Penitenciarios Internacionales, cuyos debates influían decididamente en el diseño de las incipientes instituciones “minoriles”. En efecto, a mediados del siglo XIX, comenzaron a celebrarse en Europa los Congresos Penitenciarios Internacionales, los que discutieron diversidad de temas que iban desde tópicos como la arquitectura penitenciaria hasta las primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad; Especial atención mereció por parte de estos Congresos los “problemas derivados de la juventud” (Rivera, I., 1999:11) Respecto de este último punto se debatió -bajo el signo de postulados positivistas y correccionalistas decimonónicos- en torno a la separación de los menores de los adultos en las instituciones segregativas, y se abogó por la prohibición de reclusión a los menores de 18 años. Gran parte de estas cuestiones fueron diseñadas por quienes integraron la categoría de la ‘primera iniciativa social’ que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron filantrópicamente a la asistencia [...] esta iniciativa fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico de tratamiento de los menores. En efecto en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó, por ejemplo, para que a los menores internados en reformatorios se les proporcionara una enseñanza moral, religiosa e industrial [...]”(Rivera, I., 1999:10), e incluso se insinuaron medidas alternativas al internamiento.

Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

castigos arbitrarios y degradantes. Estos hechos según Platt descansan en una serie de factores estructurales, relacionados primordialmente con la economía política que servía de contexto al liberalismo progresista de la época. Platt mantiene que gran parte de los salvadores del niño y otros reformadores progresivos querían asegurar la ordenación política y económica existente, defendiendo el capitalismo, intentando reformarlo, rechazando alternativas socialistas, y que la mayoría de los reformadores aceptaban la estructura básica del nuevo orden industrial tratando de moderar sus más relevantes injusticias y de armonizar sus desigualdades, para hacerlo viable.

Es este movimiento el que insta la aprobación y promulgación de la ley para tribunales de menores de 1899 de Illinois, la que según Platt no es sino la culminación de casi treinta años de esfuerzos reformistas por parte de las denominadas organizaciones salvadoras del niño en Illinois; y no se trata, aunque algunos lo defiendan, de una reforma radical, sino que mas bien es una reforma política conservadora que consolidaba el estado de cosas existente, y como reflejo de este conservadurismo se hace pertinente mencionar lo siguiente:

- a) Se presentaba a los “delincuentes” como necesitados de un severo control y restricción para que su reforma tuviera éxito;
- b) Aunque los salvadores del niño afirmaban el valor del hogar y la familia, facilitaban el alejamiento de los niños de un hogar que no cumple su función debida; y considerando que la dependencia era el estado natural del niño, era misión de los salvadores castigar la “prematura independencia infantil y restringir la autonomía juvenil;
- c) El tribunal de menores era, siguiendo a Platt una corte especial creada para “determinada categoría jurídica de niños problema”, y su fundamento descansaba en el concepto de *parens patriae*, en virtud del cual los tribunales eran autorizados a usar de amplia discreción al resolver los problemas de sus ciudadanos menores poco afortunados, con la intención de no acusar a un niño de un delito, sino de ofrecerle ayuda, protección y guía.
- d) Los estatutos originales del tribunal para menores de Illinois permitían a las cortes investigar una gran variedad de necesidades y de mal comportamiento de los menores, contemplando incluso como definición estatutaria de delincuencia, las transgresiones de conceptos generales vagamente definidos, como comportamiento vicioso o inmoral, holgazanería, lenguaje blasfemo, etc.

Como bien señala Platt, en la práctica ese movimiento pro tribunales para menores no solo tuvo interés humanitario, sino que logró introducir en el ámbito de control oficial una serie de actividades de los jóvenes que con anterioridad se habían tolerado o resuelto de manera informal.

Además, por el tipo de comportamiento pre-delincuente también perseguido (como prevención) tal como embriaguez, mendicidad, frecuentar salones de baile y de cine, peleas, andar en la calle a altas hora de la noche etc., lo normal es que los principales sujetos objeto de control fuesen menores de clase baja: Y esa “invención de la delincuencia” consolidó aún más el status social inferior y la dependencia de esa clase de juventud.

En síntesis este tribunal al penalizar una serie de conductas que antes pasaban inadvertidas, llamó la atención hacia nuevas categorías, y al hacerlo inventó nuevos comportamientos delictivos.

Como último comentario respecto de este movimiento, queda por denunciar su evidente ilegalidad,<sup>4</sup> ello porque defendía una formalidad mínima de procedimiento y elevada dependencia de recursos extralegales, en base a los cuales los jueces podían invadir la vida privada del menor al investigar el carácter y los antecedentes sociales, tanto de los niños delincuentes como de los pre-delincuentes<sup>5</sup>.

Sin embargo la ley de tribunales para menores de 1899 en Illinois -que fue favorablemente acogida por la judicatura y el foro- pronto fue considerada un prototipo para la legislación de los otros estados y en 1928 todos los estados, salvo dos, habían adoptado su sistema de tribunales para menores.

En líneas generales este movimiento es la síntesis del modelo tutelar, el cual pronto sobrepasó sus fronteras y también proliferó en Europa. Así y a modo de ejemplo, en Francia el primer Tribunal de Menores se creó en 1912. En Italia, la Ley de Menores data de 1934. Por su parte la Ley que implantó en España el Tribunal de Menores, fue la Ley de Bases del 2 de agosto de 1918, legislación que se mantuvo vigente hasta el año 1991-1992 (declarada parcialmente inconstitucional en el 91 y derogada por nueva ley en el 92).

La Filosofía que inspira este modelo descansa en los postulados del positivismo, como se ha citado ya en el preámbulo. La justicia de menores es heredera de esta tradición, considerando los aspectos anormales del comportamiento y el determinismo en el comportamiento humano. Es el auge del positivismo criminológico y de su enfoque etiológico que, en este caso, se centró más que en caracteres hereditarios, en factores ambientales, principalmente en la familia.

El positivismo, al que hemos aludido, encontró en el problema de los menores (con menor libre albedrío aún, al ser inmaduros por la edad) un terreno propicio para consolidar su poder frente a los defensores del dogmatismo jurídico.

En este marco podemos ubicar el nacimiento de dos figuras centrales en la definición de niño en “situación de peligro moral y material”, a saber, el “niño abandonado” y el “niño delincuente”, términos que finalmente se hacen sinónimos.

En efecto en el discurso de los “empresarios morales” (como denominaba Becker a los creadores de normas) de aquellos años no se hacía distinción entre ellos, el niño abandonado muy seguramente terminaría delincuente, y el niño delincuente seguramente fue primero un niño abandonado.

A esos niños, objetos privilegiados de intervención, había que tutelar y corregir, esos niños eran los que posibilitarían que las políticas de control dominante en aquellos años, es decir, el régimen de tutelas y el nascente modelo correccional, se articularan para

---

<sup>4</sup> Este tema se tratará con mayor profundidad al analizarse el modelo de responsabilidad.

<sup>5</sup> Actualmente en España se están implantando métodos de evaluación del riesgo (SAVRY), claramente atentatorios de derechos (entre ellos el de la intimidad).

Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

abordarlos y tratarlos. Esos niños dejaban de serlo a partir del momento preciso en que eran ‘elegidos’ para ser tutelados, ‘protegidos’ por el Estado o por instituciones de beneficencia y filantropía. Por efecto de esta selección se convertían en menores (término que por ello arrastra una carga peyorativa). Si era necesario “protegerlos”, ¿qué se debía entender por protección?. La poca claridad del término dio lugar a diversas interpretaciones, se trataba de un complejo dilema: de un lado, proteger a la sociedad del menor susceptible de convertirse en infractor, y por otro, la de proteger al menor de la sociedad susceptible de no actuar como agente positivo de control social en sentido “pro-activo” a través de la educación, socialización y civilización de los individuos incluidos en ella.

Todo ello derivó en la posibilidad de una respuesta estatal ilimitada, para “disponer” de aquellos menores material o moralmente abandonados. Y por ello, ese modelo de protección terminó siéndolo de desprotección frente al *ius puniendi* del Estado.

En efecto, en España, este modelo quedó fielmente reflejado en la Ley de Tribunales Tutelares de menores (LTTM), tanto en la original del año 1918, como la posterior del año 1948, vigente en su totalidad, hasta el año 1991, año en que el Tribunal Constitucional la declaró parcialmente inconstitucional por infracción del artículo 24 de la Carta Magna

Este modelo, sin embargo, con el transcurso del tiempo ha sido parcialmente superado por la ausencia de garantías legales, y ello unido a una serie de factores históricos y económicos, termina por perfilar un nuevo modelo de intervención, denominado por algunos autores como modelo educativo o de bienestar, que analizaremos a continuación.

## **b) Modelo educativo o de bienestar**

Este modelo se desarrolla en un marco económico, social y político determinado, que se produce con posterioridad a la segunda guerra mundial, y que se ha venido en denominar como Estado de Bienestar o *Welfare State*.

Tal Estado, se caracterizó (siguiendo a Bergalli), desde el punto de vista económico-social, por un fuerte gasto social acompañado de una importante expansión económica, y desde el punto de vista político, porque asume una convicción en orden a proteger gubernamentalmente ciertos mínimos vitales de renta, alimentación, salud, seguridad física, instrucción y vivienda, y ello se reflejará en sus respectivas cartas fundamentales. Sin embargo, el concepto de Bienestar no sólo estuvo asociado con la salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda y esparcimiento, también lo está con el de resocialización o readaptación social –no únicamente a través de la disciplina-contemplado como fin de la ejecución de penas por los sistemas penales de los Estados sociales surgidos post segunda guerra mundial.

En lo que se refiere al ámbito penal juvenil, este modelo se caracterizó por otorgar un tratamiento unitario a los jóvenes que cometen delitos y a los que por su situación de desamparo requieran asistencia. Prolifera asimismo el tratamiento –más allá del disciplinario anterior- por parte de un cuerpo de profesionales especializados, tales como psicólogos, trabajadores sociales, educadores, entre otros, a los que se les concede un amplio margen de discrecionalidad.

Desde el punto de vista del procedimiento, se aboga por la des-formalización, instando a que en el ámbito de la ejecución penal se prescindiera, en lo posible, de la pena privativa de libertad (des-carcelación),<sup>6</sup> fortaleciendo el uso de la labor educativa en el seno de la propia familia o en residencias de medio abierto, tales como casas hogares o casas de familia sustituta.

En general se intenta aplicar la acción educativa a través de los programas de “*diversión*” (“desviación” o derivación”) en el sentido de “desinstitucionalización” o “desjudicialización”, y que implican evitar al menor un procedimiento judicial tras ser aprehendido.

Una evolución acentuada de este modelo es conocido como el de las “4D”, (USA, años setenta) pues preconiza la despenalización (*decriminalization*), desinstitucionalización (*deinstitutionalization*), proceso justo (*due process*) y desjudicialización (*diversión*).

La *diversión* (adaptación del término inglés)<sup>7</sup> hace referencia a un conjunto de técnicas que buscan dar término al proceso penal en fase previa a la acreditación de la autoría del menor, ya sea renunciando a la acusación, suspendiendo el proceso o incluso evitando que éste se inicie. Esta desjudicialización o derivación tiene por objeto reducir el grado de estigmatización del menor de edad, ya que se evita el contacto con la jurisdicción (juicio).

Este modelo ha sido valorado tanto positiva como negativamente; en efecto, en el primer sentido se le reconoce haber sido precursor de una creciente desjudicialización en el ámbito penal juvenil, sin embargo se le ha criticado que, no obstante su intención de reducir el grado de estigmatización y sobre todo los niveles de internamiento, ello no ha sido real en la práctica. En este último sentido, diversos autores sostienen que contrariamente a sus objetivos esta política de Welfare habría expandido las redes de control penal. En esta línea Pavarini indica que la nueva forma de política del control social del Welfare tendió a privilegiar las medidas alternativas de la prisión; y por ello se llevó a cabo un proceso de “fuga de la práctica de custodia” hacia estrategias alternativas de control en libertad. Frente a una forma de segregación que tendía a restringirse cada vez más, creció la utilización de las agencias de control que actuaban sobre el territorio, en lo social. De este modo se configura una política criminal que crea una red institucional cada vez más extensa.

<sup>6</sup> Sobre el último tercio del siglo XX se desarrollan con fuerza, una serie de movimientos deestructuradores, críticos de las propias fundaciones (ideológicas e institucionales) del sistema de control vigente. Stanley Cohen clasifica estos movimientos en cuatro grupos,: opuestos al Estado (“descentralización”, “desformalización”, “descriminalización”, “derivación”, etc.) opuestos al experto (“desprofesionalización”, “desmedicalización”, “deslegalización”, etc.), opuestos a la institución (“desinstitucionalización”, “descarcelación”, “control comunitario”) y opuestos a la mente (“vuelta a la justicia”, “neoclasicismo”, “conductismo”, reticencias a las ideologías de tratamiento individualizado o resocializadoras basadas en modelos psicológicos de estados internos y una llamada a invertir la victoria positivista y a concentrarse en el acto antes que en el actor .

<sup>7</sup> En los años '70 es posible identificar la existencia de los primeros proyectos pilotos de *diversion*, que tuvieron su sede en EUA y Canadá. En el año 1977 tiene lugar el primer programa de reparación en Gran Bretaña, proyectos que se identifican con las siglas VORP; (victim-offender-reconciliation projects en los EUA victim-offender-reparation en Gran Bretaña). Más adelante en el tiempo se organizarán los Comités noruegos de resolución de conflictos y las experiencias municipales finlandesas. Ya a mediados de los años '80 comienzan las experiencias en Holanda, Alemania y Austria. Por último a comienzos de los '90 inician sus experiencias Francia, España, Italia y Bélgica.



Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

Así, más que la excarcelación<sup>8</sup> se habría producido, según los más críticos, una “ampliación de la red”<sup>9</sup> y una “confusión de límites” entre la asistencia y el control.

De esta forma, a través de la derivación<sup>10</sup> se abarcaron sectores de la población que permanecían como inalcanzables, definidos como gente joven “con problemas”, “con riesgos” o “en peligro legal”, “pre-delincuentes” o “delincuentes potenciales”.

En opinión de Cohen, finalmente se habría llegado a todo lo contrario de las justificaciones más radicales de la derivación, reducción de estigmas y etiquetamiento. En vez de ello se habría acentuado la intervención, captándose a más desviados, extendiéndose a los que todavía no habían sido atrapados.

Por las mencionadas razones y por el desgaste que sufre -tanto en el ámbito económico como político- el Estado de Bienestar, el modelo se irá sustituyendo a favor del mixto o de responsabilidad (formalmente penal y materialmente educativo), que recogerá los mejores aspectos de los modelos anteriores. En España este modelo educativo no llegó a realizarse ya que el Tutelar, como se indicó, mantuvo su vigencia hasta el año 1991

### **c) Modelo de Responsabilidad**

Este modelo se origina en las crecientes críticas que se fueron formulando a los procedimientos administrativos de que eran “objeto”, los niños, niñas y adolescentes infractores. En efecto, éstos carecían de las garantías que otorgaba el sistema procesal penal a los infractores de ley, como por ejemplo la necesidad de comunicarle los cargos de que se le imputaban, el derecho de audiencia y defensa.

El principal antecedente que ha formulado las bases del presente modelo es el caso *Gault*, el cual se desarrolla en el marco de la Ley de tribunales para menores de 1899 en Illinois.

La constitucionalidad de la ley era dudosa, en particular por la informalidad del procedimiento y porque fue hecha para ser interpretada libremente. Argumentos constitucionalistas consideraron a la ley como constitutiva de violaciones a garantías constitucionales del procedimiento legal. Argumentos que fueron reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1967 en el caso *Gault*, en el cual el juez Fortas señaló que los menores tienen derecho a:

- 1.- notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas contra ellos.
- 2.-notificación del derecho a ser representados por un abogado consultor en procedimientos que pueden tener por resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del menor.
- 3.- el derecho al careo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos.
- 4.-advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados.

---

<sup>8</sup> Aunque en la realidad los internos no disminuían.

<sup>9</sup> Que ahora atrapa a los peces de siempre y además a los pececillos, según Cohen.

<sup>10</sup> Que Cohen denomina la *nueva derivación*, ya que obedece a un proceso formal institucional, a diferencia de la *verdadera derivación*, que siempre ha existido cuando un acto delictivo llega por ejemplo a conocimiento de los padres, maestros, vecinos, etc. Y que no dan lugar a ningún tipo de proceso.

Especialmente ilustrativo y revelador es el argumento constitucionalista de Fortas al indicar que: por eufemista que sea el título, un ‘albergue o centro de recepción’ o una ‘escuela industrial’ para menores es una institución de confinamiento donde se encarcela al niño, y concluyó indicando que según la Constitución la condición de ser niño no justifica un simulacro.

Por primera vez se reconocen formalmente algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal.

Sin embargo, en este camino de conquistas jurídicas, consideramos fundamental, el rol que han llevado a cabo diversos instrumentos internacionales, los que han reconocido un catálogo de derechos a toda la infancia-adolescencia, y en particular a los menores que tienen algún conflicto con la justicia.

Y no obstante la historia de estos instrumentos data del año 1924, con la Declaración de Ginebra, en la formulación de este modelo cabe destacar aquellos instrumentos aprobados con posterioridad a los años '80, en particular la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (CIDN) de 1989.

En efecto, si bien la CIDN no es el primer instrumento en orden cronológico, es el más importante, ya que ha determinado un cambio en la consideración de la infancia-adolescencia. “Del menor como objeto de la compasión-represión (en el modelo de tutela/reforma en que no se precisa invocar derechos, pues “quien tutela no desea ningún mal al joven” y por ende éste no precisa más garantías, lo que abre las puertas al posible abuso), a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos” (del modelo de responsabilidad en que, al exigirse ésta, aún distinta del adulto, deben existir derechos como innegociable contrapartida).

A partir de la aprobación de la CIDN se produce un cambio en el paradigma; el cambio más significativo tiene relación con la nueva apreciación del niño/a y adolescentes, los que a partir de este momento son considerados como sujetos de derecho, esto es, como titulares de derechos y atributos que le son inherentes en atención a su condición de persona, en particular a su condición de niño/a - adolescente. Titulares de verdaderos y propios derechos que no admiten negociación

En materia de infracciones de la ley penal, se reconoce que el menor de edad es un sujeto de derechos, y que tiene las mismas garantías que el adulto.

La esencia de este modelo es que el adolescente debe responsabilizarse por el acto que comete. Esta responsabilidad es la que permite entender la existencia de los derechos del adolescente en el proceso, aunque quepa limitar aquélla y regularla, en un marco de mínima intervención.

De este modo entra en crisis el concepto de irresponsabilidad de los menores mayores de cierta edad (adolescentes) ante la comisión de un ilícito penal por entender que considerarlos responsables forma parte del proceso educativo.

A continuación presentaremos las características de este modelo de responsabilidad, siguiendo fundamentalmente los criterios de la CIDN y del garantismo penal, en que el

Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

interés superior del menor procesado pasa por el respeto a sus derechos procesales y en especial al de presunción de inocencia.

**a) Este modelo comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de 18 años comete un delito**

En conformidad a los principios del derecho penal mínimo, no deberían contemplarse ni las faltas ni las contravenciones. Ya que la intervención penal no debería proceder cuando se trata de infracciones mínimas, estos conflictos deberían ser resueltos al margen de la jurisdicción.

**b) Establece soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario <sup>11</sup>**

Esta posibilidad encuentra su fundamento normativo en diversos instrumentos internacionales. Así la CIDN, en el artículo 40.3.b, establece:

“Siempre que sea necesario y deseable se deben adoptar medidas apropiadas para tratar a esos niños sin utilizar procedimientos judiciales, siempre que sean respetados sus derechos humanos y las garantías legales.”

También las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing -1985-), establece la posibilidad de remisión de casos. La Regla 11.1 indica: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la norma 14.1 para que sean juzgados oficialmente”.

Por su parte las Directrices de RIAD -1990- establecen tal posibilidad fundamentalmente en las Directrices 6 y 58. La Directriz 6 señala en su parte pertinente: “[...] Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control”. La Directriz 58 señala: “Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.”

**c) Se excluyen de los sistemas de responsabilidad penal a los niños**

El artículo 40, inciso 3º letra a) obliga: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.”

Asimismo las Reglas de Beijing establecen en su Regla 4.1:

“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”

---

<sup>11</sup> Cabe distinguir entre alternativas al proceso penal de las alternativas en el proceso penal. Unas son soluciones de tipo abolicionista y las otras pueden ser formas anticipadas de terminación del proceso, como la aplicación del principio de oportunidad, la conciliación, etc.

Es decir desde un punto de vista político-criminal se debe renunciar a intervenir coactivamente en todos aquellos casos en que los niños cometan actos delictivos.

Esta decisión se justifica en atención a su temprana edad, y maduración.

**d) Los menores de 18 años quedan fuera del sistema de justicia penal de adultos**

Aún considerando que los adolescentes son imputables y responsables (y repetimos que cuestionaremos algo esta declaración, en el sentido de que en aras al principio de igualdad que comporta un trato desigual a los desiguales, esa responsabilidad es distinta a la del adulto –y distintas por tanto las medidas a imponer-, debido a que el joven aún se halla en maduración de determinadas de sus capacidades), y por lo tanto podrán enfrentarse a la normativa del derecho penal, sin embargo no les será de aplicación el sistema penal de adultos, sino uno con especificidades.

**e) Los jóvenes, en su calidad de sujetos de derechos y responsabilidades, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de que goza un adulto en un Estado de derecho frente al aparato coactivo del Estado.**

Desde el punto de vista procesal se requiere un sistema acusatorio, oral y contradictorio, sin mayor complejidad.

En este sentido las Reglas de Beijing establecen en la regla 7.1 que:

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

**f) La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes**

Estas consecuencias jurídicas diferentes son denominadas por los distintos ordenamientos como medidas, medidas socio-educativas, sanciones o sanciones penales.

Por su parte el artículo 40. 4 de la CIDN establece al efecto:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?

Este precepto<sup>12</sup> establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de 18 años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito. El artículo 40 de la Convención, sintetiza de forma completa los objetivos de la intervención sobre el joven infractor

Y contiene –como se ha indicado- tres principios fundamentales:

- a) La intervención debe fomentar el sentido de dignidad y de valor del adolescente;
- b) La intervención debe fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros; y
- c) La intervención tiene por objetivo promover “la integración social del adolescente y que asuma una función constructiva en la sociedad.”
- g) La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, y de manera breve y limitada en el tiempo**

En primer lugar las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen en su Regla 11.b que:

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

---

<sup>12</sup> El artículo 40 de la CIDN establece:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular que:
  - a) Ningún niño sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes penales nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.
  - b) El niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales tenga, por lo menos, las siguientes garantías:
    - I. Será presumido inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
    - II. Será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;
    - III. La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, a menos que se considere que ello sería contraído al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación, sus padres o tutores;
    - IV. No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, y podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogación de testigos en su favor en condiciones de igualdad;
    - V. En caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta como consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, conforme a lo prescrito por la ley;
    - VI. El niño tendrá la libre asistencia de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
    - VII. Se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento[...] (No se han incluido los incisos 3 y 4)

Esta definición es de suma importancia ya que, por una parte, es un ejemplo de la tendencia a la eliminación de eufemismos tutelares, tales como “el internamiento o la ubicación institucional” y llamar a las cosas por su nombre, esto es, privación de libertad.

En el caso español, el modelo tutelar se mantuvo –tal y como se ha dicho- hasta el año 1991, fecha en que, a iniciativa de los propios jueces de menores (figura creada por la LOPJ de 1985), se plantea la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la ley de 1948; el Tribunal constitucional se pronuncia a través de la sentencia de 14 de febrero de 1991 (STC 36/91), en la que se declara la nulidad parcial de la ley de 1948.

Esta sentencia es el antecedente de la reforma que tiene lugar el año siguiente, oportunidad en que se dicta la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores, que modifica diversos aspectos de la Ley anterior con el fin de adecuarla a la Constitución de 1978.

Con esta modificación (y se ha mantenido en las regulaciones actualmente vigentes) el ordenamiento español se ubica en el modelo de la responsabilidad en lo referido al tratamiento de los menores infractores de la ley penal.

En relación con ese modelo de responsabilidad -vigente en la actualidad en nuestro país (que ha suscrito los convenios al efecto), como se acaba de indicar- está sujeto a la normativa internacional en materia de infancia-adolescencia. Esperemos que no sólo su diseño legislativo se adecue a dicha normativa, sino que también lo cumpla la práctica administrativa y judicial, particularmente en lo relacionado con la aplicación y ejecución de medidas. Y en relación a las medidas no privativas de libertad, la aplicación del modelo de responsabilidad penal establece la asignación de diversas de ellas, de entre las que deberá elegirse, en cada caso, la que mejor convenga al interés del menor, y lo que cabe esperar, es que sea ese mismo interés el parámetro principal, sin condicionamientos por las posibilidades reales que surjan desde los recursos dispuestos por la administración (como siempre escasos).

**Llegados a este punto, ¿cabe predicar que los jueces y resto de operadores jurídicos (fiscales, equipo técnico e incluso abogados) en su praxis cotidiana creen en el modelo de responsabilidad y en las garantías procesales -presididas por la de presunción de inocencia- que le van asociadas y actúan de conformidad, o se sigue bastante anclado en el modelo tutelar y su paternalismo sin regla determinada, o incluso se está en una mezcla perversa que asume algo de cada modelo, esto es retribución e interés del menor entendido libremente como restos paternalistas y exigencia de responsabilidad pero con derechos supeditados a ese etéreo concepto de interés superior del menor, alejándonos así del espíritu del modelo vigente?.**

**Las “retrancas” tutelares-paternalistas, se hallan extendidas y ello perjudica al menor. He aquí algunas *perlas*<sup>13</sup> –si se me permite la expresión- significativas del día a día judicial, que muestran la necesidad de labor divulgativa aún pendiente para lograr el reconocimiento del joven como portador pleno de derechos y no como sujeto dependiente del adulto, de forma que éste, en demasiadas ocasiones, maquilla su control y sometimiento del joven como bondad y preocupación por él:**

---

<sup>13</sup>Tres de entre otras muchas posibles -en sede de internamiento, etc.- a modo de ejemplo suficiente para evidenciar el tema.

### ***Primera Perla:***

Lugar: Sala de Audiencia de un Juzgado de menores; el digno representante del Ministerio Fiscal comprueba la debilidad de sus pruebas y en el trámite de conclusiones retira honradamente la acusación. SS<sup>a</sup> consecuentemente con ello, anuncia que va a dictar sentencia “in voce” e informa al menor –textualmente- de que “le absuelve por falta de pruebas, pero que eso que ha hecho no está bien y que no le quiere volver a ver por allí”. Se dirige al Fiscal preguntando si piensa recurrir (para decretar la firmeza) y éste le dice que no. Seguidamente y sin apenas mirar a la defensa, comenta: la defensa tampoco recurrirá una absolución ¿verdad? Hombre, la absolución no, pero el resto sí. Menuda sentencia; se absuelve por falta de pruebas como si de una absolución devaluada se tratase, cuando la presunción de inocencia comporta que se entra inocente en la sala y únicamente puede cambiarse ese estatus a través de las pruebas que presenta quien debe correr con esa carga, es decir la acusación. Y sin pruebas no hay nada. Pero SS<sup>a</sup>, además, absuelve y seguidamente aplica una medida de amonestación al menor por haber realizado la conducta que nadie ha podido probar realizase, o sea absuelve y seguidamente condena al inocente. Al comentar la jugada con la defensa, mantuvo SS<sup>a</sup> que se les ha de regañar por su bien que para eso estamos en una jurisdicción flexible. Y digo yo ¿dónde está el modelo de justicia o de responsabilidad? Lejos, muy lejos...demasiado lejos.

### ***Segunda Perla:***

Otro día, otra Sala de Audiencias de menores. Se está juzgando a un menor -sin expediente alguno anterior en la fecha de los hechos- que intentó sustraer un cable de freno de una bicicleta averiada -posiblemente abandonada- pues el suyo se había roto. La policía lo intercepta en fase de tentativa inacabada de lo que, siendo adulto, hubiese constituido una falta de hurto por el escaso valor del cable. Por desajustes temporales de los juzgados, el día del juicio que nos ocupa, ese menor había ya pasado por otros varios procesos, pues el tema de la bicicleta parece que había dado inicio a una carrera infractora. La defensa pedía una amonestación como mucho dada la mínima entidad de los hechos y lo absurdo de haber llegado a la vista, el Equipo Técnico entendía que como el muchacho ya llevaba un buen historial infractor y de medidas una amonestación no produciría -por su tibieza- efecto alguno en alguien ya curtido con medidas más duras, y proponía una libertad vigilada no inferior a un año. El Fiscal solicitó 12 meses de libertad vigilada, dispuesto a reducir algo si existiese conformidad. La defensa en su informe repitió hasta el hartazgo de la Sala (y suyo propio) que ese día se juzgaba al menor por un hecho concreto y que la responsabilidad exigible, lo era por ese hecho y en virtud de las circunstancias que rodearon el mismo (primario, etc.), y que lo sucedido a posteriori podría conformar pseudo-agravantes para hechos también posteriores en su caso, pero no incidir en uno anterior, ni estigmatizar al menor para que se le trate en base al denostado derecho penal de autor. El interés superior del menor en base a la CIDN estaba aquí en el respeto a las garantías procesales como sujeto de Derecho y no en endurecer la medida que legalmente correspondía por considerarla inútil en caso contrario. Es más, de ser inútil correspondía no aplicar ninguna. Cuando el abogado abandonó la Sala, todos le miraban (en realidad me

miraban) como si hubiese de ser atendido psicológicamente. Lo grave no es la discrepancia, lo grave es lo arraigado que sigue el modelo de tutela y la poca consideración de las garantías del modelo actual (no exento por ello de crítica) que subyacen en la discrepancia narrada.

### ***Tercera Perla:***

Nos hallamos ahora ante una comparecencia para decidir sobre la prórroga de una medida cautelar de internamiento –la más dura-, para un muchacho con expediente abierto por robo con violencia. Al margen de que el tema derivara finalmente en una buena conformidad dadas las pruebas existentes y las características del hecho, lo cierto es que, de entrada, y ante la oposición a tal prórroga de la defensa, por no existir ni riesgo elevado de fuga, ni mucho menos de destrucción de pruebas –al estar ya todas recaudadas-, el Equipo Técnico solicitaba una prórroga de unas pocas semanas, no de los meses solicitados por el Fiscal. La explicación ofrecida por ese Equipo fue que al menor aún le restaba algo de tiempo para modelar su temperamento. Es obvio que la medida cautelar de internamiento debe ser de utilización restrictiva, excepcional y extraordinaria, y como institución procesal que es, está encaminada fundamental y exclusivamente a garantizar el éxito del proceso (evitando la fuga del imputado o la desaparición de pruebas), Esta figura no puede utilizarse para otras finalidades aunque las entendamos incluso, en nuestro paternalismo, útiles. Si así fuera, ese “interés superior del menor” (que hasta que comete la infracción y con ello genera riesgo a los “normales” nos ha preocupado más bien poco<sup>14</sup>), pasaría por encima del principio de legalidad y de las garantías procesales, lo que no tiene cabida en el modelo de justicia juvenil actual (de responsabilidad).

### **Bibliografía**

BERGALLI, ROBERTO; RIVERA BEIRAS, IÑAKI (Coords.) (2007), *Jóvenes y adultos: el difícil vínculo social*. Barcelona: Anthropos, serie “Desafío(s) Utopías del Control y Control de las Utopías” núm. 5. (En especial pp. 151 y ss)

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (Área de menors) (2007), *Estudio sobre la lógica de funcionamiento en la aplicación de medidas no privativas de libertad en el sistema de justicia juvenil en Cataluña*. Barcelona: [www.ub.edu/ospdh/publicacions](http://www.ub.edu/ospdh/publicacions) (APTDO. 1.3)

PLATT, A. (1997), *Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI, 3ª edición

RIVERA BEIRAS, IÑAKI (1999), *Nacimiento y presupuestos ideológicos de la justicia juvenil, en Niñez, adolescencia y justicia*. El Salvador: Revista del programa interinstitucional hacia un sistema de justicia juvenil, nº1, enero-abril.

---

<sup>14</sup> Y sin embargo muchas veces se hallaba inmerso en el caldo de cultivo generador de esa desviación a lo que, por acción u omisión, todos hemos contribuido.