

DESAFÍOS DURADEROS EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA DE RESPONSABILIDAD DE MENORES DE EDAD: UN ESTUDIO CRÍTICO A LA LUZ DE LOS 18 AÑOS DE VIGENCIA Y DEL MODELO ESPAÑOL

KARYNA BATISTA SPOSATO*

Introducción

El presente artículo procura reflexionar sobre la actual legislación brasileña de responsabilidad penal de menores de edad y sus dieciocho años de vigencia a raíz de distintos modelos de justicia penal en la materia¹. Es decir, se trata de un análisis de la ley 8.069/90, el Estatuto del Niño y del Adolescente y sus bases de sustentación teórica, utilizando como punto de arranque la persistencia de aspectos tutelares o correccionales en su implementación y algunas distinciones con el sistema español.

En primer lugar, es necesario aclarar que la responsabilidad penal de menores de edad no es un tema pacífico en la doctrina brasileña². La mayoría de los autores no considera que se trate de una responsabilidad penal, y sustenta dicho planteamiento en la negación de la imputabilidad de los menores de edad con arreglo al artículo 26 del Código Penal Brasileño como veremos a continuación.

Por ahora, lo decisivo es destacar que el no reconocimiento de la naturaleza penal de las medidas aplicables a los menores de edad y, por consiguiente, del procedimiento de

* Master en Derecho Penal de la Universidad de São Paulo. Doctora en Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide – Sevilla/España. Profesora de Derecho Penal de la Facultad Ruy Barbosa. Autora de la obra "O Direito Penal Juvenil", São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

¹ Podemos clasificar los diferentes modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil a lo largo de la historia en: 1. Modelo Punitivo o Penitenciario, en el cual los menores eran sometidos a las mismas reglas de los adultos, con penas atenuadas, y por eso también llamada Etapa Penal Indiferenciada del Derecho Penal Juvenil; 2. Modelo de Protección, correspondiente a la vigencia de las legislaciones tutelares fundadas en las llamadas *situaciones irregulares*, o sea, el abandono, las situaciones de riesgo, la infracción a la ley penal. Todas tratadas con medidas de protección y no sanciones jurídico-penales, también conocida por eso, por Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil; 3. Modelo Educativo, introducido principalmente en los países nórdicos como consecuencia del Estado de Bienestar y caracterizado por una no intervención del Derecho Penal y la búsqueda de soluciones extra-judiciales. Éste está íntimamente vinculado a modelos de reparación y compensación entre autor y víctima. 4. Modelo de Responsabilidad, resultante de los textos internacionales de protección a los derechos de los menores de edad y del reconocimiento de su posición como titulares de derechos; 5. Modelo dos 4DS, también influido por las directrices internacionales y de procedencia norteamericana. Sus pilares son la despenalización, desinstitucionalización, el proceso justo (due process) y la desjudicialización (diversión). (VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. (editores) *Derecho Penal Juvenil* Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.99 y segs.)

² Es importante destacar que en la doctrina penal brasileña son pocos los autores que conciben la intervención estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad como materia penal. Véase, SARAIVA, J.B.C. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*, Brasília, 2002. FRASSETTO, F.A. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Belém/ Pará: Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 2001 y DONIZETI LIBERATI, W. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. La contribución de GARCÍA MENDEZ, E. en diversas obras y en especial en *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998 no se podría dejar de mencionar aunque no precisamente como parte de los autores brasileños. Ya en el ámbito de las ciencias sociales y del trabajo social, véase VOLPI, M. *Sem liberdades e sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Cortez, 2001, y VOLPI, M. & SARAIVA, J. B. C. *O adolescente e a Lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

enjuiciamiento de un menor de dieciocho años, genera impactos extremadamente nocivos tanto para la imposición de respuestas adecuadas y respetuosas de la dignidad humana de los menores de edad, como también para la percepción de la problemática por la sociedad en general. En suma, como procuraremos desarrollar en este trabajo, la oscuridad de las medidas aplicables y la resistencia en reconocer un Derecho Penal Juvenil en el ámbito de la Justicia Juvenil Brasileña favorecen respuestas desproporcionadas, muchas veces injustas, y asimismo una sensación de profunda inseguridad frente a delitos cometidos por menores de edad, resultando en su identificación, por parte de la opinión pública y de la sociedad, con la criminalidad violenta.

Con el objetivo de demostrar que, pese a su no aceptación por la mayoría de la doctrina brasileña, la ley 8.069/90 —el Estatuto del Niño y del Adolescente— configura un Derecho penal dirigido a los menores de edad, recuperaremos brevemente la construcción normativa del ordenamiento jurídico brasileño en materia de menores.

El primer paso es mostrar que, desde los orígenes, la intervención estatal ante la comisión de hechos cometidos por menores de edad consistió en una intervención de naturaleza penal, incluso bajo las legislaciones tutelares. Y luego revelar cómo a partir de la influencia de la Constitución Brasileña de 1988 y de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, se estructura un nuevo Derecho Penal Juvenil en el Derecho Brasileño.

Todavía, dicho nuevo Derecho Penal Juvenil no logró superar el correccionalismo o la ideología del tratamiento, como se nota a partir del análisis de sus características, fundamentos y principios. La herencia del discurso de la corrección parece un verdadero fantasma, por detrás del articulado de la ley. Las medidas aplicables, llamadas *socioeducativas*, son en general justificadas y legitimadas por un discurso fraudulento de asistencia y educación, pero opera un ejercicio del poder punitivo sobre los menores más agudo y desmedido que cualquier otro.

En este ámbito, el desafío presente está en la superación del sistema tutelar, fundado sobre las ideas de inferioridad del menor y por lo tanto, de su irresponsabilidad penal. Bajo la herencia del sistema tutelar aún hoy día en Brasil, pasados 18 años de la ley 8.069, el ejercicio del poder punitivo sobre los menores de edad se realiza de forma arbitraria e irracional.

Si por un lado, la experiencia brasileña presenta en términos legislativos el abandono del *Menorismo*³ y del Modelo Tutelar, justamente como resultado de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la consecuente adopción de una nueva legislación, el Estatuto del Niño y del Adolescente – ley 8.069/90. De otro, las prácticas institucionales sufren con la persistencia de una lógica tutelar y correccional en los procedimientos. Nos referimos precisamente no sólo a los programas de ejecución de las medidas sancionadoras

³ Por Menorismo se suele identificar en Brasil la Etapa tutelar, pues el menor de edad concebido como un ser inferior al adulto es llamado *menor*. Existe en dicha etapa una combinación entre minoridad/peligrosidad/pobreza que fundamenta toda la intervención estatal sobre la vida y la libertad de los menores.

o *socioeducativas*, sino también de igual modo al funcionamiento del Sistema de Justicia (Poder Judicial, Ministerio Fiscal y Defensoría).

La imposición de una medida socioeducativa como remedio para la situación de vulnerabilidad social⁴ del adolescente es uno de los incuestionables reflejos de la dificultad de superar el paradigma de las legislaciones de menores. Como es sabido, el paradigma de las legislaciones de menores es la llamada Doctrina de la Situación Irregular, fundada en una ideología tutelar, terapéutica e higienista. En Brasil, *la situación irregular* legitimó durante más de seis décadas una intervención⁵, frecuentemente violenta, del Estado, al estado peligroso sin delito, observable entre los menores de edad.

1. Distintos modelos de regulación de la justicia penal de menores en Brasil

Recuperar las distintas legislaciones en materia de menores en Brasil nos permite cumplir una doble tarea. La primera, identificar la influencia del Derecho Penal continental europeo en los contextos latinoamericanos y - como no podría ser diferente - también en Brasil, siendo posible relacionar cada modelo o etapa del derecho penal juvenil con las distintas construcciones teóricas del saber penal. La segunda, nos permite reflexionar sobre las condiciones de existencia de un modelo puro en dicha materia, favoreciendo un intento de clasificación del actual sistema vigente en Brasil.

1.1. Modelo Punitivo o Etapa Penal Indiferenciada

La llamada **Etapa Penal Indiferenciada** del Derecho Penal Juvenil o Modelo Punitivo o Penitenciario, guarda correspondencia con la Escuela Clásica del Derecho Penal. Con arreglo a los Códigos Penales retribucionistas del siglo XIX⁶, los niños eran considerados como “adultos en miniatura” y por eso sometidos a las mismas reglas que los adultos con la única diferenciación concerniente a la atenuación de las penas.

Era lo que se observaba en los Códigos Penales españoles del siglo XIX que adoptaban una presunción *lure et de iure* de exclusión de la responsabilidad criminal para una primera edad, fijada en siete años por el Código Penal de 1822, y en nueve por los Códigos de 1848 y su reforma de 1850 y 1870. De manera general, desde el primer Código Penal de 1822

⁴ Datos del Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) en la investigación *Mapeamento da Situação das Unidades de Execução de Medida Sócio-educativa de Privação de Liberdade ao Adolescente em Conflito com a Lei*, revelaron que en cuanto a las variables de escolaridad, ocupación/ trabajo y renta, la mayoría de los adolescentes privados de libertad en Brasil no asistía a la escuela cuando cometió el delito (51%) y no trabajaba (49%), siendo que entre los que trabajaban cerca de un 40% ejercían funciones en el mercado informal. En cuanto al grado de escolaridad, se observó que un 89% de los adolescentes internos no había terminado el ciclo fundamental, pese a su franja de edad, entre los 16 y 18 años. Otro aspecto observado fue la alta tasa de analfabetos entre éstos adolescentes. En relación a la renta familiar, los adolescentes internos son de familias pobres, un 66% vive en familias cuyo sueldo mensual no supera dos salarios-mínimos vigentes en septiembre/octubre de 2002. Podría estimarse un sueldo familiar del orden de 1 ó 2 dólares al día.

⁵ La Doctrina de la Situación Irregular estuvo sustentada durante la vigencia de los dos Códigos de Menores de Brasil, el conocido Código Mello Matos, de 1927, y después el Código de Menores de 1979, solamente siendo derogada con la ley 8.069/90.

⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia Juvenil- consideraciones penales y criminológicas*. Editorial Comex, Madrid, 2003. pág. 247.

hasta la promulgación del Código de 1928, y más exactamente del Código de 1932, fue el criterio del discernimiento el que ha funcionado como el soporte jurídico limitador de la responsabilidad de menores en España.

Muchos autores se han ocupado en España y también en Europa a lo largo del siglo XIX de aclarar los criterios y respectivas etapas de responsabilización de menores de edad. Los esfuerzos lograron identificar una etapa de plena inimputabilidad, equivalente a la infancia, y otra de inimputabilidad condicionada, correspondiente a la adolescencia, donde la piedra angular fue el discernimiento⁷.

El discernimiento a su vez, nunca ha tenido una definición válida y uniforme, aunque muchos han sido los intentos. Por eso, señalaba Alimena que “quizá no exista otra cuestión en el Derecho penal en que sea mayor la discordancia de opiniones”⁸. Los distintos criterios de discernimiento jurídico, moral, llegando al social comprendido como concepto social de contenido educativo y con la consideración del entorno social del menor⁹, en realidad, funcionaban conforme la conveniencia de apreciación del Tribunal, es decir, cuando se creía que las penas eran útiles para los menores la mayor parte de los procesos terminaban con la declaración del discernimiento y, del mismo modo, cuando se señalaba la inutilidad de las penas a raíz de los efectos perjudiciales de la prisión, la mayor parte de los procesos terminaba con la negación de la existencia del discernimiento, como ha destacado Alimena¹⁰.

Silva Sánchez nos enseña que en los sistemas codificados, como por ejemplo los códigos españoles del siglo XIX, se puede notar una tripartición: a) impunidad total para el sujeto en edad inferior a nueve años; b) entre nueve y quince años, un juicio individualizado de discernimiento; c) y encima de los quince años, plena responsabilidad criminal, y en virtud de la edad, atenuación de la pena¹¹.

Dicho modelo se reprodujo en Brasil, como se observa en el Código Criminal del Imperio, que aunque no reglamentaba de forma detallada la intervención del Estado ante las infracciones o delitos cometidos por niños y adolescentes, es decir, no establecía una edad mínima para el inicio de la responsabilidad, su artículo 10, párrafo 1º disponía:

“no serán juzgados los criminosos menores de 14 años, salvo en los casos que se demuestre el discernimiento”.

⁷ Entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. en “*La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*”, Montevideo, 1929, p. 4, advirtió con respecto a la importancia del discernimiento como “piedra angular de la inimputabilidad de los menores”. Citado por VENTAS SASTRE, R. en “*Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 2002. pág.23

⁸ Cfr. ALIMENA, B. *Principios de Derecho Penal*, traducido y anotado por E. Cuello Calón, t. I, vol.II, Madrid, 1916, p. 88, citado por VENTAS SASTRE, R. en “*Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*”. Op. Cit. pág. 24.

⁹ Consta que Jiménez de Asúa ha distinguido cuatro orientaciones para el término discernimiento. El jurídico basado en la inteligencia de la antijuricidad del acto; el moral, entendido como la inteligencia para diferenciar el bien del mal y también lo justo de lo injusto; un tercer criterio que combina los anteriores, moral y jurídico, y por fin el discernimiento social basado en el carácter e instintos del menor y su entorno. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONCEA, J. *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General*, t.I, Madrid, 1929, pp.238 y ss.

¹⁰ ALIMENA, B. *Principios de Derecho Penal*, traducido y anotado por E. CUELLO CALÓN, t. I, vol.II, Madrid, 1916, p. 88, citado por VENTAS SASTRE, R. Op. Cit.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. José Maria Bosch Editor. Barcelona, 1997. pág 166.

Con arreglo al Código Criminal del Imperio en Brasil, a los infractores en la franja de edad de 14 a 21 años las penas eran atenuadas¹². Ya con el Código Penal Republicano de 1890, los menores de 9 años de edad eran considerados totalmente irresponsables. En la franja de 9 a 14 años se exigía el estudio del discernimiento. Entre los 14 y 17 años, el discernimiento era siempre presumido resultando en una disminución de 2/3 de las penas previstas para los adultos. Entre los 17 y 21 años, las mismas penas de los adultos eran aplicadas pero con atenuantes.

Como podemos observar, los Códigos Penales de 1830 y 1890 representan en el ordenamiento brasileño la Etapa Penal Indiferenciada, cuyo objeto central fue la investigación del discernimiento. Sus principios informadores eran los mismos de la “Escuela Clásica”, y la concepción del delito como ente jurídico¹³. Para aclarar la base de legitimación del modelo punitivo, Andrés Ibáñez recupera el planteamiento de Bettiol del delito como un ente jurídico, a la vez que resulta de la confrontación de un acto humano con la ley que previamente lo había prohibido. Es decir, “*un hecho del hombre ya realizado, no un pensamiento ni un modo de ser*”¹⁴. Por eso, la irrelevancia de cualquier dato relativo a la personalidad del agente, ya que el derecho buscaba responder de forma proporcional a la ofensa cometida y no la reforma o reeducación del delincuente.

Silva Sánchez nos explica que el modelo del discernimiento parte de una concepción retributiva de la pena, y se funda en la idea de culpabilidad como juicio de reproche —como presupuesto esencial de la pena. Es decir, a través de un concepto bilateral de culpabilidad— si no hay culpabilidad no puede imponerse la pena, pero siempre que haya culpabilidad deberá imponerse una pena¹⁵. La culpabilidad a su vez, se traduce en el juicio de reproche y posee dos elementos: la capacidad de conocer el contenido del injusto, la antijuridicidad de la propia conducta, y la capacidad de adecuar la propia conducta a este conocimiento. El juicio individual de discernimiento tenía justamente por objeto medir dichas capacidades.

1.2. Modelo de Protección o Etapa Tutelar

El segundo modelo de regulación de Justicia Juvenil es el llamado modelo de protección o también conocido como tutelar, cuyas bases de sustentación teórica guardan profunda correspondencia con la ideología positivista y el correccionalismo como discutiremos a continuación.

En términos históricos, dicha etapa comienza a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En tal momento podemos reportar la existencia de tres factores importantes para el

¹² GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Op.Cit.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1994.

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “*El Sistema Tutelar de Menores como reacción penal reforzada*”. EN: *Psicología Social y Sistema Penal*, compilado por F. JIMÉNEZ BURILLO y M. CLEMENTE, Madrid, 1986, pág. 210.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Op. Cit. pág. 167.

aparecimiento de una justicia especializada de menores y de un modelo correspondiente. El primero fue descrito por Andrés Ibáñez como una relación entre la delincuencia juvenil y las transformaciones económicas y sociales resultantes de la sociedad industrial. Como también ha señalado Barbero Santos:

*“De la inestabilidad y liberalismo económico derivó una gran riqueza para algunos y una gran miseria para los más, los barrios populares se llenaron de gentes proletarias, teniendo hombres y mujeres que acudir al trabajo en la industria por ser insuficiente el salario individual para atender a las necesidades familiares. Los hijos quedaban por ende, abandonados, libres para actuar a su antojo durante todo el día. Su consecuencia fue que una corriente incesante de niños de los barrios populares comenzó a aparecer ante los tribunales”*¹⁶.

El fenómeno de la industrialización y su impacto en una desigual distribución de la riqueza es uno de los factores para la creación del concepto de delincuencia juvenil, así como del concepto jurídico de niñez¹⁷. Se espera justamente que el sistema penal afronte la emergencia de este nuevo tipo de delincuente.

El segundo aspecto es derivado de la incómoda presencia de niños en las cárceles¹⁸, sumado a una creciente conciencia de la necesidad de salvaguardar la integridad física y moral de niños y adolescentes¹⁹.

Y en tercer lugar, los aportes del correccionalismo y la influencia de la “Escuela Positiva” resultan en el derecho tutelar de menores. De un lado, el correccionalismo, cuyo mayor representante quizá sea Röder que concebía que *“la ley del derecho no quedará completamente satisfecha hasta que el daño causado por aquella y el daño interior (inmoralidad o contrariedad al deber de derecho) en el autor, se hayan extirpado, reparado totalmente”*, permite que el delincuente sea concebido como un ser necesitado de ayuda y, por consiguiente, que el orden jurídico tenga como función básica ofrecer la ayuda necesaria, corrigiendo al delincuente mediante la limitación de su libertad. La pena, por lo tanto, será un bien²⁰. En la misma dirección está el pensamiento de Dorado Montero que, a su vez, proponía que *“la administración de la justicia penal fuese una función de saneamiento social, una función de higienización y profilaxia social”*²¹.

¹⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág 210.

¹⁷ Vid. TUTT, N. “Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia”. EN *RIP Crim.*, n°39 y 40, (volumen doble), Naciones Unidas, Nueva York, 1990, pág. 85.

¹⁸ Como recuerda CUELLO CALÓN citado por HIGUERA GUIMERÁ, a finales del siglo XIX y aún ya entrado el siglo XX, sin excepción alguna, los menores eran conducidos a las cárceles, donde convivían en promiscuidad espantosa con los detenidos adultos, durante el largo tiempo de la instrucción del proceso. (CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Librería Bosch, Barcelona, 1926. / HIGUERA GUIMERÁ, J. *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003. pág. 45.)

¹⁹ GARCÍA MÉNDEZ nos recuerda que en 1875, en Nueva York, una niña que era sometida a sistemáticos malos tratos por parte de sus padres fue objeto de gran atención en la prensa. La niña Mary Ellen, de nueve años de edad fue retirada de sus padres por autoridades judiciales. El supuesto había sido patrocinado por la Sociedad de Protección de los Animales de Nueva York, coincidiendo con la creación de la “New York Society for Prevention of Cruelty to Children”. (GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia e ciudadanía en América Latina*. Op. cit., p. 51).

²⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág. 212.

²¹ DORADO MONTERO, P. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. (Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. pág 66.

De otra parte, el positivismo pasa a conceder más atención a tipologías de delincuentes que a tipos de delitos. La concepción del delito como un hecho humano y un dato sintomático de la anormalidad personal del sujeto lleva a adopción de medidas de seguridad destinadas a reaccionar defensivamente a la peligrosidad social del sujeto. La esencia está en atribuir al derecho penal la función de prevenir, tomando en cuenta las exigencias de defensa social y no más la función represiva.

Como explica Luigi Ferrajoli, la tradición correccionalista española, sostenida especialmente por Pedro Dorado Montero tenía por característica central la comprensión del delincuente como un ser débil cuya voluntad defectuosa se manifiesta en el delito y a través de él²². En esta perspectiva, la función penal aparece como un deber de la sociedad y un derecho del infractor de la ley, aunque le parezca un mal. El criterio fundamental de punibilidad no es la intención del sujeto y sí el peligro que representa para la sociedad. Concibiendo al delincuente como un ser débil y menor, solamente se le deben aplicar medidas de protección y tutela y no las penas. De este modo, propone un nuevo Derecho Penal que ejercería una función tutelar dirigida a modificar y corregir.

Por lo tanto, sugiere Dorado Montero una auténtica pedagogía correccional y un derecho penal dirigido no al castigo, y sí a la corrección efectiva del delincuente²³. En este contexto, resta a la justicia la misión de saneamiento social y así da lugar a la opción de la intervención sobre un individuo que se demuestre peligroso²⁴, aunque no haya algún delito. El tratamiento individualizado sustituye la pena, y el criterio definitorio de éste se da no por la gravedad del delito, sino por las necesidades y exigencias pedagógicas concretas de cada delincuente. El juez se convierte en un auténtico médico penal que ejerce la cura de las almas y, por tanto, no estará condicionado a las exigencias legales del contradictorio para desempeñar su papel discrecional. La prevención y el tratamiento prevalecen, al menos teóricamente, sobre la retribución y el castigo. Es exactamente lo que se realizó en la justicia de la infancia y juventud por intermedio de los Códigos de Menores y sus jueces.

Es importante aclarar que estos tribunales de menores, que se estructuran sobre todo entre los años 1905 y 1921 en todo el mundo²⁵, no eran consideradas instituciones represivas. Su función era meramente paternal y educativa (imagen patriarcal del Juez como padre sustitutivo). Como advierte Higuera Guimerá:

²² FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. pág. 420.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. Op.Cit. pág.139.

²⁵ Fue en 1899, a través de la *Juvenile Court Act of Illinois*, que se creó el primero Tribunal de Menores en los Estados Unidos de América. La idea se difundió por Europa con intensidad entre los años 1905 y 1921, cuando casi todos los países europeos creaban también sus Tribunales de Menores. De forma ejemplificativa, podemos mencionar la creación de tribunales de menores en Inglaterra (1905), Alemania (1908), Portugal y Hungría (1911), Francia (1912), Japón (1922). En España los primeros tribunales de menores fueron creados en Bilbao (1920) y Barcelona (1921) y en 1924 ya estaban en todo el país. En Latinoamérica, Argentina, en 1921, fue el país precursor con la promulgación de la primera legislación específica, la Ley 10.903, más conocida como Ley Agote. Después Brasil (1923), Chile (1928) y Venezuela (1939). (PEREIRA, T. *Direito da criança e do adolescente: uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. /GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia e cidadania na América Latina*. Op. cit., p. 52 / ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág. 214)

“Su principal misión consistía en el estudio del menor, de su personalidad y su ambiente, y en adoptar, a base de este conocimiento, la medida más adecuada a su salvación moral y social”²⁶.

Lo mismo se observa cuando Dorado Montero define el perfil de los magistrados: *“se asemejará más bien al de médicos higienistas. El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso e indulgente”²⁷.*

Por eso la intervención no se restringía exclusivamente a los supuestos de un menor que había cometido un hecho penalmente típico, pues también tenía lugar en los casos de conductas consideradas irregulares. Como se nota, ocurre una supuesta minimización formal de los mecanismos de control, a la vez que ubicados fuera del campo del Derecho Penal: las reglas dejan de integrar los Códigos Penales para tomar parte de una legislación específica, obteniendo, sin embargo, mayor represión material.

En dicho contexto, ganan fundamental importancia, de un lado la existencia de una jurisdicción especializada, y de otro, los conceptos de inimputabilidad moral y personalidad peligrosa²⁸.

En definitiva, el modelo de protección o tutelar es como ya afirmaba Ferri *“el triunfo completo de las conclusiones de la Escuela Positiva”²⁹*. Eso corrobora la explicación de Ferrajoli acerca del desarrollo de la ideología correccional como paralela a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social: el sano y el enfermo como categorías sobre las cuales son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario de castigar menos se convierte en el proyecto disciplinar y tecnológico de castigar mejor³⁰.

La Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil Brasileño tiene inicio precisamente con la adopción de la Ley Federal n.º 4.242 de 1921³¹, la creación del primer juzgado de menores en 1923, y con el primer Código de Menores de 1927³². Los menores de 14 años son considerados inimputables. El artículo 24, párrafo 2º del Código de Menores de 1927 establecía:

“Si el menor fuera abandonado, pervertido, o en peligro de ser, la autoridad competente debería promover a su colocación en asilo, casa de educación, escuela

²⁶ HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág.45.

²⁷ DORADO MONTERO, P. Op. Cit. pág 66.

²⁸ En el modelo tutelar se abandona para los menores el principio de imputabilidad moral y de la dosimetría penal. Como aclara Higuera Guimerá, la infracción penal no interesa por sí misma, sino como un síntoma de la peligrosidad del sujeto para cometer nuevos delitos. (HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág.47)

²⁹ Citado por HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág. 46.

³⁰ FERRAJOLI, L. Op. Cit.

³¹ La Ley Federal 4.242 de 04.01.1921 era de naturaleza administrativa, regulando la organización del servicio de asistencia y protección a la infancia abandonada y delincuente (artículo 3º, inciso I), la cual ya presentaba sanciones y procedimientos destinados a los infractores (artículo 3º, § 16 a 37).

³² El Código de Menores de 1927 fue aprobado por el decreto federal n° 17.943, como resultado de un Proyecto de Protección al Menor, elaborado por el primer Juez de Menores, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos. Por eso, la Ley es conocida en la comunidad jurídica como Código Mello Mattos.

de preservación o confiar su cuidado a una persona idónea, por todo el tiempo necesario a su educación, hasta los 21 años”.

El mismo Código de Menores reconocía una responsabilidad penal especial en la franja de edad de 14 a 18 años. Para la franja de 16 a 18 años autorizaba el internamiento y, cuando se tratase de delitos graves con la prueba de peligrosidad, se permitía la privación de libertad en establecimientos destinados a adultos. Y en razón de la peligrosidad, el tiempo de permanencia era indeterminado hasta la obtención de la cura.

Con la adopción de un nuevo Código Penal en 1940, la responsabilidad penal fue fijada por encima de los 18 años. Posteriormente el mismo Código sufre una reforma en 1984 en su Parte General. La redacción del artículo 27, vigente hasta hoy, es:

“Los menores de 18 (dieciocho) años son penalmente inimputables, estando sujetos a las normas establecidas en la legislación especial”.

El segundo Código de Menores de 1979, editado por la Ley Federal n.º 6.697 de 08 de febrero, no cambió el funcionamiento del modelo, que no sólo permitía la institucionalización de los menores sin la observancia de las reglas y de los principios procesales y constitucionales, sino también la continuidad de la institucionalización en los mismos establecimientos destinados a los adultos. Así es como la lógica de la corrección del delincuente fue llevada a las últimas consecuencias en la Etapa Tutelar del Derecho Penal Juvenil Brasileño.

Algo muy similar pasó en España, bajo el Código dictatorial de 1928 y posteriormente en el Código Penal de 1932 que a su vez representó la completa superación del criterio del discernimiento por una fórmula biológica³³. Es decir, el criterio biopsicológico pasó a ser adoptado, con lo cual se pretendía ganar en seguridad jurídica y legitimar el funcionamiento de los Tribunales tutelares de menores.

El Código Penal republicano de 1932 declaraba, en su artículo 8.2º, a los menores de dieciséis años exentos de responsabilidad criminal y, por lo tanto, sujetos a la jurisdicción especial de los Tribunales tutelares de menores. Luego, el Código Penal franquista de 1944 mantuvo las mismas líneas maestras del texto republicano, con una única diferencia referente al amplio arbitrio de los propios Tribunales para la determinación de su competencia.

Como pondera Giménez-Salinas Colomer: *“el sistema tutelar español tuvo sus momentos álgidos en los años 50 en plena dictadura franquista y en un claro intento de control de la juventud”*³⁴. En la misma dirección, Ventura señalaba que *“el sistema tutelar español respondía a una ideología franquista y nacional catolicista”*³⁵.

Es curioso observar que también en Brasil la época de consolidación del modelo tutelar correspondió al período de dictadura política, con la elaboración de una Política Nacional de

³³ LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. pág. 34.

³⁴ Citado por HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág. 50.

³⁵ Citado por HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág. 51.

Bienestar del Menor y la creación de una entidad en el ámbito federal para su coordinación, la llamada FUNABEM (Fundación Nacional de Bienestar del Menor).

De manera general, los modelos tutelares pueden ser caracterizados por cinco características principales: a) la negación de su naturaleza penal; b) la indeterminación de las medidas aplicables; c) en el aspecto procesal, la ausencia de garantías jurídicas; d) amplio arbitrio judicial y e) el rechazo del criterio de imputabilidad.

A partir de dichas características, procuraremos discutir el actual modelo de justicia juvenil brasileño que se supone un modelo de responsabilidad pero que, sin embargo, presenta en su estructura y el articulado de la ley una innegable herencia del correccionalismo y de la lógica tutelar.

1.3. Modelo de Responsabilidad o Etapa Garantista

Los modelos de responsabilidad son inspirados en el movimiento de reformas de las legislaciones europeas y norteamericanas durante los años sesenta, más precisamente por influencia de las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que reconocieron determinados derechos a los adolescentes durante los procesos de enjuiciamiento. El caso más paradigmático, el caso Gault, resultó en el reconocimiento del derecho a conocer los motivos de la acusación, a disponer de un abogado, a un careo y un interrogatorio, e inmunidad frente a la autoincriminación, en procesos que podrían llevar a la encarcelación del menor³⁶.

La principal característica del modelo de responsabilidad descansa en la concepción del menor de edad como *persona* y, por lo tanto, sujeto de derechos y titular de una capacidad progresiva para ejercerlos. De dicha capacidad deriva su responsabilidad, que en este caso es restringida a la comisión de un hecho penalmente típico (principio de la tipicidad del hecho)³⁷.

Importante es destacar que la superación del modelo tutelar por el de responsabilidad también guarda profunda relación con la normativa internacional que se desarrolla en la época. Es decir, las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores —“Reglas de Beijing (1985)”, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil —“Directrices de RIAD (1990)”, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990), la Resolución del Consejo de Europa sobre delincuencia juvenil y transformación social (1978), y la Recomendación n°R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

³⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Op. Cit. pág. 254.

³⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J. Op. Cit. pág. 54.

Dicho modelo se presenta como una combinación de lo educativo con lo judicial. El carácter educativo se debe al contenido de las medidas, las que además de responsabilizadoras, deben tener por objetivo la educación. Y en lo judicial, hay un acercamiento a la justicia penal de los adultos; se exige un proceso contradictorio en el que intervienen el abogado del menor y el Ministerio Público, reconociéndose también a los menores el principio de presunción de inocencia entre otras garantías clásicas.

En Brasil, la superación formal del modelo tutelar o de protección se debe a la adopción de la Ley Federal 8.069 de 13 de julio de 1990, el Estatuto del Niño y del Adolescente, como reflejo de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y en sintonía con la Constitución democrática Brasileña de 1988.

También en España, la Constitución española de 1978 estableció las bases para la revisión de todo sistema jurídico-penal, para la necesaria eliminación de los aspectos más intolerables de la legislación franquista, dando inicio al denominado "Derecho Penal de transición"³⁸. A su vez, fue el Código Penal de 1995 el que determinó la necesidad de una normativa nueva para regular la responsabilidad penal del menor, la que entra en vigor el año 2000, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de Edad, Ley 5/2000.

En efecto, no se puede separar históricamente el abandono del modelo tutelar de los momentos de transición democrática vividos por Brasil y España. Lo que pone de relieve lo que muchos autores ya señalaron sobre la estrecha relación entre las Cartas Políticas de los Estados, es decir, las Constituciones y el ejercicio del poder punitivo. El cambio de paradigma y la introducción de un nuevo modelo de regulación de Justicia Juvenil evidencia lo que Emilio García Méndez define como la conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia³⁹.

Sin adentrar en las particularidades de ambas legislaciones de menores que se adoptan a lo largo de la transición democrática hasta los días de hoy⁴⁰, lo decisivo está en destacar que tanto en Brasil como en España los Códigos Penales establecen la exención de responsabilidad criminal al menor de dieciocho años, y determinan una responsabilidad con arreglo a una legislación especial. Tomando las palabras de Silva Sánchez, ambos países adoptan los dieciocho años como frontera de la culpabilidad plena o de responsabilidad penal plena⁴¹.

Pese a la igualdad en el establecimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años, hay diferencias importantes entre el modelo español y el brasileño, que procuraremos

³⁸ LANDROVE DÍAZ, G. Op. Cit. pág. 38.

³⁹ GARCÍA MÉNDEZ, E. "Infancia, lei e democracia : uma questão de justiça". EN: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMEC*. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinenses, 1998, p.23.

⁴⁰ En España, más que en Brasil, la transición presentó diversos Códigos Penales hasta la adopción del Código de 1995, llamado por algunos sectores como el Texto Penal de la democracia. Y del mismo modo, en dicho periodo la intervención sobre hechos practicados por menores de edad estuvo reglada de distintas maneras hasta la adopción de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de Edad (LORRPM), Ley 5/2000.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Op. Cit. pág. 167.

discutir a continuación. El punto de arranque de dicha comparación está en la verificación de dispositivos y principios en la legislación brasileña que no lograron superar de forma definitiva la lógica correccional.

2. La herencia del correccionalismo en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad

Para desarrollar el análisis de los principales indicios de la manutención de la lógica tutelar en el modelo de regulación de justicia juvenil brasileño elegiremos tres de las cinco principales características de los modelos de protección: a) la negación de su naturaleza penal; b) la indeterminación de las medidas aplicables; y c) el rechazo del criterio de imputabilidad.

2.1. Negación de la naturaleza penal

Como hemos dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina brasileña rechaza la naturaleza penal del modelo de justicia introducido por la Ley 8.068 /90. Algunos autores como Paulo Afonso Garrido de Paula, proponen que el Derecho del Niño derivado de la legislación mencionada configura un Derecho Mixto, entre el derecho público y el privado⁴². El autor defiende su posición a partir de la definición del Derecho del Niño como la disciplina de las relaciones jurídicas entre, de un lado, niños y adolescentes y, de otro, familia, sociedad y Estado. Y de eso resulta su concepto de un Derecho Socio-Individual.

Creemos que tal concepción incurre en el equívoco de confundir todo el Sistema de Garantías y Derechos que el Estatuto del Niño establece con la materia relativa a la responsabilización ante la comisión de infracciones penales. Es decir, la legislación brasileña no se reduce a las medidas aplicables cuando un menor de edad comete un delito. Ésta comprende todas las especies de políticas y programas dirigidos a la infancia y juventud. No se trata de una Ley de responsabilidad únicamente, y dada su trascendencia muchos acaban por confundir las distintas materias que la integran.

En nuestra perspectiva, el Derecho Penal Juvenil presente en el texto del Estatuto del Niño es la *Ultima Ratio* del Sistema de Justicia de la Infancia y Juventud. Su carácter fragmentario se verifica por su incidencia restringida a los hechos tipificados como delitos, llamados en la ley infracciones, que a su vez, igual que los tipos penales, tienen por objetivo la protección de bienes jurídicos. Además, el carácter subsidiario de la materia penal se ve reforzado por la existencia de tres segmentos de políticas públicas destinadas a los niños y adolescentes: políticas sociales básicas, políticas protectoras y las políticas socioeducativas.

⁴² PAULA, PAULO AFONSO GARRIDO DE. *Direito da criança e do adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Como nos enseña Claus Roxin, lo que diferencia el Derecho Penal del Derecho Civil es que mientras el segundo esta regido por el principio de equiparación, el Derecho Penal se basa en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal). De esa manera el Derecho Penal es parte integrante del Derecho Público⁴³. Tomando las lecciones del penalista alemán, parece evidente que la materia correspondiente a la imposición de medidas sancionadoras a menores de edad cuando hayan cometido un delito se refiere al Derecho Penal. El propio Roxin nos advierte que el Derecho Penal Juvenil se convierte en un campo del Derecho propio no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor⁴⁴.

Otra forma de detectar la presencia del Derecho Penal en la intervención estatal ante la delincuencia juvenil atiende, de un lado los presupuestos de la intervención, y de otro sus consecuencias. Carmen Gómez Rivero nos aclara que *“los presupuestos de la intervención penal, de un lado, y las consecuencias que se anudan al delito, de otro, representan, en efecto, los dos extremos que marcan el principio y fin de un figurado trayecto con el que pudiera simbolizarse la presencia del Derecho Penal”*⁴⁵.

Si tomamos en cuenta que los comportamientos prohibidos para los menores de edad equivalen a la misma selección de conductas existente en los delitos de los adultos, es decir, que en general las legislaciones en materia de menores, como el caso español y brasileño, adoptan una técnica de *tipificación delegada*, o sea, hacen una remisión en bloque a lo que se considera delictivo para los adultos, confirmamos que los presupuestos de la intervención son exactamente iguales a los de los adultos.

En lo que se refiere a las consecuencias, aunque revestidas por un contenido educativo, las medidas aplicables resultan en la restricción de derechos e incluso en la privación de libertad, acercándose a las penas tradicionales.

En suma, no nos parece razonable negar la naturaleza penal de la regulación de menores. El modelo español asume el carácter penal de la materia especialmente por lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LORRPM 5/2000: *“Es formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”*.

En sentido contrario, el Estatuto del Niño deja abierta la cuestión, dejando también espacio a la mantención de interpretaciones tutelares acerca de sus finalidades. El no reconocimiento del carácter penal de las medidas y de los procedimientos es de plano el primer obstáculo para la consolidación de un modelo de responsabilidad en Brasil.

⁴³ ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones. Madrid. 1997. pág.43.

⁴⁴ ROXIN, C. Op. Cit. pág. 46.

⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, M^{ca}. “La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”. EN: Revista Penal. N°9. Editora La Ley. 2002.

2.2. Indeterminación de las medidas

Como vimos anteriormente, una de las características del modelo tutelar o de protección es la indeterminación de las medidas aplicables. Indeterminación ésta que se sustenta por el carácter medicinal o terapéutico de la intervención judicial. Como describe Andrés Ibáñez, la función de los tribunales de menores en el modelo tutelar nada tiene que ver con la expiación de los delitos ni con la satisfacción de la venganza pública, y en esto radica el fundamento del carácter indeterminado y abierto de las decisiones, cuya duración y posterior evolución de su aplicación no fue prevista en el momento de su adopción⁴⁶.

Además, el menor es considerado más como un enfermo que como un culpable a castigar. La medida impuesta debe penetrar sobre su alma, para lograr su arrepentimiento y luego su enmienda o corrección.

Es precisamente lo que se observa de las disposiciones del Estatuto del Niño y del Adolescente, es decir, de la ley brasileña. Es el artículo 112 de la Ley 8.069/90 el que define las medidas:

“Verificada la comisión de una infracción, la autoridad competente podrá aplicar al adolescente las siguientes medidas: advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, inserción en régimen de semilibertad e internamiento en establecimiento educacional”.

Salvo las medidas de advertencia y reparación del daño que *per se* son ejecutables, las demás medidas de prestación de servicios a la comunidad, semilibertad e internamiento no poseen plazo determinado. Lo máximo que el legislador define son topos, es decir, la prestación de servicios a la comunidad no podrá exceder seis meses de duración⁴⁷ y las medidas privativas de libertad, o sea semilibertad e internamiento, no excederán tres años. El párrafo 2° del artículo 120 dispone que la semilibertad no comporta plazo determinado, valiéndose las mismas reglas de la medida de internamiento para su ejecución. El internamiento, a su vez, está reglado por los artículos 122 y siguientes que establecen:

“El internamiento constituye medida privativa de la libertad, sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respecto a la condición peculiar de persona en desarrollo del menor.

§ 2° – La medida no comporta plazo determinado, debiendo su mantención ser reevaluada, mediante decisión fundamentada, al máximo a cada seis meses.

§ 3° – En ninguna hipótesis el período máximo de internamiento excederá tres años.”

Ya la medida de libertad asistida, según los artículos 118 y 119 del Estatuto, debe tener un plazo fijado por el juez, que mínimo será de seis meses.

⁴⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág. 215.

⁴⁷ Artículo 114 de la Ley 8.069/90.

Lo que es importante observar es que la duración de la mayoría de las medidas en el sistema brasileño no se define por la autoridad judicial y sí a lo largo de la ejecución a partir de una evaluación de las ciencias auxiliares de la justicia, o sea, la psicología, el trabajo social y en algunos casos la psiquiatría. En este aspecto el modelo brasileño se diferencia y se aleja del modelo español en el cual el juez determina en la sentencia la duración de la medida obedeciendo los topes legales.

En efecto, la Ley 5/2000 establece distintos topes conforme tres grandes tramos de edad de los destinatarios de las medidas. El primero, de catorce a dieciséis años, sólo admite que las medidas tengan una duración máxima de dos años. El segundo, de dieciséis a dieciocho, admite un plazo de duración máximo de cinco años cuando el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas. Ya en los supuestos de extrema gravedad podrá imponérsele una medida de internamiento en régimen cerrado, de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta otros cinco años. Por último, con respecto al tercer tramo, mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, podrá aplicársele de forma excepcional la Ley⁴⁸.

Además, el juez fija en la sentencia la duración temporal de las medidas considerando las circunstancias concretas del caso. Así dispone el artículo 7.3. de la LORRPM 5/2000:

“Para la elección de la medida adecuada tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...). El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

Marcada la diferencia con el modelo español, entendemos que la indeterminación de las medidas es una más de las trabas para la configuración de un modelo de responsabilidad en el sistema brasileño. El hecho de que la duración de las medidas sea condicionada a una evaluación por psicólogos o psiquiatras resucita la idea de tratamiento. Además, la indeterminación de la duración temporal de las medidas permite aún una revisión, incluso *in peius*.

Esto pone de manifiesto lo que Roca destacaba como característica del modelo tutelar: “la ventaja de ahorrar trabajo para acomodar la cantidad y calidad de la pena a la importancia del delito, y la segunda, la atención de los jueces en la persona del autor, la búsqueda de los medios para lograr su arrepentimiento y luego su enmienda y corrección”⁴⁹.

⁴⁸ Vid, artículos 4, 9.3 y 9.4 de la Ley 5/2000.

⁴⁹ Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Op. Cit. pág. 221.

Los dispositivos correccionales se dirigen, por lo tanto, a la modificación del sujeto, a la modificación de su conciencia y menos al reproche del hecho delictivo. Esto también se observa por la falta de proporcionalidad en las respuestas, los topes extremadamente genéricos de la ley brasileña permiten que dos hechos totalmente distintos en términos de gravedad sean respondidos por una misma medida con la misma duración⁵⁰. Vale decir que la duración vinculada al juicio sobre las condiciones morales y sociales del menor puede incluso ser mayor en hechos menos graves, tomando en cuenta el comportamiento del adolescente a lo largo de la ejecución.

2.3. Rechazo a la imputabilidad

El tercer aspecto a ser analizado consiste en la negación de la imputabilidad a los menores de edad. Como ya mencionamos, el modelo de regulación de justicia juvenil en Brasil parte de la Constitución democrática de 1988 y del Código Penal reformado en 1984. La Constitución en su artículo 228 establece que:

“Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, sujetos a las normas de la legislación especial.”

La norma constitucional, por lo tanto, ha reforzado la regla del artículo 27 del Código Penal de 1940 que adopta, desde entonces, la presunción absoluta de inimputabilidad a los menores de 18 años. El Estatuto del Niño y del Adolescente, a su vez, diferencia el niño del adolescente⁵¹ en su artículo 2º para a continuación declarar la inimputabilidad de los menores de 18 años, que son sometidos a sus medidas⁵².

La doctrina penal mayoritaria brasileña define la inimputabilidad penal por razón de edad como resultado de una incapacidad del menor derivada de la falta de condiciones personales mínimas de desarrollo biológico y salud psíquica. Es más, añaden que el menor de dieciocho años no posee el desarrollo biopsicológico y social necesario para comprender la naturaleza criminal de sus actos o para determinar su comportamiento conforme dicha comprensión⁵³.

Esta quizá sea la más importante diferencia con el modelo de regulación español pues, como enseña Gómez Rivero, el punto de partida del modelo de responsabilidad es el reconocimiento de la imputabilidad del menor, aunque disminuida, y por ello, de la posibilidad de diseñar un régimen de responsabilidad penal⁵⁴.

⁵⁰ Es lo que se observa en los casos de delitos contra la vida y supuestos de tráfico de drogas. Los dos tipos de hechos delictivos resultan con frecuencia en la medida de internamiento que no excederá tres años, y que a su vez tendrá su duración condicionada al comportamiento del menor a lo largo de la ejecución. El autor de tráfico de drogas puede permanecer internado por más tiempo que un joven autor de un homicidio.

⁵¹ “Considérase niño, para los efectos de esta Ley, la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente aquella entre doce y dieciocho años de edad. Párrafo único – En los expresos en esta Ley podrá aplicarse excepcionalmente a las personas entre dieciocho y veintiún años de edad.” (artículo 2º del Estatuto del Niño y del Adolescente).

⁵² “Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, sujetos a las medidas previstas en esta Ley. Párrafo único – Para los efectos de esta Ley, debe ser considerada la edad del adolescente a la fecha del hecho” (artículo 104 del Estatuto del Niño y del Adolescente).

⁵³ CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível* 4ª edición. Editora Lúmen Júris Curitiba. 2005, pág. 213.

⁵⁴ GÓMEZ RIVERO. M^ºC. Op. Cit. pág. 4.

Muñoz Conde añade que el sistema español se caracteriza como “un sistema específico de responsabilidad penal para los menores de dieciocho años y mayores de catorce años que combina razones de carácter psicopedagógico con criterios de imputabilidad y de prevención especial de finalidad predominantemente educativa”⁵⁵.

Para este autor la imputabilidad es resultado de un proceso de socialización en el cual el individuo va desarrollando una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas, es decir, actuar motivado por las normas jurídicas y por todo el entramado de normas sociales que constituyen los sistemas de control social, formal e informal. De esa manera, el menor de catorce a dieciocho años es imputable, porque posee una responsabilidad peculiar. En definitiva, tomando las lecciones de Muñoz Conde, podemos comprender la imputabilidad como un largo proceso de socialización que se inicia desde el nacimiento y se continúa durante toda la vida con la internalización de las diversas exigencias normativas sociales y jurídicas. Otra muestra de que los menores de catorce a dieciocho años son imputables en el sistema español es la posibilidad de que su imputabilidad sea excluida con arreglo al artículo 5,2 de la LORRPM 5/2000, o sea, cuando se verifica alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad.

El rechazo a la imputabilidad de los menores de dieciocho años en el modelo brasileño parece ser el signo más fuerte de la permanencia de una lógica tutelar en el sistema. Advierte Bustos Ramírez que cuando la fórmula de la imputabilidad está reducida a los momentos cognitivo y volitivo, es decir, a las capacidades de conocer y actuar conforme a tal conocimiento —como es el caso del concepto que se maneja en Brasil— sin considerar otros elementos como la afectividad, el joven aparece como alguien que no está dotado de estas características. Además esto justifica cualquier intervención del Estado, pues el joven aparece estigmatizado desde el principio y, por tanto, sujeto a la tutela del Estado y de la sociedad⁵⁶.

De acuerdo con dicha comprensión no se reconoce a los menores de edad la capacidad de motivabilidad, es decir, la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas unida a otras como afectividad e inteligencia⁵⁷.

Como advierte Mary Beloff, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen de manera específica. La responsabilidad es justamente el punto de partida del abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es consecuencia del derecho a ser como es, y también del derecho a ser responsable por lo que hace. En efecto, en el marco de la Convención, ser sujeto de derechos significa que niños y adolescentes son titulares de los mismos derechos de que gozan todas las personas y más derechos específicos que resultan de la condición de persona que está

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal – Parte General*. 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2004. pág. 367.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J. “Imputabilidad y Edad penal”. EN: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona*. – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. 1989. pág. 472.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. Op. Cit. pág. 368.

creciendo, en desarrollo. Ni media persona, ni persona incompleta, menos aún incapaz, simplemente se trata de una persona que está en fase de intenso desarrollo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento⁵⁸.

Un verdadero modelo de responsabilidad no puede prescindir de esta comprensión, como condición necesaria al diseño de una responsabilidad específica de menores de edad. Aquí reside el principal desafío al sistema de regulación de justicia juvenil brasileño.

3. Consideraciones finales

El intento de discutir el modelo de regulación de Justicia Juvenil brasileño a la luz del modelo español, y también a partir de las distintas etapas clasificatorias del Derecho Penal Juvenil, permite observar que pese a los esfuerzos de superación del modelo tutelar o de protección, el sistema todavía se encuentra manchado por la ideología del tratamiento.

El Estatuto del Niño y del Adolescente no se reconoce como una Ley Penal en razón de contemplar no sólo la materia correspondiente a la comisión de hechos delictivos por menores de edad y sus consecuencias, sino también todas las especies de políticas dirigidas a la infancia y juventud.

Creemos que esta es la primera dificultad para la configuración de un auténtico modelo de responsabilidad en Brasil. Es decir, la trascendencia de la Ley dificulta que el sistema de imposición de consecuencias jurídicas a los menores y su atribución de responsabilidad sea nombrado como penal.

No sólo un fraude de etiquetas da lugar a distorsiones, pero sobre todo la falta de una elaboración teórica y doctrinaria más consistente acerca del concepto de imputabilidad aplicado a los menores de edad. La ausencia del estudio de una culpabilidad específica a ser reconocida para los menores permite que la intervención siga marcada por inmensa arbitrariedad e inseguridad jurídica. Además, el tratamiento a situaciones dispares de forma generalizada favorece aun que la opinión pública experimente la delincuencia juvenil como uno de los problemas más graves y sin solución⁵⁹.

La combinación de estos tres aspectos, la negación de la naturaleza penal del sistema, la indeterminación de las medidas y el rechazo al criterio de la imputabilidad, sin mencionar la ausencia de las garantías procesales y el amplio arbitrio judicial que también son observables

⁵⁸ BELOFF, M. "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos". EN: *Revista Justicia y Derechos del Niño*. N° 02. UNICEF. Buenos Aires. 2001. pág. 140.

⁵⁹ Como destaca Norbert Lechner, un adolescente infractor representa en el imaginario colectivo el portador del mal, el portador de la violencia. El autor precisamente discute las reacciones a la violencia y a la delincuencia, señalando su dimensión como reflejo de los miedos ocultos o interiores de una sociedad. Él pondera que probablemente ninguna representación del imaginario colectivo sea tan funcional como la interpretación de la delincuencia juvenil, que resulta emblemática - por su irracionalidad. El impacto social de los hechos delictivos cometidos por adolescentes y su fuerte repercusión pública, que en muchas ocasiones excede los marcos de proporcionalidad en relación a la preocupación con la criminalidad adulta, a la corrupción, al comercio ilícito de drogas y otras expresiones de violencia que afectan nuestra sociedad puede encontrar una explicación en la falta de discusión de las reales causas de la violencia y también, por qué no decir, en la búsqueda de un chivo expiatorio. (LECHNER, N. *Los Patios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª edición. Fondo de Cultura Económica. DF/México. 1995.)

en el modelo brasileño, pone de manifiesto la ambigüedad de la Ley 8.069/90 que, pese a que esté ubicada en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, no logró superar de forma satisfactoria la herencia del correccionalismo, como procuramos discutir.

Nos parece necesario que la doctrina brasileña enfrente estos temas en el diseño del modelo de regulación de justicia juvenil como condición para su sustentación en un Estado Social Democrático y de Derecho. La manutención de las viejas prácticas y concepciones puede ocultar la maximización del control. El pretexto de la protección puede, en definitiva, servir a un modelo maximizado de Derecho penal juvenil, desformalizado en lo que respecta a la imposición de las consecuencias jurídicas y altamente inflexible en su ejecución.

Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "El Sistema Tutelar de Menores como reacción penal reforzada". EN: *Psicología Social y Sistema Penal*, compilado por F. JIMENEZ BURILLO y M. CLEMENTE, Madrid, 1986, pág. 210.

BELOFF, M. "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos". EN: *Revista Justicia y Derechos del Niño*. N° 02. UNICEF. Buenos Aires. 2001.

BUSTOS RAMIREZ, J. "Imputabilidad y Edad penal". EN: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona. – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. 1989.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. 1994.

CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível* 4ª edición. Editora Lúmen Júris Curitiba. 2005.

CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Librería Bosch, Barcelona, 1926.

DONIZETI LIBERATI, W. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DORADO MONTERO, P. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. (Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

FRASSETO, F. A. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Belém/ Pará: Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 2001

GARCÍA MENDEZ, E. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

GÓMEZ RIVERO, MªC. "La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000". EN: *Revista Penal*. N°9. Editora La Ley. 2002.

HIGUERA GUIMERÁ, J. *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONCEA, J. *Derecho Penal conforme al Código penal de 1928. Parte General*, t.I, Madrid, 1929.

LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. pág. 34.

LECHNER, N. *Los Patios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª edición. Fondo de Cultura Económica. DF/México. 1995.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal – Parte General*. 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2004.

ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones. Madrid. 1997.

SARAIVA, J.B.C. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*, Brasília, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. José Maria Bosch Editor. Barcelona, 1997. pág 166.

TUTT, N. “Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia”. EN *RIPCrim.*, n°39 y 40, (volumen doble), Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. (editores) *Derecho Penal Juvenil* Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

_____ *Delincuencia Juvenil- consideraciones penales y criminológicas*. Editorial Comex, Madrid, 2003.

VENTAS SASTRE, Rosa en “*Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 2002.

VOLPI, M. & SARAIVA, J. B. C. *O adolescente e a Lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

VOLPI, M. *Sem liberdades e sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Cortez, 2001.