

Infancia

¿Hacia dónde van sus derechos?

Emilio García Méndez


edicionesDidot

ÍNDICE

Nota a la presente edición	9
Por Analía Ploskenos	

Introducción: ¿Hacia dónde van los derechos de la infancia en América latina?: la responsabilidad penal juvenil en la encrucijada	11
Por Emilio García Méndez	

PRIMERA PARTE

“Para una Historia del Control Socio-Penal de la Infancia”

I. Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias	35
II. Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social	51
III. Política de la infancia-adolescencia en América Latina: Estado, movimiento social y modelo jurídico-institucional	79
IV. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos	91
V. Bases para una reconstrucción-deconstrucción histórica de las prácticas de privación de libertad de la infancia-adolescencia	105

SEGUNDA PARTE

“El Control Socio-Penal de la Infancia en América Latina”

VI. El nuevo Estatuto del niño y del adolescente en Brasil. De la situación irregular a la protección integral: una visión latinoamericana	119
VII. Brasil: de infancias y violencias	129
VIII. Adolescentes infractores graves en el Brasil: sistema de justicia y política de atención	139
IX. Infancia y adolescencia en la Argentina actual: pautas político-jurídicas para la reforma legislativa	159

X. El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas	177
XI. La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía	193
XII. La doble crisis del ECA: la seguridad ciudadana y el debate actual sobre el tipo de responsabilidad de los adolescentes	215
XIII. Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano	223
XIV. Derecho y crisis: el caso argentino	237

TERCERA PARTE

“Seguridad Ciudadana y Derechos Fundamentales en políticas para la infancia y la adolescencia”

XV. Adolescentes infractores de la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales	247
XVI. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia	267
XVII. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las políticas públicas	291
XVIII. Derechos humanos: origen, sentido y futuro. Reflexiones para una nueva agenda	303
XIX. Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina	317
XX. De las relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009)	339
XXI. La privación de libertad como forma de “protección” de la infancia: un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad	361
XXII. La defensa jurídica y la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia	373

NOTA A LA PRESENTE EDICIÓN

Han pasado más de diez años desde la última edición en que se publicó un número significativo de artículos de Emilio García Méndez.

Esta vez y bajo el título *Infancia: ¿Hacia donde van sus derechos?*, se han reunido prácticamente la totalidad de sus artículos vinculados a esta temática.

Esta nueva edición pretende dar cuenta de las vicisitudes y transformaciones que afectaron los derechos de la infancia en estos últimos años.

Se ofrecen aquí al lector, no solo nuevos y recientes textos, sino también una estructura dinámica y una lógica segmentada de los mismos, que dividen la obra en tres grandes apartados.

Se ha privilegiado esta forma de organización no solo para agilizar su lectura, sino también para favorecer una visión pedagógica de la historia del control social de la infancia, cuestión vertebral que recorre la tradición de los derechos infanto-juveniles, particularmente en América Latina.

Para comenzar, Emilio García Méndez ofrece en la Introducción un artículo inédito que pretende dar cuenta de la situación actual de la cuestión de la infancia en la región. El aspecto penal, por un lado, y la situación específica de Argentina y Uruguay, por el otro, representan lo que el autor denomina los temas emblemáticos de la infancia en la coyuntura actual: la cuestión de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Luego, una primera parte reflejará la historia del control socio-penal de la infancia, donde el autor revisa los mecanismos formales del control social de la niñez, desde la prehistoria hasta la actualidad. Como eje crítico de este bloque de artículos, se comienza con las primeras legislaciones que se ocuparon de los niños categorizados como “menores”, para aproximarnos a la construcción de la doctrina de la situación irregular, como forma jurídico-social de compasión-represión.

Los artículos posteriores muestran la increíble vitalidad y pervivencia de una ideología tutelar que nadie encarna mejor hoy que el confuso y contradictorio movimiento denominado “neomenorismo”. Este movimiento, representa la posición de aquellos que habiendo participado de los procesos originales de reformas jurídicas e institucionales desatados por la Convención de los Derechos del Niño a partir de 1989, han entendido posteriormente —casi siempre defendiendo intereses corporativos— que se estaba yendo demasiado rápido o demasiado lejos en la consideración de los niños como verdaderos sujetos de derechos.

En la segunda parte, el hilo conductor se desarrolla a partir de los orígenes de las legislaciones en materia de infancia en América Latina, especialmente con el nacimiento de la primera ley de protección integral de derechos de los niños de la región, adecuada sustancialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño: el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Luego, se recorrerán las tendencias y perspectivas *progresivas y regresivas* en materia de trabajo infantil y sistemas de responsabilidad penal juvenil, especialmente.

La tercera parte del libro explora un nuevo enfoque de la seguridad ciudadana y los derechos fundamentales, reflejado en las políticas para la infancia y adolescencia.

Gran parte de estos artículos representan la tensión entre el diseño de las políticas públicas que atienden la cuestión social de la infancia, desde una visión paternalista y a la vez represiva, en contraposición a derechos fundamentales consagrados en un Estado democrático de derecho *en principio* para todos los ciudadanos. Decimos en principio, porque el autor nos muestra como en parte importante de los países de América Latina y el Caribe, los menores de dieciocho años son aún considerados y tratados como ciudadanos de segunda categoría. Una parte esencial de este apartado distingue la revisión, con sus luces y sombras, de los veinte años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A Emilio García Méndez le gusta parafrasear a un brillante y desconocido, en el resto de América Latina, dramaturgo y periodista brasileño llamado Nelson Rodrigues, diciendo que lo que da al hombre un mínimo de coherencia interna es sólo la suma de sus obsesiones. Pues bien, en esta obra se encuentran reflejadas todas las obsesiones de García Méndez, y en esto el lector no se verá defraudado.

Así es como en este libro se entrecruzan las convicciones y tensiones de un hombre apegado a un Estado democrático de derecho, que permanentemente pone en evidencia la postergación histórica de los derechos fundamentales de uno de los colectivos más vulnerables y vulnerados de la historia: los niños, niñas y adolescentes.

Con estas breves líneas, animamos a la lectura de este libro, de gran contenido crítico, académico e histórico, realizado por un autor que ha sido pionero en la historia de los derechos de la infancia y la adolescencia en América Latina.

Anaía V. Ploskenos, febrero de 2017

INTRODUCCIÓN

¿Hacia dónde van los derechos de la infancia en América Latina?: la responsabilidad penal juvenil en la encrucijada

1. La premisa

Han pasado casi diez años desde la última edición de *Infancia: de los derechos y de la justicia*¹. Reunir hoy artículos dispersos, publicados en diversos tipos de medios durante el lapso posterior de ese tiempo hasta el presente es ya una forma de balance sobre el estado de los derechos de la infancia en América latina. También lo he hecho en forma explícita².

Tengo la impresión, que bajo la marea arrolladora de lo “políticamente correcto”, también la cuestión de la infancia ha perdido espesor y densidad. En el contexto de las reflexiones sobre la infancia, los discursos laudatorios de ocasión han adquirido cierta exclusividad y parecen en vías de convertirse en culturalmente hegemónicos.

La condición jurídica de la infancia no solo está amenazada por las condiciones materiales, también lo está por la banalidad de los enfoques predominantes. Hasta la década de los ochenta, esta tarea estuvo en manos del “menorismo” tradicional. Hoy, de su continuación jurídico-cultural: el “neomenorismo” en sus múltiples versiones.

Es decir, de aquellos que, después de la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), piensan que se ha ido demasiado lejos o demasiado rápido en considerar a los niños como sujetos de derechos y han contribuido notablemente a la superficialidad, tanto de las prácticas, cuanto de los estudios sobre la infancia.

Conceptos vacíos o mejor dicho, abstractamente pertinentes pero vaciados de cualquier potencialidad explicativa, tienden a sustituir a las reflexiones más serias.

¹ Emilio García Méndez, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2014.

² El último texto que he escrito con estas características de balance, está incluido en este libro, se trata de “De las relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009)”.

El uso de expresiones que, parafraseando un texto de *Borges*, “no convencen a nadie, aunque no admiten ninguna réplica”, está a la orden del día.

La superficialidad que se esconde tras uno de los conceptos preferidos de lo políticamente correcto, cual es el concepto de “equidad” aplicado a la infancia, constituye una patética evidencia. El vaciamiento sistemático de este y otros conceptos, en sí importantes y pertinentes, no es obra de la casualidad.

La consigna es relativamente simple, que nada se comprenda realmente con tal que nadie se sienta ofendido. Se trata, tal vez, para algunos, de desarrollar una siempre presente e irrefrenable vocación por la intrascendencia.

El problema, más allá del vacío que estas posiciones representan, es que la falta, no ya de credibilidad sino de convicción de sus propios autores (a muchos de los cuales la máscara les ha quedado adherida al rostro) resulta inocultable. Hipocresías de pésima calidad.

Por eso, tal como lo sugiere Bertolt Brecht, “cuando la hipocresía es de baja calidad, es mejor decir la verdad”. Esta y no otra, es la premisa que anima este breve texto que, por otra parte, pretende constituirse no solo en la introducción de esta nueva colección de artículos dispersos, sino al mismo tiempo en disparador de futuros y necesarios debates.

2. Los temas emblemáticos

Desde hace mucho tiempo sostengo que la cuestión de la infancia en América Latina se encuentra atravesada por la existencia de temas que, a falta de mejor nombre, quisiera denominar emblemáticos.

Entiendo simplemente aquí por temas emblemáticos, aquellos que, en una determinada coyuntura histórica, poseen la capacidad de sintetizar cuestiones mucho más amplias.

De este modo, la década de los ochenta del siglo pasado se representa por ser el tiempo de los “niños de la calle”³. Dicho de otra forma, me parece posible afirmar que en dicha época si alguien expresaba su pensamiento sobre esta cuestión específica, su interlocutor podía deducir con cierta facilidad el resto de su pensamiento: sobre la política social en particular y más aún, sobre la política en general.

³ La mejor reflexión sobre el tema que, a pesar del paso del tiempo no ha perdido un ápice de su vitalidad explicativa lo constituye el texto de Antonio Carlos Gomes da Costa, *Vida, pasión y muerte de los niños de la calle*, editado por la oficina de Unicef Argentina, Buenos Aires, 1997.

Brasil y Colombia, constituían, por razones que exceden este análisis, el epicentro geográfico de este tema y por ende el lugar privilegiado de su desarrollo cultural. De estos dos países provienen la mayoría de los, por otra parte pobrísimos, textos sobre la infancia de dicho periodo⁴.

Más allá de una retórica entre inflamada y lastimosa predominan en general durante esa época, “historias de vida” destinadas a recaudar fondos en el contexto de lo que Eduardo Bustelo denominaba con lucidez e ironía, “el mercado de la piedad”⁵.

A contrapelo de esta tendencia, el desafío que se planteó de la mano de la Convención de los Derechos del Niño y de los procesos de reformas que la misma desató, consistió en emprender la difícil tarea de reconstruir la historia crítica de las normas y las instituciones que dieron origen a dichas “historias de vida”.

Los verdaderos y más graves problemas de la infancia en América Latina, han sido invariablemente resultado de pensadas catástrofes políticas y no de fortuitas catástrofes naturales.

La década del noventa produjo una importante mudanza del tema emblemático de la infancia. En este periodo, la preocupación por el trabajo infantil sustituyó a la cuestión de los “niños de la calle”. Esta vez, el epicentro geográfico se desplazó hacia países como Perú, Bolivia y Paraguay.

Paradójicamente, por razones muy diversas, un pseudo progresismo delirante coincidía objetivamente con los sectores más recalcitrantemente retrógrados desde el punto de vista político y social, en el hecho de que los niños (aun de corta edad) debían trabajar. Para los primeros, para que de este modo se construyeran como sujetos “sociales”, para los segundos para que simplemente, dejaran de robar.

El cono sur, por el recuerdo de la escuela pública en el imaginario colectivo histórico y el Brasil por la promesa de lo que se estaba recuperando, permanecieron muy lejos de este delirio cultural.

Esto sirve, dicho sea de paso, para demostrar la complicada relación que, en los temas de infancia también, se establece entre política e ideología.

⁴ Los textos pioneros de Edson Seda y Antonio Carlos Gomes da Costa del Brasil de dicho periodo y fácilmente ubicables en internet, constituyen una notable excepción a lo que aquí se afirma. Por todos ellos, cfr. especialmente, Edson Seda, “Evolución del derecho brasileño del niño y el adolescente” y Antonio Carlos Gomes da Costa, “Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente”, en *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992 (Emilio García Méndez y Elías Carranza comp., pp. 115-130 y pp. 131-153 respectivamente).

⁵ Esta frase es de Eduardo Bustelo, recientemente fallecido. Solía emplearla con cierta frecuencia en nuestras conversaciones *sobre estos temas*.

Estamos hoy, sin embargo, entrados en el siglo XXI y nuevamente, ha habido un cambio importante en el contenido del tema representativo. En estos días el tema emblemático por excelencia parece ser, el de los adolescentes en conflicto con la ley.

Ahora bien, ¿por qué poner esta cuestión específica a propósito de una nueva edición actualizada de un libro que trata de los derechos de la infancia en general y no de la cuestión penal juvenil exclusivamente?

La respuesta está dada mucho más por la experiencia concreta que por alguna especulación de orden filosófico.

Sobran ejemplos para afirmar que, a pesar de su dimensión cuantitativa reducida, la cuestión de los adolescentes en conflicto con la ley, posee un carácter contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales. Descubrir tendencias y analizar comportamientos políticos en este campo, constituye uno de los termómetros más sensibles para entender la dimensión política de la cuestión social en América Latina.

Entender hoy las vicisitudes y tendencias de la cuestión penal juvenil, constituye, a mi juicio, un elemento decisivo para tratar de comprender hacia dónde van los derechos de la infancia en América Latina.

3. El difícil equilibrio

La historia de los derechos de la infancia es terca en mostrar que toda transformación, en este caso jurídico e institucional, positiva que no marche en el sentido de los intereses corporativos, se encuentra sometida a enormes presiones y a amenazas de retrocesos. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil (SRPJ) en América Latina, constituyen un ejemplo de manual de estas tendencias.

Desde el momento mismo de su creación, estos sistemas se encontraron sometidos a una doble y heterogénea presión: de un lado por los partidarios de la “mano dura” para los cuales, aun en condiciones ideales de funcionamiento, los SRPJ resultan demasiado blandos para enfrentar a la siempre sobrevaluada criminalidad de los menores y del otro, por parte de un “progresismo” tutelarista que los considera *a priori* demasiado duros para enfrentar a los siempre subvaluados hechos delictivos atribuidos a los menores de edad.

Hechos, por otra parte, invariablemente remitidos, en forma casi siempre automática y nebulosa, a vagas condiciones estructurales.

Darle a este problema su justa dimensión, empezando por lo cuantitativo, se convierte de hecho en la base inevitable e imprescindible para debatir seriamente sobre el estado actual de los derechos de la infancia.

En América Latina, la existencia de información cuantitativa confiable sobre estos temas, aunque no es condición suficiente para nada, resulta al mismo tiempo absolutamente imprescindible para empezar a discutir con profundidad y fundamento los derechos de la infancia.

En este sentido, el número de los privados de libertad en un país o provincia, sin constituir ninguna prueba irrefutable o concluyente, constituye un indicador interesante de tendencia que bastante dice acerca del enfoque que todo Estado democrático de derecho adopta frente a una cuestión compleja que involucra a los tres poderes que lo constituyen.

En otras palabras, el número relativo de los privados de libertad en un país, permite en principio establecer si el sistema penal juvenil se utiliza, legítimamente, como una respuesta seria del Estado a los delitos graves que cometen los menores de edad (tal como lo dispone la Convención) o, si por el contrario, la privación de libertad se utiliza como una forma de “política social reforzada” para enfrentar, erróneamente, uno de los más graves problemas sociales contemporáneos: los adolescentes pobres que, especialmente en las periferias urbanas, no estudian ni trabajan.

Solo a modo de ejemplo, considérese que según datos actuales, fehacientes y comprobables la Provincia de Santa Fe (en Argentina) con una población aproximada de 3.200.736, (según el censo de 2010) personas, tenía, para el mes de marzo de 2013, un total absoluto de 57 menores de edad privados de libertad⁶.

Uruguay, con un número solo ligeramente superior de habitantes y con una población más envejecida, poseía para el mismo periodo un número de privados de libertad que superaba largamente los 500⁷.

⁶ Estos datos han sido proporcionados en forma oficial por el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Santa Fe. En cuanto a la información cuantitativa sobre adolescentes privados de libertad en Argentina, véase particularmente la nota 9 de este texto.

⁷ Uruguay en esta materia se caracteriza justamente por la existencia, más allá de las polémicas, de esfuerzos notables en torno a la determinación de la dimensión cuantitativa de los privados de libertad, tanto por parte del gobierno, cuanto por parte de la sociedad civil. Para el periodo mencionado, la cifra exacta era de 553. Las fuentes que pueden consultarse son: Observatorio de Justicia Penal Juvenil, Fundación Justicia y Derecho – UNICEF. <http://observatoriojudicial.org.uy/contacto/fundacion-justicia-y-derecho/>

Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.gub.uy/estadisticas/134-estadisticas/272-juzgados.html>

Instituto del Niño y el Adolescente, INAU. <http://www.portalsipi.gub.uy>

Costa Rica, país altamente comparable con Uruguay, aunque con más habitantes y una pirámide poblacional mucho más joven, presenta cifras varias veces inferiores a las de Uruguay⁸.

La Argentina, en su conjunto, constituye una verdadera caja negra en la materia. Hace ya muchos años que no existe ninguna cifra oficial sobre el número de menores de edad privados de libertad⁹.

Una complicación adicional, aunque para nada menor, cuando se trata de analizar la cuestión de los derechos de la infancia, surge de la colonización y el vaciamiento de sentido de las palabras que emergen del cambio de paradigma que implica la CIDN y de los procesos que la misma desata.

Hace ya mucho tiempo que las peores prácticas aparecen recubiertas con el “mejor” de los lenguajes. Por eso en este contexto, un componente

⁸ Para una información detallada es importante indicar que, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Costa Rica (INEC), para el año 2000 la población de Costa Rica era de 3.810.179 habitantes y para el año 2011, 4.301.712 habitantes (ver <http://www.inec.go.cr/>).

Mientras que la población privada de libertad menor de edad, es decir entre 12 y menos de 18 años de edad, según las estadísticas oficiales del Ministerio de Justicia y Paz para el año 2001 eran (35), en 2002 (42), en 2003 (38), en 2004 (42), en 2005 (39), en 2006 (30), en 2007 (31), en 2008 (40), en 2009 (54). A partir de este año se inicia una tendencia de crecimiento.; para el año 2010 (88), para el año 2011 (68), mientras que para julio de 2012 (95). El último trimestre de 2013 el promedio es de (70) y para mayo de 2014 (64) (ver <http://www.mjp.go.cr/Informacion/Estadistica.aspx#info>).

⁹ Es de dominio público que desde hace varios años el sistema nacional de estadísticas está seriamente comprometido en Argentina. La poca información disponible en este tema, refleja esta situación. Particularmente, desde el año 2003 en adelante y hasta la fecha, se observa un aumento de la manipulación de las cifras así como la total oscuridad en los procesos de construcción de las mismas.

Según una publicación oficial del año 2008, el número de menores de edad privados de libertad en la Argentina era de 1799. En dicha publicación, sin embargo, no se establecía ninguna desagregación por provincia ni se tomaba en cuenta el hecho de que se tratara de menores de 16 años, considerados normativamente inimputables y no punibles o de mayores de 16, considerados “relativamente imputables”. Estos datos se encuentran en “Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación”, publicación del Ministerio de Desarrollo Social, la Universidad Tres de Febrero y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), Buenos Aires, 2008.

La siguiente publicación oficial sobre el tema, en un contexto de aumento poblacional, de la conflictividad social y de notables incrementos del número de los privados de libertad teniendo en cuenta información fragmentaria y parcial, pero altamente confiable de algunos distritos judiciales de la Provincia de Buenos Aires, consigna un —insólito— descenso del número total de privados de libertad. Así según una publicación oficial del año 2014, el número de los privados de libertad menores de edad había descendido a un total de 1508, de los cuales 142 eran menores de 16 años. Cfr. *Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2012.

fundamental de cualquier debate en la materia debe incluir la lucha por el sentido de las palabras en el peor escenario de lo políticamente correcto¹⁰.

Al volver al punto inicial, la experiencia muestra sobradamente que los intereses corporativos han resultado mucho más fuertes que las ideologías en los extraños alineamientos que en torno a la cuestión penal juvenil se han producido y se siguen produciendo en la región.

La larguísima sobrevivencia de los modelos tutelares inaugurados a comienzos del siglo XX, por un modernismo conservador en lo político y reaccionario en lo social, que se desarrolló bajo la égida del positivismo, y su reencarnación en los actuales movimientos “neomenoristas” basados en el paradigma de la ambigüedad, dan cuenta de ello al mismo tiempo que ponen en evidencia la complejidad de la crisis actual en la materia. Complejidad que, por otra parte, ninguna propuesta superficial de “consenso” en torno a la niñez permite artificialmente reducir.

Los SRPJ, instaurados a partir de la CIDN y de una consiguiente relectura, tan novedosa y crítica cuanto correcta, de las “viejas” garantías constitucionales suponen, entre muchas otras cosas, la incorporación plena de todos los derechos fundamentales que aseguren nada menos que el debido proceso para todos los menores de edad en conflicto con la ley penal.

Este proceso, que es el mismo que el derecho penal moderno desata con la Revolución francesa y más en particular con *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, donde el derecho penal se erige como límite a las pretensiones punitivas ilimitadas del Estado, ha sido torpemente leído por algunos en nuestros países como la “victoria pírrica de los derechos” y más recientemente, con una ironía lamentable, como el de ser sujeto de castigos¹¹.

Nada representa mejor que estos ejemplos, la incapacidad “progresista” latinoamericana para leer el carácter verdaderamente transformador

¹⁰ “Ya en la *Política*, Aristóteles distingue la “Ciudad digna de este nombre” de la ‘Ciudad de las meras palabras’. Así, la ciudad de ‘las meras palabras’ es la ciudad de la demagogia. Este paso está citado y esta observación realizada en Luciano Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 96-97.

¹¹ *Sujeto de castigos. Hacia una sociología del sistema penal*, Rosario, Ed. Homo Sapiens, 2012, con la coordinación editorial de Alcira Daroqui, Ana Laura López y Roberto F. Cipriano García, en coautoría con María del Rosario Bouilly, Julia Pasin, Jimena Andersen, Silvia Guemureman y Agustina Suárez. Un título que es ya todo un programa en la torpe lectura de la normativa constitucional. Se trata de una publicación representativa de posiciones que mientras se autoperceben como progresistas y critican ferozmente cualquier intento de establecer verdaderos sistemas de responsabilidad penal juvenil, conviven sin problemas con la prisión ilegal y sistemática de los menores de 16 años en Argentina.

y positivo de la normativa constitucional que nos rige en democracia. O dicho de otra forma, la ceguera para entender una legalidad como la de la CIDN en consonancia con una perspectiva consecuente de defensa de los derechos humanos tal como, en la materia vinculada específicamente con la responsabilidad penal, lo expresan los artículos 37 y 40 de la misma.

Después de casi un siglo de vigencia de leyes minoristas, resulta lamentable la imposibilidad de algunos actores sociales y jurídicos para entender el sentido y las potencialidades de la legalidad que emana del derecho internacional de los derechos humanos que emerge de la CIDN.

Una medida para entender la dimensión de los cambios que proponen los SRPJ está dada, paradójicamente, como ya se dijo, por el tamaño y la heterogeneidad ideológica de las resistencias que ellos provocan desde el mismo momento de su nacimiento.

Las tensiones presentes en la primera legislación latinoamericana adecuada sustancialmente a la CIDN, el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil de 1990, que ya han sido objeto de múltiples análisis constituyen un buen ejemplo de esta situación¹².

Un cada vez menos sutil hilo conductor parece unir al *retribucionismo hipócrita* de posiciones pan-penalistas (de aquellos que creen que el derecho penal constituye el mejor instrumento para resolver los problemas sociales), con el *paternalismo ingenuo* de extraños abolicionistas criollos (abolicionistas de las garantías pero no de la privación de libertad) que pululan también en nuestros países.

No otro ha sido y es, el punto de encuentro entre ambos, que el rechazo a la consideración de los adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

Una profunda crisis de *implementación* resultado de la negativa a dotar de presupuestos y recursos humanos adecuados a la nueva institucionalidad de los sistemas de responsabilidad penal juvenil, ha potenciado como consecuencia una profunda crisis de *interpretación*. El resultado de esta crisis consiste, en primer lugar, en intentar operar legislaciones de corte garantista, con la discrecionalidad de las viejas leyes de menores¹³.

Es obvio que a esta crisis de implementación han contribuido activamente sus diversos y heterogéneos detractores.

¹² Para el caso concreto de Brasil, cfr. Joao Batista Costa Saraiva, *Compendio de direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 220. Costa Saraiva se refiere aquí muy particularmente a la utilización de la normativa garantista del Estatuto con fines discrecionales y tutelares.

¹³ “La doble crisis del ECA: la seguridad ciudadana y el debate actual sobre el tipo de responsabilidad de los adolescentes”, de este volumen.

4. De una extraña alianza, una extraña propuesta

Un pacto implícito entre la “mano dura” y el “tutelarismo neomejorista”, pareciera perfilarse, en América Latina, en el horizonte de las “soluciones” destinadas a salir de esta doble crisis. Un pacto implícito, con una curiosa sustentación que no es otra que el rechazo de la propuesta contenida en los sistemas de responsabilidad penal juvenil tal como estos fueron inicialmente concebidos.

No importa que este rechazo se deba a la “lenidad” de los SRPJ, para los partidarios de la mano dura, o a su “dureza”, para el caso del neomejorismo. En el fondo, el rechazo a la consideración de los adolescentes como sujetos responsables (que engendran responsabilidad en quien los interpela), constituye el extraño motivo de unión y alianza entre dos perspectivas que se piensan —como se ve erróneamente— en las antípodas.

Una peligrosa tendencia disfrazada de sordo consenso, y que involucra a toda la región de América Latina, parece comenzar a tomar forma: *entregar a los mayores de 16 años al sistema penal de adultos a la par que consolidar la vuelta al más crudo tutelarismo discrecional de la “crueldad bondadosa” para los menores de 16 años.*

En otras palabras, esta peligrosa tendencia regional parece coincidir, en su contenido concreto, con el modelo que la dictadura militar argentina anudó en la materia en 1980 (decreto 22.278 Régimen Penal de la Minoridad), así como con el contenido esencial del fracasado plebiscito en Uruguay.

Téngase presente que precisamente el modelo jurídico que en ambos casos se propone, prevé la entrega al derecho penal de adultos a los mayores de 16 años, así como la discrecionalidad judicial, en el mismo sentido que las viejas leyes de menores, en el tratamiento de los menores de esa edad¹⁴.

¹⁴ El “Régimen Penal de la Minoridad vigente en la Argentina está contenido en el Decreto 22.278 de 1980. Se trata de una norma emanada por la dictadura militar argentina que lleva la firma del genocida Jorge Rafael Videla. Para una información detallada consúltense el mencionado decreto. A grandes rasgos, dispone una distinción jurídica entre los mayores de 16 años y menores de 18 a los que considera “relativamente imputables” y los menores de 16 años a los que considera, totalmente inimputables y no punibles.

En el primer caso, la imputabilidad está supeditada al éxito o fracaso (medido según la discrecionalidad judicial absoluta) de un nebuloso tratamiento tutelar. Este tratamiento, misteriosamente fracasa sistemáticamente para todos los jóvenes de los sectores socialmente más vulnerables que invariablemente son juzgados como adultos, mientras resulta invariablemente exitoso para los infractores, aun graves, pertenecientes a los sectores medios y altos.

5. América Latina: entre Argentina y Uruguay

Resulta curioso que Uruguay y Argentina representen en el contexto regional, y en un aspecto en particular, los dos extremos en que se debate hoy la cuestión penal juvenil en la región.

Es verdad que en todos los países de América Latina sin excepción, la inseguridad resulta percibida como el principal motivo de preocupación social. Pero hasta aquí llegan, sin embargo, las semejanzas.

Mientras que en Uruguay la inseguridad parece, sobre todo según la imagen que hace ya varios años brindan los medios de comunicación, ser responsabilidad prácticamente exclusiva de los menores edad, en Argentina la participación de los menores en hechos delictivos no genera ninguna reacción social particular ni mucho menos pedidos específicos de endurecimiento de las penas.

Podría decirse que, por lo menos hasta hoy, los menores de edad no son en Argentina una variable significativa que se deba tomar en consideración cuando se trata del problema de la inseguridad.

En el primer caso, esa sobreexposición constituyó el caldo de cultivo que condujo en Uruguay al —fracasado— plebiscito para bajar la edad de la imputabilidad en octubre de 2014, en el segundo, para que las miserales condiciones materiales e incluso las muertes en las instituciones de privación de libertad, pasen prácticamente desapercibidas para los medios de comunicación y, por ende, para la opinión pública.

Podría afirmarse que la alarma social en Argentina resulta indiferente en relación a la edad de los autores de los hechos delictivos. En el medio, en todo el resto de los países de la región la situación aparece mucho más cercana a la de Uruguay que a la de Argentina.

La respuesta al interrogante en relación con esta discrepancia entre Uruguay (en forma exacerbada) y el resto de los países de la región de un lado y Argentina del otro, me parece simple aunque no evidente: las fuerzas objetivamente más regresivas de la región impulsan en América Latina en forma abierta o solapada *la misma “solución” que la propuesta por la dictadura argentina a fines del siglo pasado en materia de régimen penal de los menores de edad.*

En el caso de Argentina, sería incomprensible la producción de una alarma social destinada a obtener justamente algo que ya existe: la

Para el caso de los menores de 16 años, a pesar del carácter de inimputables y no punibles que poseen según el mencionado decreto, estos son privados de libertad, tal como lo reconoce la propia estadística del último informe oficial, cuando pertenecen a los sectores sociales más vulnerables.

imputabilidad penal plena (vía la discrecionalidad judicial) a partir de los 16 años.

Téngase presente que el contenido concreto del plebiscito destinado a bajar la edad de la imputabilidad y que fue derrotado por un margen relativamente exiguo, que se desarrolló en Uruguay junto con las elecciones presidenciales del mes de octubre de 2014, no proponía en forma directa bajar el listón de la imputabilidad a los 16 años. Por el contrario, la propuesta finalmente derrotada¹⁵, se parecía como una gota de agua a lo establecido en el “régimen penal de la minoridad” que la dictadura

¹⁵ Este es el texto completo que fue plebiscitado y no obtuvo los votos suficientes para ser incorporado en la Constitución Nacional del Uruguay.

Disposiciones transitorias y especiales

Agréguese lo siguiente:

Artículo 1°. Sustituyese el artículo 43 y la disposición transitoria y especial B de la Constitución de la República, que quedarán redactados en la siguiente forma:

“Artículo 43. La ley establecerá como prioridad la protección de las víctimas del delito.

Las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años serán penalmente responsables y serán castigados de conformidad con las disposiciones del Código Penal (Ley 9.155 de 4 de diciembre de 1933 y sus modificativas), por la comisión intencional de los delitos de homicidio, homicidio especialmente agravado, homicidio muy especialmente agravado, lesiones graves, lesiones gravísimas, rapiña, rapiña con privación de libertad (copamiento), extorsión, secuestro y violación, así como por los demás delitos que indique la ley.

”En los procedimientos penales seguidos a menores de dieciocho años, el Tribunal actuante podrá admitir como eximente o atenuante la ausencia de madurez o discernimiento suficientes.

Los antecedentes de los adolescentes que hayan estado en conflicto con la ley penal no se destruirán y serán considerados en los procesos penales a los que puedan ser sometidos después de cumplir los dieciséis años.

”La comisión de delitos, valiéndose de la participación de niños y adolescentes, será especialmente castigada”.

“Disposición transitoria y especial B. El Estado asegurará la existencia de un Servicio Descentralizado dedicado exclusivamente a la internación y rehabilitación de los delincuentes menores de dieciocho años, debiendo dotar al mismo de los recursos necesarios para su funcionamiento.

”Dicho Servicio Descentralizado será objeto de un seguimiento especial en el que se dará participación al Comisionado Parlamentario Penitenciario”.

Artículo 2°. La presente reforma constitucional regirá de inmediato, una vez proclamado el resultado del plebiscito aprobatorio.

Como puede observarse, en la redacción del texto propuesto en el artículo 43, la imputabilidad penal plena (es decir, el tratamiento de los menores de edad como si fueran adultos) está supeditado a la existencia de “madurez o discernimiento”, la que obviamente queda sujeta a la absoluta discrecionalidad judicial. Si sustituimos estos conceptos por el de “éxito del tratamiento”, es posible observar que la “solución” que proponía el plebiscito (rechazado) de 1994 en Uruguay, está en esencia calcada de la “solución” propuesta por la dictadura argentina en 1980.

argentina anudó brutalmente en 1980 (decreto 22.278) y que 30 años de democracia no han conseguido desatar.

Me refiero al contenido implícitamente clasista, más allá del explícitamente represivo, que encierra el texto de la norma propuesta. En los dos casos, “la baja de edad de la imputabilidad” a los 16 años, oculta la posibilidad de una decisión judicial destinada a evitar, a discreción de los jueces, el sistema penal de adultos cuando se trate (como la experiencia lo muestra) de adolescentes pertenecientes a sectores sociales medios y altos.

En ambos casos, la “baja de edad de la imputabilidad”, está supeditada a la consideración judicial subjetiva de haber actuado con discernimiento (en el caso uruguayo) o al resultado del “tratamiento tutelar” en el caso argentino.

Más allá de estas barrocas diferencias, el sentido de la discrecionalidad judicial, por lo menos como opera en el caso argentino (fuente de inspiración del plebiscito uruguayo), ha funcionado casi invariablemente para asegurar impunidad frente a los delitos graves cometidos por menores de edad pertenecientes a sectores sociales altos y medios, a la par que ha acentuado la criminalización de la pobreza de los sectores socialmente más vulnerables.

El desordenado debate actual en la materia en prácticamente todos los países de la región, parece desarrollarse en los términos en que aquí se expone, a la vez que posee como telón de fondo la doble crisis de implementación e interpretación a la que ya se aludió.

El uso esquizofrénico y discrecional de los SRPJ, a veces criminalizando la pobreza y a veces tolerando violaciones gravísimas a la ley penal con respuestas insignificantes frente a delitos gravísimos, ha consolidado frente a la opinión pública, de casi todos los países de la región, una sensación de impunidad a la que —ahora demagógicamente— es imperioso ofrecer una respuesta inmediata y musculosa.

El plebiscito en Uruguay ha quedado atrás y más que afortunadamente la propuesta de baja de edad de la imputabilidad ha quedado momentáneamente desarticulada. Hubiera sido triplemente grave y perjudicial si tamaña demagogia hubiera conseguido la aprobación jurídica por vía del plebiscito.

En primer lugar, porque se hubiera tratado de un error grave en materia de política criminal que en absolutamente en nada hubiera realmente contribuido a solucionar los problemas de inseguridad concretos que se pretendían resolver; en segundo lugar, porque haber fijado en la propia Constitución dicho retroceso, hubiera traído consecuencias, reales y simbólicas, desastrosas para el conjunto del ordenamiento jurídico y, en tercer lugar, porque una transformación de esta naturaleza en el contexto

de un país prestigioso, históricamente respetuoso de la cultura y las tradiciones democráticas, hubiera tenido consecuencias catastróficas sobre el conjunto de los países de la región.

El plebiscito ha quedado atrás, pero el debate continúa tal vez en forma subterránea y latente por un periodo que seguramente será breve. No se necesita demasiada lucidez para entender que este debate pronto volverá a la superficie.

En este contexto, mientras unos avanzan en forma clara y decidida con propuestas que por diversas vías proponen reducir la edad de la imputabilidad, otros parecen debatirse en un verdadero paradigma de la ambigüedad.

Al mismo tiempo que se abroquelan en la negativa a reducir la edad de la imputabilidad como única respuesta a una situación eminentemente compleja, han asistido inermes a reformas parciales (es el caso, entre otros, de países como Brasil, Panamá y Uruguay Costa Rica, Colombia, Ecuador, Chile), destinadas a desnaturalizar la esencia de la responsabilidad penal juvenil: que no es otra que la correcta articulación de la severidad propia de un sistema penal juvenil, con la justicia propia de un sistema de garantías¹⁶.

Cuando el Estado no da respuestas serias, la sociedad tiende a dar respuestas brutales.

Se trata de un concepto de “justicia” que lejos de remitir a vagas abstracciones filosóficas, implica mantener y reforzar los contenidos más elementales del debido proceso.

Nos encontramos sin mucha dificultad para entenderlo frente a una verdadera encrucijada.

A menos que algunos estén apostando subrepticamente a una “derrota” de los SRPJ, no resulta muy claro cómo y por dónde romper este círculo vicioso.

Si afortunadamente la trágica experiencia de las dictaduras nos ha enseñado que los problemas de la democracia solo se solucionan con más democracia, todavía no les resulta claro, ni a los gobiernos de la región ni a muchas organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos de la infancia, que los problemas de los SRPJ se solucionan potenciando sus aspectos positivos y no mutilando sus mejores logros.

Un verdadero SRPJ jamás será un instrumento apto, por sí solo, para “resolver” la delincuencia juvenil; para ello están los diversos niveles y tipos de las políticas sociales. Un SRPJ está destinado exclusivamente

¹⁶ Ver Anexo al final de esta Introducción.

(lo que pareciendo poco es una verdadera enormidad si se lograra), a administrar en forma transparente, democrática y racional los conflictos de los menores de edad con la ley penal.

En una sociedad decente y democrática una respuesta sensata y racional a las violaciones, sobre todo graves, a la convivencia social constituye una contribución esencial al fortalecimiento de la vida democrática.

Anoto aquí algunos de los elementos para el debate destinado a evitar la reducción de la edad de la imputabilidad y a sacar a los SRPJ del pantano donde parecen encontrarse y donde además algún “fuego amigo”, quisiera verlos.

Un incremento razonable de las penas para los delitos más graves para la franja de 16 a 18 años (especialmente en el caso del Brasil donde la privación de libertad máxima es de tres años), un uso taxativo y riguroso, normativamente establecido, de la privación de libertad, un incremento de la edad de la responsabilidad penal a los 14 años (allí donde como en Brasil —12— y Uruguay —13— está fijada una edad menor), el fortalecimiento real de la defensa pública para evitar el uso distorsionado de la privación de libertad, el aumento del control y la eficiencia policial y la expansión de las medidas no privativas de libertad, son algunas de las medidas que se deben adoptar antes que sea demasiado tarde, es decir, antes que la reducción de la edad de la imputabilidad se instaure definitivamente en toda la región.

Las tendencias regionales más regresivas (cualquiera sea su signo ideológico), pueden encontrar en un desenlace negativo de este debate, un verdadero punto de inflexión flagrantemente contrario a los derechos de la infancia en toda América Latina.

En esta materia, Argentina como futuro regional posible, es hoy una de las peores pesadillas que debemos enfrentar.

En este contexto me animo a afirmar que la crisis de los SRPJ en América Latina constituye un síntoma y un epifenómeno de la incapacidad de las posiciones progresistas (con y sin comillas), para elaborar políticas de seguridad que, para decirlo en pocas palabras, inviertan el modelo actual de seguridad ciudadana, caracterizado por una baja profesionalidad y escaso control político democrático, por un modelo de alta profesionalidad y altísimo control y transparencia política.

Sobre lo que no parece haber dudas es acerca del hecho que los defensores consecuentes de los derechos de la infancia, parecen encontrarse ante una verdadera y sobre todo inevitable crucial encrucijada. Nadie atraviesa un río con la simple invocación a los principios de la natación.

Reducir las posiciones que se deben asumir en esta coyuntura, solo a la negativa a reducir la edad de la imputabilidad, pareciera de hecho y

objetivamente una opción por la vuelta al tutelarismo menorista más tradicional, a la par que se entregan en forma prácticamente irreversible a una parte de los adolescentes cubiertos por la CIDN al derecho penal de los adultos.

6. A modo de conclusión

Es obvio que no pretendo con estas líneas interpelar a aquellas posiciones francamente reaccionarias que, considerando a la política una forma de espectáculo, le proponen al ciudadano desprevenido el cambio de votos por una tan vaga cuanto falsa sensación de inseguridad. Por el contrario, pretendo interpelar a aquellos que, desde posiciones sinceramente progresistas, no consiguen elaborar respuestas serias que permitan romper el círculo vicioso de una hegemonía conservadora que encuentra en las grietas y vacíos de los sistemas de responsabilidad penal juvenil, y no en su esencia, el punto de apoyo de su ofensiva.

No se me escapa el hecho de constituir esta posición que sustento, una posición minoritaria en medio del fuego cruzado entre el *retribucionismo hipócrita* y el *paternalismo ingenuo*. Tampoco ignoro el hecho de que las posiciones meramente defensivas de una parte del “progresismo” parecen encontrar legitimidad en la opción del *mal menor*.

Sin embargo, me resulta imposible no asociar esta situación con la sabia y poco conocida frase de una pensadora de la talla de Hannah Arendt cuando expresa que “aquellos que optan por un mal menor, tienden a olvidarse rápidamente que han optado por un mal”.

7. Anexo

Elenco aquí y sin ninguna pretensión de exhaustividad distintos tipos de medidas que en algunos países, dan cuenta de retrocesos y de la involución autoritaria que sufren los SRPJ en los países de la región.

En el caso de Uruguay, muchas son las medidas que pueden considerarse como regresivas, entendiéndose el plebiscito como una síntesis del espíritu reinante en la materia. Además, considérese a modos de ejemplo.

En marzo de 2011 la comisión especial sobre este tema, presentó su informe final. Sus recomendaciones cristalizaron en tres nuevas leyes que modificaron la ley 17.823: la ley 18.778 por la cual se mantienen los antecedentes de los menores de 18 años.

La 18.777, por la cual se penaliza la tentativa de hurto en menores de esa edad.

La 18.771, por la que se crea el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

En junio de 2012, a solicitud de la Presidencia de la República, el Gabinete de Seguridad (que integran los ministros de Interior, Defensa y Desarrollo Social) presentó un paquete de medidas con el fin de mejorar la seguridad pública, que denominó “Estrategia por la vida y la convivencia”. Una de las propuestas fue modificar nuevamente la normativa en lo que se refiere a adolescentes infractores. En ese marco, en enero de 2013 se aprobó la ley 19.055, que modifica los artículos 72 y 76 de la 17.823. La nueva ley establece un régimen especial para adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años. Entre otras cosas, se establece que quienes cometan infracciones gravísimas (homicidio, violación, rapiña, tráfico de estupefacientes, entre otras) tendrán un mínimo de un año de privación de libertad.

Referente a Costa Rica no ha habido retrocesos en el trámite de las reformas legales. Si se ha producido como uno de los problemas más serios del sistema de justicia penal juvenil, un deterioro de las condiciones de los centros de privación de libertad, en donde se ejecutan las sanciones penales juveniles. Estos centros se han caracterizados últimamente por situaciones de hacinamiento, una infraestructura inadecuada, violencia, falta de programas, falta de personal técnico, autolesiones, etc. En estas condiciones no se pueden cumplir los fines primordialmente educativos y promover la reinserción social de esta población. En segundo lugar, se evidencia un endurecimiento del sistema por medio de la imposición de sanciones severas que en los primeros años de vigencia de esta ley (1996) no eran frecuentes; por ejemplo para el mes de setiembre del año 2012 había 53 personas sentenciadas a más de diez años de internamiento en un centro especializado, lo cual resulta totalmente inconveniente y excesivo. También habría que agregar una jurisprudencia que ha restringido las formas de desjudicialización como la conciliación o la suspensión del proceso a prueba. Todo lo que ha generado un sistema penal juvenil más represivo.

Colombia, tal vez por ser uno de los últimos países que adaptó su legislación interna a la Convención Internacional de los Derechos del Niño introdujo ya en la legislación de Infancia y Adolescencia —ley 1098 del 2006— normas que acercan el derecho penal de los adolescentes al de adultos, al menos en cuanto al procedimiento. En efecto, el artículo 144 de la ley de Infancia y Adolescencia establece que el procedimiento penal de los adolescentes será el mismo procesal penal acusatorio de los adultos, excepto en aquellas normas especiales que contiene la ley de Infancia y Adolescencia y aquellas normas que sean contrarias al interés superior del adolescente. Con ello de un lado se empieza a perder el

principio de especialidad consagrado en el artículo 40 de la C.I.D.N. y de otro se da margen a la discrecionalidad de jueces y fiscales, porque son ellos quienes van a decidir cuáles normas del proceso penal de adultos son contrarias al interés superior, con el agravante que la Ley de Infancia y Adolescencia no estableció criterios para determinar el alcance del interés superior en materia penal y procesal penal.

Entre las normas que modifican la Ley de Infancia y Adolescencia en materia penal, tenemos en primer lugar la ley 1453 de 2011, la cual en el título que lleva su capítulo 1 es muy dicente porque es del siguiente tenor: “Medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana”.

El artículo 89 de la ley 1453 de 2011 modificó los numerales 16 y 17 y adicionó un numeral 18 al artículo 89 del Código de Infancia y Adolescencia que trata de las funciones de la Policía Nacional para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El numeral 16 es adicionado en el sentido de aclarar que la vigilancia de las instituciones encargadas de ejecutar las sanciones de los adolescentes no es solamente para garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes, sino también para evitar su fuga. Igualmente este numeral se adiciona para facultar a la Policía de Infancia y Adolescencia, de manera excepcional y a solicitud del operador, de la autoridad judicial o administrativa para realizar control interno en los casos de inminente riesgo en la integridad física y personal de los adolescentes o de los encargados de su cuidado personal. El numeral 17 es modificado para indicar que la logística que presta la Policía Nacional para el traslado de los adolescentes infractores de la ley penal se hará cuando así lo dispongan las autoridades judiciales y administrativas. Igualmente adiciona el texto para indicar que el cumplimiento de este numeral no excluye la responsabilidad de los entes territoriales. El numeral 18 nuevo, faculta a los Comandantes de Estación para ordenar el cierre temporal de los establecimientos abiertos al público que permitan el ingreso de niñas, niños y adolescentes a sitios de diversión destinados al consumo de bebidas alcohólicas, cigarrillos, a la explotación sexual o espectáculos no aptos para niños, niñas y adolescentes, salas de juego y azar, o lugares públicos o privados que ofrezcan alto riesgo para su integridad física o moral.

El artículo 88 de la ley 1453 del 2011 modifica el artículo 190 del Código de Infancia y Adolescencia sobre definición de privación de libertad para adicionarle que se entiende por privación de libertad toda forma de internación en establecimiento público o privado, con personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada, ordenada por autoridad judicial, del que no se permita salir al adolescente por su propia voluntad. La modificación consistió en la caracterización

que se le dio al sitio de internación que debe tener personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada. Igualmente el artículo 88 introduce un inciso nuevo al artículo 190 de la ley de Infancia y Adolescencia, según el cual, los centros deben cumplir con las condiciones de seguridad para evitar la evasión. Si el adolescente se evade, el juez deberá de manera inmediata ordenar su aprehensión y la revisión de la sanción.

El artículo 89 de la ley 1453 del 2011 modifica el artículo 177 de la ley de Infancia y Adolescencia sobre sanciones a los adolescentes infractores a la ley penal. El artículo 89 conserva las mismas sanciones y solo agrega un parágrafo, el 3, según el cual los centros de atención especializada deberán cumplir lo establecido en los artículos 50 y 141 de la ley de Infancia y Adolescencia. El artículo 50 define lo que se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el artículo 141 establece que los principios consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la ley de infancia y adolescencia se aplicarán en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

El artículo 90 de la ley 1453 del 2011 modificó el artículo 187 de la Ley de Infancia y Adolescencia, sobre privación de la libertad en la siguiente forma: a) El artículo 187 de la Ley de Infancia y Adolescencia en su versión original contemplaba privación de libertad en centro de atención especializado para los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años, cuando fueran declarados responsables de delitos que contemplaran una pena mínima de 6 años o más de privación de libertad en el Código Penal. En estos casos, su duración estaría entre 1 y 5 años. Igualmente establecía privación de libertad en centro especializado para adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años hallados responsables de delitos de homicidio doloso, secuestro y extorsión en todas sus modalidades. En estos casos, la duración de la medida estaba entre 2 y 8 años. El artículo 90 de la ley 1453 adiciona la privación de la libertad para adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años cuando son declarados responsables de delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexuales. b) El artículo 90 de la ley 1453 adiciona que en los casos de menores de 14 y mayores de 18 años condenados por homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados con la libertad, integridad y formación sexuales el cumplimiento de la sanción será total, sin lugar a beneficios para redimir penas. c) El artículo 90 de la ley 1453 adiciona un inciso al artículo 187 de la ley de Infancia y Adolescencia que establece que en los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores o de reclutamiento ilícito, no se aplicará

privación de libertad. d) La versión original del artículo 187, inciso 3° de la Ley de Infancia y Adolescencia establecía que parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, por el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento por el tiempo que fije el juez. El artículo 90 de la ley 1453 de 2011 modifica esta parte para disponer que la sustitución de la privación de la libertad se podrá hacer con cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 del Código de la Infancia y Adolescencia, por el tiempo que fije el juez. Igualmente el artículo 90 de la ley 1453 de 2011 establece que en ningún caso la nueva sanción puede ser mayor que el tiempo de privación de libertad inicialmente previsto. e) La versión original del artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia disponía que en caso de incumplimiento de los compromisos sustitutivos de la privación de la de libertad se perdían los beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta se haría bajo privación de libertad. El artículo 90 de la ley 1453 modifica la versión original para disponer que en caso de incumplimiento de la sanción sustitutiva se podrá aplicar la privación de la libertad inicialmente impuesta o la aplicación de otra medida. f) La versión original del parágrafo del artículo 187 de la Ley de Infancia y Adolescencia establecía que si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumplía 18 años, ésta podría continuar hasta que cumpliera 21 años. El artículo 90 de la ley 1453, en este aspecto, establece que si estando vigente la sanción de privación de la libertad, el adolescente cumple 18 años, continuará cumpliendo hasta su terminación en el centro de atención especializada de acuerdo a las finalidades protectora, educativa y restaurativa previstas en la ley de Infancia y Adolescencia. Adiciona igualmente que además de la separación física con los menores de 18 años, la atención diferenciada deberá contener las garantías contenidas en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 91 de la ley 1453 de 2011 modificó el artículo 190 de la Ley de Infancia y Adolescencia sobre contravenciones de los adolescentes. El artículo 191 conservó la competencia para conocer de ellas en cabeza del comisario de familia del lugar en donde se cometió, o en su defecto el alcalde municipal, pero suprimió la competencia del Comisario de familia y en su defecto la del alcalde municipal para conocer de las contravenciones de tránsito cometidas por adolescentes entre 15 y 18 años. Igualmente suprimió el inciso que del artículo 190 de la Ley de Infancia y Adolescencia que establecía que el procedimiento para las contravenciones de los adolescentes sería el mismo procedimiento de los mayores de edad

siempre que presentaran compatibilidad con las normas del Código de Infancia y Adolescencia.

Por último, el artículo 91 de la ley 1453 de 2001 adicionó un inciso según el cual los sancionados por contravenciones serán incluidos en programas pedagógicos de educación liderados por las alcaldías.

El artículo 93 de la ley 1453 del 2011, aunque no modifica la Ley de Infancia y Adolescencia, introduce el delito de explotación de menores consistente en utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar con menores de edad directamente o a través de terceros, con pena de 1 a 3 años de prisión y conducción del menor al ICBF para la aplicación de las medidas de protección.

El artículo 95 de la ley 1453 del 2011 ordena la creación de la política pública de prevención de la delincuencia juvenil bajo un enfoque de derechos.

El artículo 96 de la ley 1453 dispone que los centros de atención especializada contarán con programas pedagógicos de rehabilitación de los adolescentes internados y que tengan problemas de drogadicción, atendidos por profesionales especializados.

El artículo 110 de la ley 1453 de 2011 crea la Comisión de Evaluación del Sistema de responsabilidad para adolescentes que tendrá como propósito verificar que el sistema cumpla con la finalidad pedagógica, específica y diferenciada que garantice la justicia restaurativa, la verdad y la reparación. La Comisión evaluará el sistema en un plazo de 6 meses a partir de la vigencia de la ley.

El artículo 95 de la ley 1709 de 2014 —que introduce modificaciones al Código Penitenciario y Carcelario—adicionó el artículo 187 del Código de la Infancia y Adolescencia al introducir un segundo párrafo, en el que establece que los centros de atención especializada funcionarán bajo el asesoramiento del sistema nacional penitenciario y carcelario en lo relativo a las medidas de seguridad y administración de conformidad con la función protectora, restaurativa y educativa de la medida de privación de libertad. Con este artículo se corre el riesgo que los establecimientos de privación de libertad para adolescentes terminen manejados por el INPEC, con las normas y reglamentos que rigen los establecimientos de adultos.

Brasil. En el caso brasileiro, los retrocesos parecen referirse mucho al plano de la interpretación judicial que al plano de explícitas reformas legales. En este sentido cfr. Joao Batista Costa Saraiva, *Adolescente em Conflito com a lei, da indiferença a protecao integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013 (4° ed.), especialmente pp. 122-134.

Como se puede observar, el discurso de seguridad ciudadana está en fondo de las reformas a la ley de Infancia y Adolescencia. En ellas es notorio el interés por el control de los establecimientos de privación de libertad de los adolescentes para evitar las fugas y el aumento de la represión para los adolescentes condenados por homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la integridad y formación sexuales. Igualmente debe resaltarse la continuación de la privación de la libertad hasta su terminación cuando el adolescente condenado cumpla los 18 años. Existe ambivalencia en las reformas, porque además del aumento de la represión hay cierta preocupación especialmente por los derechos adolescentes privados de libertad.

Carate Urío, Lago de Como, enero de 2015
Buenos Aires, marzo 2016