

EMILIO G. MENDEZ

LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA: NOTAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA MODESTA UTOPIA

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ*

SUMARIO:

1. *Infancia, violencia y mediación: perspectivas de análisis.* 2. *Infancia y política: una preocupante asimetría.* 3. *Infancia y derechos: entre el reduccionismo y la banalización.* 4. *La infancia como objeto de la protección discrecional progresista y conservadora.* 5. *Utopía y responsabilidad en América latina.*

La experiencia directa no había funcionado: tenía que resignarme a la erudición. Así va el mundo: la cosa parece próxima, inmediata, pero hay que dar un rodeo largo para llegar a rozarla, siquiera fugazmente, con la yema de los dedos. Nada de lo que nos interesa verdaderamente nos es directamente accesible [...]. El pasado más remoto, la puesta de sol que estamos viendo o la naturaleza exacta de la punta de nuestra lengua, sólo tienen algún sentido o por lo menos alguna descripción plausible en algún capítulo o en algún volumen de una interminable biblioteca. Atrincherarse en lo empírico no aumenta el conocimiento, sino la ignorancia.

"El río sin orillas". JUAN JOSÉ SAER

1. *Infancia, violencia y mediación: perspectivas de análisis*

La violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes¹ aparecen como un problema central de nuestro tiempo. No existe encuesta de opinión en que la cuestión no surja como preocupación social prioritaria,² sólo relegado, a veces, a un segundo lugar por el tema de la falta de empleo. Un problema diverso lo constituye la correspondencia o no de dicha percepción social con la realidad. Ello ocurre, en buena medida, porque allí donde imperan leyes de menores pseudo-tutelares basadas en la doctrina de la situación irregular³ que no distinguen las infracciones a la ley penal en sentido estricto, de otros comportamientos sociales, es la propia ley la que se constituye en la causa más significativa de la indeterminación cuantitativa del problema.

Pero en vez de convertir a la indeterminación cuantitativa en un problema prioritario a resolver (recuérdese, que muchos países de la región desconocen hasta el número de los menores de edad privados de libertad), con frecuencia la ignorancia o la mala fe acaban inventando su propia dimensión cuantitativa. Precisamente es de este modo que el tema se configura como una sucesión de paradojas, que comienza con una alta alarma social pero de dimensión y contornos indefinidos.

En consecuencia de su importancia (real o construida, lo que a veces resulta indiferente, ya que como lo definiera el sociólogo americano —W. I.

CEDDO - 9955

MFN 19571

Thomas— es suficiente que un problema sea definido como real para que sus consecuencias sean reales), el tema se ha convertido en objeto de estudio y preocupación desde ámbitos y perspectivas diversas.

Para comenzar, los medios de comunicación —con diferentes niveles de ligereza y superficialidad— lo han incorporado definitivamente a su elenco estable de temas tratados. Aquí, sin embargo, su “estatus” oscila entre las páginas policiales y las secciones de hechos cotidianos; jamás un vínculo con los problemas grandes de la política y la democracia.

La academia, por su parte, muy poco se ha ocupado de estas cuestiones, y cuando alguna vez lo hizo, fue oscilando entre los tradicionales enfoques psicólogos y ontológicos, que poco o nada contribuyen al conocimiento real del tema, y los “novedosos” enfoques socioeconómicos, para los cuales la pobreza constituye una clave universal, no sólo de explicación, sino además de legitimidad de la inacción. El “alibi estructural” para explicar el fenómeno, y de paso reiterar la imposibilidad o inutilidad de cualquier intervención que se mueva contra los condicionantes materiales y la inercia de las cosas. Por último, un tercer enfoque parece surgir de aquellos que poseen como común denominador algún tipo de interés corporativo inmediato en el tema. En este caso, la visión predominante parece concentrarse tanto en la ignorancia activa del marco jurídico-institucional como en la propuesta exclusiva y excluyente de políticas y programas de prevención general, lo que muchas veces constituye un eufemismo para solicitar por vía indirecta un aumento de los recursos —forma nada sutil de aumento del poder burocrático— para el “combate” del problema.

Para decirlo en otras palabras, desde un punto de vista epistemológico, la reacción social en general y la respuesta jurídico-institucional, en particular al problema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana, no logran constituirse ni en noticia ni en hipótesis de estudio, ni mucho menos en motivo de reflexión política sobre el carácter absolutamente inapropiado del marco jurídico o el funcionamiento deplorable de muchas instituciones.

El presente análisis, modesto y exploratorio, pretende considerar el tema desde una perspectiva diversa. Desde el punto de vista epistemológico, un fuerte énfasis en un enfoque que podríamos denominar social-constructivista, y para el cual la realidad no es un dato dado, sino el resultado de una construcción social, sustituye de plano a un enfoque ontológico (psicólogo o sociólogo) para el cual las respuestas jurídicas o institucionales a la “delincuencia juvenil” son un dato menor o ignorable, comparadas, por ejemplo, con las pulsiones de los jóvenes o su ubicación en la escala social.

Para el presente análisis, dos premisas resultan centrales: a) la necesidad de incluir todas las reacciones y respuestas al fenómeno, como un elemento co-constitutivo del mismo, y b) la necesidad de considerar con un cierto detenimiento el tipo de vínculo de este tema con algunos problemas mayores de la política y la democracia.

Si el primer punto se refiere a la perspectiva epistemológica adoptada, el segundo se vincula a la posibilidad de, a través del estudio específico de este tema, explorar ulteriormente el vínculo entre infancia y democracia.

Se entiende aquí que el concepto de infancia en el sentido de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) incluye a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años. En América Latina y a varios efectos además de la responsabilidad penal, (trabajo, participación, salud sexual y reproductiva) las nuevas legislaciones recogen una diferencia, que el sentido común y la psicología evolutiva hace tiempo reconocen; esto es, la distinción entre niños (en general hasta los 12 o 14 años) y adolescentes hasta los 18 años incompletos. Es obvio que el tema de la violencia juvenil y

Para esto último resulta necesario, entre otras cosas, dejar un poco más claro, por lo menos en este contexto, el contenido de ambas cuestiones. De este modo, si a grandes rasgos el contenido de la cuestión de la democracia se refiere fundamentalmente al manejo de la cosa pública y al tipo de relación entre estado y sociedad, el contenido de la cuestión de la infancia se refiere especialmente a las relaciones de la misma con el estado y los adultos.

2. Infancia y política: una preocupante asimetría

Parece importante hacer explícito que la perspectiva epistemológica adoptada constituye también (y sobre todo) una reacción a una preocupante asimetría entre infancia (o familia) y democracia (o política). Asimetría que se configura por el hecho de que mientras a cualquier análisis serio sobre la cuestión de la infancia le resulta hoy imposible ignorar una reflexión sobre los aspectos más relevantes de la política y la democracia,⁷ son realmente muy escasos los análisis políticos que incluyen, aunque sea tangencialmente, alguna reflexión digna de mención sobre la cuestión de la familia en general y de la infancia en particular.⁸

Llegados a este punto es necesario decir algo más sobre el carácter preocupante de la asimetría apuntada.

Aunque en sus orígenes familia y democracia son términos antitéticos, varios son los análisis, y desde distintas perspectivas, que coinciden en señalar un largo proceso histórico de democratización de las relaciones familiares.

Las reflexiones, fragmentarias e inconclusas, aunque no por ello menos extraordinariamente ricas de Hannah Arendt (1997), sobre la política constituyen un punto de partida imprescindible para esta exploración. Si por un lado, resulta más o menos obvio que la comprensión de la cuestión de la infancia resulta ininteligible aislada de la cuestión de la familia, debemos a esta autora el desarrollo de una línea de investigación según la cual el sentido de la política está indisolublemente ligado a la cuestión de la libertad, o lo que es lo mismo hoy, a la cuestión de la democracia. En esta línea de pensamiento, política y libertad no sólo son conciliables, sino que el sentido de la política sólo puede ser la libertad (H. Arendt, 1997, pp. 61-66).

¿Pero dónde está el nexo entre infancia y política? Una parte de la respuesta parece ser de carácter histórico. Si durante el siglo XIX la cuestión de la democracia debió confrontarse con el problema de la esclavitud, y durante las primeras décadas del siglo XX con la cuestión de la participación (igualdad) política de la mujer; en los comienzos del siglo XXI, la cuestión de la democracia parece vincularse, también, aunque en forma no evidente, al tema de los derechos de la infancia. En realidad se trata del —confuso— proceso de irrupción de otra categoría social que ha venido a reclamar alguna de las tantas promesas incumplidas de la modernidad.

Pero volvamos a la raíz del nexo entre infancia y política. Para intentar responder esta pregunta, es necesario abordar críticamente el problema de la igualdad entre los seres humanos. Otra vez Hannah Arendt resulta imprescindible.⁹

Los hombres no son iguales por naturaleza, necesitan de una institución política para llegar a serlo: la ley. Sólo el acto político puede generar igualdad.¹⁰ Tal vez en este contexto puede entenderse mejor la dirección y el sentido del proceso, no exento de paradojas, de democratización de la familia. El mundo de la familia, es decir el mundo de las mujeres, los niños y los otros hombres, sujetos a la autoridad del *pater familiae*, es un mundo de violencia y opresión. Th. Mommsen el gran historiador del derecho romano tradujo sin más el concepto de familia con la voz *servidumbre* (H. Arendt, 1997, pp. 113-

114). La paradoja radica aquí en que vivir sin violencia privada exigió el fortalecimiento de la violencia pública; la violencia del estado (p.96). En esta línea de análisis la alienación no aparece como en Marx en el estado (que habría que abolir), sino en la vida privada.¹¹ H. Arendt lo dice sin rodeos cuando afirma que la utopía marxiana de una sociedad sin estado, más que una utopía es una amenaza escalofriante (p. 98). Desde esta perspectiva, lo político empieza donde acaba el mundo de las necesidades materiales y la violencia física (p. 71). Provisoriamente podemos concluir aquí que ignorar el análisis del vínculo entre familia y democracia sólo puede resultar en un notable empobrecimiento de la comprensión, tanto de la cuestión de la infancia como de la cuestión de la política, que hoy no es otra, en esencia, que la cuestión de la democracia.

Llama poderosamente la atención que un tema como el de la violencia juvenil y la inseguridad urbana que ocupa un lugar tan alto en la escala de preocupaciones sociales (merecidamente o no, pero ese ya hemos dicho que es otro problema) haya recibido hasta ahora una atención política e intelectual tan escasa y marginal. Tal vez, otra consecuencia colateral negativa de la asimetría señalada.

El presente análisis no pretende en absoluto sustituir sino complementar y enriquecer otros análisis específicos, jurídicos y pedagógicos, sobre el tema de la responsabilidad penal juvenil a los que, en este punto, me permito remitir al lector.¹²

Este breve trabajo sobre la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes constituye, en buena medida, un análisis crítico de las diversas resistencias a la implantación de un modelo de justicia -como oposición al modelo de la compasión-represión, propio de los sistemas pseudo tutelares inspirados en la doctrina de la situación irregular, en la relación del estado y los adultos con la infancia. El estudio de la dimensión política de este problema constituye, en definitiva, una buena oportunidad, tanto para reflexionar sobre un motivo importante de malestar social contemporáneo (la inseguridad) como para entender algunas cuestiones de importancia sobre la infancia y la democracia en el contexto latinoamericano.

3. *Infancia y derechos: entre el reduccionismo y la banalización*

Si los problemas de la violencia juvenil y la inseguridad urbana aparecen en forma evidente como centrales, el tema de sus respuestas aparece como doblemente emblemático, tanto porque dice mucho sobre la sociedad que las genera como porque a través de este tema se debaten hoy —aunque sea implícitamente— buena parte del resto de las cuestiones vinculadas con la infancia y la adolescencia, y con la propia democracia.

La formulación de una responsabilidad penal específica¹³ de los adolescentes, en un contexto en que la violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes adquiere una importancia social considerable, constituye un tema tan nuevo como polémico.

Luego de más de 70 años de predominio absoluto (1919-1990) de un modelo discrecional pseudo protector que trataba en forma indiferenciada al sujeto activo y al sujeto pasivo de la violencia, el proceso de adecuación de la legislación nacional a la CIDN, que en América Latina comenzó en el Brasil en 1990, inaugura una nueva etapa; que si en el plano de las relaciones de los menores de edad en general con el estado y los adultos es el modelo de la autonomía progresiva, en el plano del control social es el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes.

A partir de la aprobación del "*Estatuto da Crianca e do Adolescente*" (ECA) en Brasil en 1990, todas las nuevas legislaciones latinoamericanas han contemplado (con mayor o menor refinamiento técnico) la creación de un modelo jurídico institucional de responsabilidad penal aplicable a los adolescentes (de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos). La base jurídica inmediata y directa de este modelo han sido los art. 37 y 40 de la CIDN. El contenido esencial de esta transformación se deja explicar en pocas y simples palabras. Los adolescentes dejan de ser responsables penalmente por lo que son (recuérdese que la dimensión penal de la responsabilidad debe medirse por las consecuencias reales que genera y no por el mero discurso declarado) para comenzar a serlo únicamente por lo que hacen y eso sólo cuando este hacer implica una infracción a normas penales. Este proceso ha sido y es extremadamente difícil y complejo. Pocas transformaciones jurídicas han enfrentado y enfrentan tantas resistencias. Una prueba (de tantas) de las dificultades para la implantación de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina se manifiesta, sobre todo, en el variado signo ideológico de las resistencias que genera, aunque, y es muy importante reconocerlo, buena parte de ellas con un fuerte predominio de posiciones corporativistas. Este tipo de resistencias demuestra, tanto el carácter arraigado de la cultura de la compasión-represión como que el corporativismo, es decir la tendencia a anteponer los intereses sectoriales a cualquier otra preocupación de bien común, está "democráticamente" distribuido en todo el espectro ideológico de las instituciones y los movimientos sociales.

En América Latina, como ya se ha dicho, la primera transformación de una ley de menores, inscrita en el modelo de la situación irregular, para adecuarla a la CIDN, fue el ECA de Brasil, aprobado en julio de 1990 y puesto en vigor tres meses después, en octubre del mismo año. A partir de ese momento se iniciaron, en casi todos los países de la región, en cada caso con sus propias peculiaridades y ritmos, procesos de reforma de las leyes para la infancia. Conviene recordar que en buena parte de los países de la región este proceso coincidió, o se superpuso con los impulsos posdictatoriales todavía vigentes, de redemocratización política y social.

Varios análisis, algunos de ellos verdaderamente ricos en detalles y profundidad analítica, se han escrito (en general por sus propios protagonistas) sobre un proceso participativo y democrático como pocos en América Latina.¹⁴ El proceso de construcción democrática y participativa de una nueva legislación para la infancia, en general, de buena calidad técnica, no sólo constituyó una ruptura inédita en relación con el carácter casi clandestino de producción de todas las leyes de menores (por otra parte pésimas técnicamente), sino que esta ruptura en la forma de producir la ley vale también en relación a toda la producción legislativa en general.

Para muchos países de la región -y aquí sin duda Guatemala constituye el más claro de los ejemplos- la ley de adecuación de la normativa nacional a la CIDN, constituyó una de las primeras leyes de producción democrática en su historia de país independiente.¹⁵ Siendo así, llama aún más la atención, que un proceso inédito, inmerso en los esfuerzos globales de reconstrucción democrática de la región, no haya interesado ni a los (escasos) juristas críticos, ni a sociólogos o científicos políticos preocupados por las viscosidades de la democracia, aunque ajenos a los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. Resulta curioso y exige algún tipo de explicación que, a diferencia de los movimientos ecologistas y de las mujeres (para dar sólo dos ejemplos), las transformaciones culturales y normativas de las relaciones de la infancia con los adultos y con el estado, primero en el Brasil y luego en el resto de América Latina, no cuenten ni con una historia ni con reflexiones

teóricas consistentes producidas desde un punto de vista que podría denominarse externo.

El análisis de la dimensión política, de la inseguridad urbana y la violencia juvenil, así como de una de sus respuestas (la implantación de un modelo de responsabilidad penal para los adolescentes) constituye en este contexto tanto una forma de tender vínculos con otras áreas del saber como una muy modesta contribución a revertir la ya señalada asimetría entre infancia y democracia.

No parece serio ni razonable atribuir el aislamiento que caracteriza a la cuestión de la infancia y sus derechos en general, y al tema de la responsabilidad penal de los adolescentes en particular, a una conspiración de la política o de disciplinas tales como la sociología o la ciencia política. Este razonamiento, sin embargo, me parece que difícilmente pueda extenderse al campo del derecho y muy en especial del derecho penal. La ausencia o incluso el franco rechazo de penalistas y criminólogos, que, por otra parte, se perciben como progresistas y democráticos, a sostener posiciones garantistas en el plano penal tratándose de "menores", merece un estudio más profundo que espera todavía por su autor.¹⁶ En todo caso, y volviendo al punto anterior, es posible que buena parte de este aislamiento resulte de alguna forma autoimpuesto. En esta línea de raciocinio, reduccionismo y banalización resultan conceptos claves para ensayar una explicación.

Es posible que una visión reduccionista, que niega a la infancia la especificidad que le otorga la CIDN en su art. 1º (el niño entendido como todo ser humano hasta los 18 años incompletos), constituya un primer elemento para entender la falta de interés *externo*. Así, los niños, si pobres resultan objeto prioritario de preocupación desde el ángulo de la caridad, si no pobres objetos de estudio de la pedagogía, la pediatría, la psicología, etc. En todo caso, el proceso de reconstrucción de la categoría infancia-adolescencia como sujetos de derecho no parece todavía hacerse acreedor del interés de disciplinas "mayores" como la sociología y la ciencia política. Resulta difícil no trazar algún paralelismo entre esta dicotomía y la dicotomía presente en el siglo XIX, entre el objeto de la sociología (las sociedades centrales) y el objeto de la antropología (como la sociología de las sociedades periféricas).

Esta falta de interés *externo* no se verifica, solamente, en relación con los niños, sino que se reitera, también, para el caso de los adolescentes. Cuando han infringido las leyes penales o han realizado comportamientos "antisociales" (ambos conceptos son intercambiables para las leyes pseudo-tutelares pre Convención) los adolescentes se convierten en objeto de una disputa más aparente que real. De un lado los que quieren tratarlos —discrecionalmente— como adultos, y del otro aquellos que quieren tratarlos —discrecionalmente— como menores incapaces. Llama poderosamente la atención la fuerte resistencia (progresista o conservadora) a atribuir responsabilidad específica (léase penal) a los adolescentes. Ello, sobre todo, porque dichas resistencias casi nunca se traducen en una negativa a infligir sufrimientos reales y en especial —con la excusa de la protección o la seguridad— a eliminar garantías procesales o de fondo en violación flagrante de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos. La distinción real entre progresistas¹⁷ y conservadores parece referirse mucho más en este caso, al tipo e intensidad de los eufemismos utilizados para rechazar la atribución de responsabilidad penal de los adolescentes. Ya volveré sobre este punto, por el momento me limito a señalar que probablemente la negativa a atribuir responsabilidad a los adolescentes esté directamente vinculada con la necesidad de legitimar comportamientos discrecionales. Entre ambas posiciones todavía dominantes, no es difícil entender las dificultades por las que atraviesa la implantación de un sistema

de responsabilidad penal de los adolescentes que parte por considerarlos, con igual intensidad, como sujetos de derechos y de responsabilidades. No está de más recordar aquí las características autóctonas de este modelo en América Latina, punto en el que han insistido, con mucha razón, Mary Beloff¹⁸ y Miguel Cillero (2001), no sólo en el plano político de la movilización social, sino además en el plano técnico jurídico consecuentemente garantista. Se trata de un modelo diverso, no solo de la discrecionalidad pseudo-tutelar del menorismo tradicional, sino, además, del modelo de derecho penal juvenil pampedagógico europeo.¹⁹

En este contexto aparece, tal vez, más clara la intencionalidad y el sentido último del análisis aquí propuesto. Poner en evidencia y hacer inteligibles algunas resistencias a la implantación de una respuesta racional y razonable (los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes) a una fuente fundamental de malestar social (la violencia juvenil y la inseguridad urbana) pretende contribuir, muy modestamente, y desde un ángulo específico al debate y la generación de propuestas para enfrentar la situación de crisis generalizada en la que estamos inmersos.

Pero el reduccionismo aquí apuntado no alcanza para explicar el escaso interés "externo" por las viscosidades del movimiento de lucha por los derechos de la infancia. Me parece importante explorar, aunque sea brevemente, algunos elementos que caracterizan el aislamiento de los estudios sobre (los derechos de) la infancia en general.

Los estudios sobre los derechos de la infancia en general, que es el contexto más amplio donde debe situarse el debate sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, constituyen un universo tan nuevo como heterogéneo. Nuevo porque los trabajos más "antiguos" (casi en ningún caso) son anteriores al proceso de debate y construcción de la CIDN que comenzó en 1979. Heterogéneos por la enorme disparidad de perspectivas y calidad intelectual de los mismos. Sin embargo, en general, puede afirmarse, que predomina un nivel intelectual bajo en los estudios sobre (los derechos de) la infancia. Ya lo he dicho en otro lado,²⁰ y quisiera insistir otra vez aquí, en el hecho de que en los estudios sobre la infancia predomina un enfoque que podría denominarse pseudo antropológico o biográfico (en el sentido que alguien denominó irónicamente a las biografías, como vidas sin teoría).

Desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los "estudios" sobre la infancia son "historias de vida" que omiten o desprecian el análisis de las normas e instituciones que generan esas "historias de vida". De un análisis — en general superficial— de la estructura social se pasa, sin solución de continuidad, a una descripción ingenua de la vida cotidiana. La infinidad de estudios sobre "niños de la calle", producidos en la década de los 80, constituyen una evidencia irrefutable de esa tendencia. Marcados por lo que aparentemente era percibido en la época como un fuerte compromiso social, dichos estudios jamás han permitido extraer una única conclusión razonable en materia de política social.

Pero la baja calidad intelectual de la producción teórica (por otra parte escasa) resulta un síntoma del aislamiento y no su causa. La pobreza de los estudios sobre la infancia se manifiesta en la banalización (progresista o conservadora) del tratamiento, incluso y sobre todo, de temas centrales en la preocupación social como la violencia juvenil y sus respuestas. Ya volveré sobre este punto, me interesa insistir ahora en algunos motivos que pueden explicar la banalización y consecuente aislamiento de la cuestión de la infancia.

4. La infancia como objeto de la protección discrecional progresista y conservadora

La vigencia por tantos años de una concepción jurídica aparentemente tutelar (aunque en realidad criminalizadora de la pobreza de unos y cómplice de la impunidad de otros) en relación con la infancia no se mantuvo ni por la fuerza, ni caprichosamente. Curiosamente, el derecho de menores y los sistemas de bienestar compasivo-represivo que el mismo generó, resultaron tan fáciles de aceptar para las "buenas" y "malas" conciencias, como difícil resulta hoy la implantación de sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados en un modelo de justicia. Las dificultades en la implementación de estos modelos de responsabilidad penal en América Latina, no son sólo problemas técnicos de las políticas sociales, son también problemas medulares para la implantación de la democracia.

Una concepción jurídica tutelar como la que imperó por casi un siglo en la región debió su vigencia al predominio de dos ideas hegemónicas: la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional. Aunque es obvio que existe un vínculo (no evidente) entre ambas ideas, me interesa aquí abordarlas por separado.

El tema de la incapacidad de la infancia no es nuevo ni original, la incapacidad ha sido históricamente un recurso recurrente para legitimar el dominio de hecho sobre sujetos débiles y vulnerables. ¿Cuánto tiempo tardaremos en descubrir que los disparates pasados sobre la incapacidad (inferioridad) de la mujer, en nada difieren de los disparates actuales sobre la incapacidad de la infancia? Dos aspectos resultan claves aquí para analizar críticamente el concepto de incapacidad de la infancia. El primero se refiere a la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo (sólo por un cierto tiempo, sólo para algunas cosas) de la incapacidad de hecho de la (primera) infancia. Me parece posible afirmar, sin temor a equivoco, que particularmente en este momento del desarrollo tecnológico, el derecho hace mucho tiempo que ha dejado de verificar el tema de la incapacidad de hecho de la infancia. Buena parte de los argumentos sobre la incapacidad de la infancia constituyen, en la mejor de las hipótesis, un anacronismo jurídico. Es por eso, justamente, que el carácter justificado o no del paternalismo está estrechamente vinculado con el deber de protección.²¹ Como puede observarse, el concepto de autonomía progresiva contenido, aunque todavía escasamente desarrollado, en los arts. 5° y 12 de la CIDN, resulta clave para mejor entender el carácter transitorio y relativo de incapacidad de la infancia. Lo que sucede es que, si es legítimo suplir una incapacidad básica cuando hay deber de protección (E. Garzón Valdés, 1998), en ningún caso resulta legítimo el ejercicio discrecional de ese deber. En este contexto, podría decirse que la discrecionalidad es al deber de protección lo que el autoritarismo (como la fuerza despojada de razones y argumentos) es a la autoridad.

La verdadera revolución cultural de la CIDN radica precisamente en el hecho de haber alterado sensiblemente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación de los adultos y el estado con la infancia: la discrecionalidad absoluta amparada en la idea de la incapacidad total. Esta revolución cultural es tal, precisamente, porque contradice la idea hegemónica relativa a las bondades intrínsecas de la discrecionalidad en el tratamiento de la infancia (así como antes lo fue de los esclavos y de las mujeres). Volvemos aquí, en forma más explícita, al nexo entre infancia y política.

Para los partidarios de una concepción tecnocrática de la política, la defensa del carácter hegemónico de la idea sobre la incapacidad plena de la

infancia es mucho más importante de lo que pudiera imaginarse. Las diversas teorías —compasivas o represivas— sobre la incapacidad de la infancia son el último bastión de defensa y procura de legitimidad de un comportamiento discrecional en el relacionamiento entre seres humanos. Por el contrario, la atribución de responsabilidad contradice tanto la idea de la incapacidad como de sus respectivas respuestas discrecionales. También para la infancia y la adolescencia, de forma similar al caso de las mujeres, en la medida en que disminuyen las formas oficiales y “respetables” para confirmar su incapacidad, aumenta la evidencia de utilización de las vías de hecho como último recurso.²²

Existe una idea arraigada en el pensamiento conservador o progresista en el sentido de que lo realmente condenable es el contenido de la discrecionalidad y no su mero ejercicio. La CIDN, al transformar en derechos (normas jurídicas) las necesidades de la infancia, no hace otra cosa que colocar límites y reducir sensiblemente la discrecionalidad para el ejercicio del deber de protección. De más está decir que allí donde no existe ni siquiera deber de protección, la “protección” supuestamente ejercida se constituye lisa y llanamente en una violación de derechos.

Es precisamente de la consideración positiva de la discrecionalidad de donde se deriva la fuente principal de banalización y aislamiento (dos caras de una misma moneda) de la cuestión de la infancia en América latina. Allí donde la buena voluntad puede suplir la necesidad de crítica y reflexión, no resulta necesario (ni posible) confrontarse con ideas del mundo “exterior”. Efectivamente, el aislamiento resulta, en buena medida, autoimpuesto.

Pero no sólo la discrecionalidad, también la banalización está “democráticamente” distribuida en un amplio espectro ideológico. Tanto es así que resulta posible identificar la existencia de una banalización progresista y una banalización conservadora de la cuestión de la infancia, responsable como se vio, tanto por la pobreza intelectual de los análisis como por el aislamiento en relación con otros temas y saberes.

Pero a pesar de las discrepancias ideológicas, ambas perspectivas tienen más puntos de contacto de lo que a primera vista pudiera imaginarse. Comencemos, sin embargo, por sus diferencias.

La banalización conservadora está más próxima a lo que podría denominarse un “sentido común” sobre la infancia. Desde esta óptica, la infancia se define exclusivamente a partir de la protección y no (como debería ser), la protección a partir de la infancia. Protección por parte de los adultos si se trata de “niños”, y protección por parte del estado si se trata de “menores”.²³ Los niños siempre necesitan protección y si no necesitan protección no son niños, es el silogismo que mejor sintetiza la especificidad de este “sentido común”.

Para la banalización conservadora, poco o nada hay sobre que reflexionar. Hacer el “bien”, sustituye cualquier otra actividad. Si consideramos cuantos más perjuicios se han cometido contra la infancia en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión, entonces, no puede sorprendernos que la banalización conservadora se configure en realidad como una sucesión permanente de eufemismos. Para la banalización conservadora, el manejo discrecional de la cuestión de la infancia es una cuestión de fondo y no de forma. Desde esta perspectiva, el concepto de responsabilidad penal de los adolescentes no sólo carece de sentido, sino que además resulta una amenaza potencial para la “eficiencia” de las respuestas.

Sólo en algunas pocas vertientes, signadas por la demagogia coyuntural electoralista, este pensamiento aparece como directa y explícitamente represivo, en condiciones normales su esencia es la hipocresía. Así, por un lado se denuncian los horrores de la baja de la edad de la imputabilidad, y

por otro lado, se convive cómodamente con su sustancia con tal que adopte alguna denominación diferente: discernimiento, régimen penal especial para la minoridad, imputabilidad relativa, etcétera.

La banalización progresista no es menos interesante de ser analizada. En este contexto, el pensamiento que se autopercebe como progresista se define antes que nada en forma negativa: no a la baja de la edad de la imputabilidad, no a la responsabilidad penal de los adolescentes, posiciones ambas consideradas como equivalentes. En su visión extrema, y de forma similar al pensamiento conservador, la perspectiva progresista rechaza la univ ersalidad del concepto de infancia. Si en la visión conservadora, el objeto único de preocupación (léase temor) son los "menores-abandonados-delincentes", en la versión progresista el objeto único de preocupación (léase posibilidades de movilización) es la infancia pobre, especialmente la trabajadora. Para este cambalache de Marx y de Piaget, los niños sujetos de derecho son una categoría burguesa que es necesario superar. Los niños (trabajadores) son un sujeto social que sólo se realiza como tal en el trabajo. Así esta perspectiva progresista, a la que poco o nada le interesa la condición jurídica de la infancia, traslada masivamente su razonamiento "social" al plano de la responsabilidad penal, pero para rechazarla. Un abolicionismo primitivo y difuso evade, en realidad, cualquier respuesta específica sobre este tema. No resulta exagerado afirmar que la discrecionalidad progresista se convierte en cómplice objetivo del *status quo*. A la discrecionalidad represiva del pensamiento conservador se le "opone" la discrecionalidad libertaria del pensamiento progresista. Pareciera que al servicio de una causa justa la discrecionalidad constituye un bien a preservar. Todo el drama de la democracia sintetizado en una breve oración.

Si desde la perspectiva conservadora, el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes conspira contra la eficacia del control social represivo, desde la perspectiva progresista, el mismo modelo conspira contra la eficacia de la bondad. Aparece aquí resumido, en esencia, el programa del "neomenorismo".²⁴

Espero haber contribuido hasta aquí a tornar un poco más comprensible los motivos de las enormes dificultades para la aprobación e implantación de los sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes en América latina. También espero haber contribuido, de alguna forma, a alimentar el debate sobre el vínculo entre infancia y democracia en América latina.

5. Utopía y responsabilidad en América latina

Me interesa ahora considerar algunos aspectos de aquello que, en un sentido más estricto, podría denominarse la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes. También en este punto comenzaré señalando una paradoja.

No me parece exagerado afirmar que una parte considerable de las "utopías" contenidas en la banalización progresista y conservadora pueden considerarse como proyectos efectivamente realizados: muchos niños pobres efectivamente trabajan y la discrecionalidad (sin límite ni responsabilidad) todavía constituye la regla en el tratamiento de los niños (por los adultos) y de los menores (por el estado). Aunque me rebase, no se me escapa en esta parte, ni la abundancia de la literatura existente sobre el tema de la utopía, ni la complejidad que encierra cualquier análisis o calificación que de la misma se intente. Por eso, aún a riesgo de una excesiva simplificación, cuando utilizo el concepto de "utopía" entre comillas lo hago para señalar su falta de correspondencia total o parcial con derechos humanos básicos normativamente consagrados. Es obvio que hago referencia aquí a una

tendencia acelerada hacia la positivización de los derechos humanos, tendencia que le permite a Norberto Bobbio afirmar que en la etapa actual, el tema de los derechos humanos remite mucho más a un problema de implementación que de legitimación y justificación (N. Bobbio 1990). Creo, en consecuencia, que puede rescatarse —por lo menos a los efectos de este debate— un concepto relativamente simple de utopía (sin comillas) en una posible e interesante articulación entre Norberto Bobbio y el filósofo alemán Ernst Bloch, quien, en forma bastante sencilla, define la utopía como aquello que todavía no es.²⁵ De este modo, *la utopía podría entenderse como la parte todavía no realizada de los derechos humanos normativamente reconocidos en el plano nacional e internacional.*

Dos interrogantes se imponen en esta parte del discurso. ¿Cuál es el sentido en América latina de la formulación e implantación de un modelo de responsabilidad penal de los adolescentes en la construcción de una utopía y cual es la nota característica de esta utopía?

La fuerza de la globalización unipolar que en la década de los 90 arrasó con los muros, llevó junto con ellos también las utopías de las grandes transformaciones. Pareciera que otra vez, con el agua sucia, también el niño (caprichos de las metáforas) fue a parar al baúl de lo inservible. Un realismo —que nada tenía obviamente de mágico— convirtió *a priori* en despreciable el propio concepto de utopía independiente de su contenido. Lo utópico se transformó en sinónimo de imposible y lo imposible en sinónimo de deleznable. Sin embargo, en menos de una década, la crisis generalizada (de sentido para algunos y de sobrevivencia para otros) condujo, casi imperceptiblemente, a una revalorización —cautelosa— del concepto de utopía. El enorme malestar con lo existente produjo un interesante cambio de perspectiva en relación con las utopías.

La contradicción flagrante entre las posibilidades tecnológicas de producción de bienes y servicios y sus efectivas posibilidades de utilización social, así como la dinámica arrasadora del capital financiero, obligó a repensar la democracia desde la óptica de lo que todavía no es, pero podría ser (Bloch): la utopía de los derechos humanos (Bobbio).

Se trata, sin embargo, de una utopía que no olvida las lecciones del pasado: se trata de una *modesta utopía*.²⁶

En el contexto de la crisis generalizada a la que se ha hecho mención, una modesta utopía se refiere, en primer lugar, aunque no exclusivamente, a un funcionamiento adecuado (léase constitucional) de las instituciones de la democracia.

No se me escapa que aquello que está en juego aquí es el dilema entre una concepción democrática de la política para la cual *todos* los integrantes del pacto de la modernidad son sujetos de la misma y una concepción tecnocrática de la política para la cual sólo los especialistas (es decir, los políticos profesionales y sus intelectuales subordinados) tienen legítimo derecho al debate y manejo de la cosa pública. Tengo la impresión (y porque no decirlo claramente, también la esperanza) de que el concepto de responsabilidad, en una perspectiva que incluye, pero que además trasciende la dimensión jurídica, resulte central para encontrar vías de solución a los dilemas planteados. Sin responsabilidad no hay sujetos de y para la política democrática. Si la responsabilidad penal anclada en el concepto de culpabilidad, constituye (por lo menos hoy) la única posibilidad para los adolescentes de establecer una barrera racional respecto de las pretensiones punitivo-protectoras de la cultura de la represión-compasión,²⁷ la responsabilidad en general constituye un presupuesto básico de la libertad.

Para la concepción tecnocrática de la política, cuanto mayor sea el número de sujetos “irresponsables”, más eficiente será el gobierno y

resolución de los problemas sociales. Llama la atención (aunque probablemente constituya otro síntoma de la crisis generalizada) la escasez y el aislamiento de voces de importancia que han señalado en forma específica la perversidad de un enfoque como éste, que además se presenta con el ropaje de la bondad y el progresismo. Un enfoque en el cual, bajo una forma renovada y *light* del psicoanálisis y la asistencia social, se vuelve a ser un eterno "paciente" y nunca más un ciudadano (H. M. Enzensberger, 1994, pp. 35-36).

El rechazo del sustancialismo²⁸ progresista a las formalidades (léase garantías) del estado de derecho, lo ha convertido objetivamente en socio involuntario del dominio tecnocrático. Resulta paradójicamente más cómodo para las "buenas" y "malas" conciencias apoyar o reprimir al joven como víctima, o victimario irresponsable, antes que interpelarlo como sujeto activo de responsabilidades específicas.

La implantación de verdaderos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados, en primer lugar, en el principio de la culpabilidad, puede convertirse en una estrategia decisiva para colocar el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana en su justa dimensión cuantitativa y cualitativa.

Ayudar a desmontar con paciencia y sin falsas piedades una alarma social sin centro y sin límites no constituye seguramente una condición suficiente para nada, pero si, tal vez, una de las tantas condiciones necesarias para transitar el muy difícil camino de una modesta utopía.

Bibliografía

- ANDERSON, Perry: *Los fines de la historia*, Anagrama, Barcelona, 1992.
- ARENDRT, Hannah: "Reflections on Little Rock", en *Dissent*, n° 6, 1959, pp. 45-56.
- *¿Que es la política?*, Paidós, España, 1997.
- BARATTA, Alessandro: "Infancia y democracia", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores): *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogota-Buenos Aires, 1999.
- BECK, Ulrich: *Democracy without enemies*, Polity Press, Cambridge, 1998.
- BELOFF, Mary: "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América latina", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores): *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1999.
- "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", en *Justicia y derechos del niño*, n° 2, Unicef Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, pp. 77-89.
- BLOCH, Ernst: *Das prinzip hoffnung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1993.
- BOBBIO, Norberto: *L'eta dei diritti*, Einaudi, Turin, 1990.
- CAMPS, Victoria: "Paternalismo y bien común", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, n° 5, Alicante, 1988, pp. 195-201.
- CARRANZA, Elías, y MAXERA, Rita: *La justicia penal juvenil posterior a la Convención y el uso de la privación de la libertad en América latina*, ILANUD, San José de Costa Rica (en prensa).
- CILLERO, Miguel: "Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la convención sobre los derechos del niño", en: *Justicia y derechos del niño*, n° 2, Unicef Oficina de Area para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, pp. 101-138.

- “Nulla Poena sine culpa un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”, inédito, Santiago de Chile, 2001.
- ENZESBERGER, Hans Magnus: *Perspectivas de guerra civil*, Anagrama, Barcelona, 1994.
- FLORES D'ARCAIS, Paolo: Hannah arendt. *Existencia y libertad*, Tecnos, Madrid, 1996.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: “Adolescentes infractores de la ley penal: seguridad ciudadana derechos fundamentales”, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- “Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VI, n° 10-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 261-275.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, n° 5, Alicante, 1988. pp. 155-173.
- GOMES DA COSTA, Antonio Carlos: “Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y CARRANZA, Elías (organizadores): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992.
- “Pedagogía y Justicia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores): *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogota-Buenos Aires, 1999.
- HART, Roger: “La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica”, Unicef, ICDC, Florencia, 1993.
- LETWIN, Shirley R., *The pursuit of Certainty* (Hume, Bentham, Mill and Beatrice Webb), Cambridge University Press, 1965.
- MERQUIOR, José G.: *Liberalismo viejo y nuevo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- PILOTTI, Francisco: *Globalización y convención de los derechos del niño. El contexto del texto*, Documento de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2000.
- SEDA, Edson: “Evolución del Derecho Brasilenio del Niño y del Adolescente”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y CARRANZA, Elías (organizadores): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992.
- TOBAR, Ana R., y BARRIENTOS, Marilys: “Comentario al proceso de reforma en Guatemala”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores): *Infancia, ley y democracia en América latina*, Temis-Depalma, Bogota-Buenos Aires, 1999.
- UNICEF, “Encuesta de opinión. La voz de los niños y adolescentes de Iberoamérica”, Oficina Regional de Unicef para América latina y el Caribe, Panamá, 2000.

NOTAS

- * Profesor asociado de criminología, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- ¹ No ignoro el carácter problemático que encierra el concepto de juventud, ambiguo, elástico e indefinido como pocos. En este contexto, por un lado recojo la expresión “juventud” dado su

uso intenso y popularizado; por el otro, sin embargo, aclaro que la utilizo aquí como sinónimo de adolescencia, definida jurídicamente por las nuevas leyes latinoamericanas de responsabilidad penal, de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos. Sobre la importante pero casi desconocida diferencia entre el derecho penal juvenil de matriz europea y el derecho de responsabilidad penal de los adolescentes de matriz latinoamericana, remito a un excelente trabajo de Miguel Cillero (2001) aún inédito.

- ² Resulta por lo menos curioso la ausencia de encuestas de opinión sobre este tema en las que, específicamente, sean consultados los propios adolescentes. La oficina de Unicef para Argentina, Chile y Uruguay, prepara una encuesta específica para ser desarrollada (con adolescentes), interpretada y discutida durante el año 2001.
- ³ Sobre la doctrina de la "situación irregular", soporte ideológico de las prácticas pseudo tutelares discrecionales en relación con la infancia pobre (los "menores") cfr. GARCÍA MÉNDEZ, E. (1998, en especial pp. 57-70).
- ⁴ De hecho las infracciones graves a la ley penal cometidas por menores de 14 años resultan irrelevantes desde el punto de vista estadístico. De derecho, los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes vigentes en América Latina, excluyen de sus disposiciones a la categoría de los niños.
- ⁵ Para un análisis bastante detallado de los distintos tipos de participación de niños y adolescentes, cfr. el trabajo de R. Hart (1993). Llama la atención, sin embargo, un fuerte sesgo ideológico, presente en el trabajo de Roger Hart aquí citado, así como en buena parte de la literatura anglosajona de este tipo, que impide incluir, a pesar de las sobradas evidencias, a los "Movimientos de Niños Trabajadores", entre las formas de mediación ilegítima y manipulación de la participación infantil.
- ⁶ La Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe ha realizado durante los años 1999 y 2000 una encuesta pionera, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, sobre la voz de los niños en América Latina, España y Portugal. La encuesta entrevistó a 11.655 niños de 9 a 18 años en 17 países. Con todos los inconvenientes conceptuales y técnicos que un estudio pionero puede tener, el mismo posee la extraordinaria virtud de interpelar al niño y al adolescente común. Cfr. "Encuesta de opinión. La voz de los niños, niñas y adolescentes de Iberoamérica", Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Panamá 2000.
- ⁷ La más aguda de las reflexiones sobre el vínculo entre infancia y democracia, desde la perspectiva de los derechos de la infancia, la constituye el trabajo de BARATTA, Alessandro (1999, pp. 31-57).
- ⁸ Cfr. el interesante artículo de BECK Ulrich (1998, pp. 65-83) sobre la democratización de las relaciones familiares en la sociedad actual.
- ⁹ La profusión de citas de Hannah Arendt en esta parte del trabajo, obligan a traer a la memoria una serie de intervenciones, por otra parte poco conocidas de esta autora contra la participación de los niños en la política. Más concretamente, dichas intervenciones fueron hechas a fines de los años 50, con ocasión de la movilización de escolares negros contra las políticas educativas de segregación racial. Estas intervenciones deben ser contextualizadas. Es bastante probable que a fines de la década de los 50 todavía estuviera muy fresco en la memoria de Hannah Arendt, el proceso de protagonismo juvenil (tal vez el mayor de la historia) de las juventudes hitlerianas. Esta situación confirma, con mayor razón, la necesidad de insistir en el vínculo irrenunciable de la participación infantil con un contexto político democrático. La interesante referencia sobre estos escritos (1959) está contenida en uno de los mejores análisis sociológicos sobre los movimientos de derechos de la infancia en América Latina realizado por Francisco Pilotti (2000). Parece importante aclarar que el trabajo de Pilotti, sin embargo, aborda el tema desde la perspectiva que en este contexto denominamos interna.
- ¹⁰ Sobre este punto específico confróntese la introducción de Fina Birules (p. 22) al texto de Hannah Arendt (1999), arriba citado.
- ¹¹ Un desarrollo exhaustivo de esta idea se encuentra en D'ARCAIS, P. Flores (1996).
- ¹² Cfr. BELOFF, M. (1999); CILLERO, M. (2000); GARCÍA MÉNDEZ, E. (1998); GOMES DA COSTA, A. C. (1999).
- ¹³ Sobre la especificidad de la responsabilidad penal de los adolescentes remito otra vez al trabajo de CILLERO, Miguel (2001).
- ¹⁴ Un ejemplo altamente representativo de esta tendencia lo constituyen algunos trabajos, ya clásicos, de SEDA, E. (1992) y GOMES DA COSTA, A. C. (1992).
- ¹⁵ El nivel de movilización político-social que generó el proceso de debate y finalmente de aprobación del "Código de la Infancia y la Adolescencia" entre 1991 y 1996 no tiene precedentes en la región, y muy especialmente en la propia Guatemala. Medido por su impacto en los medios de comunicación, especialmente en la prensa escrita, este proceso no difiere en esencia de cualquier otro debate político de importancia acontecido en el país en los últimos años. En términos de participación social y debate público, el Código de Guatemala, primero aprobado por unanimidad en el parlamento en 1996, aplazada varias veces su entrada en vigencia por un año, hasta que en marzo de 1999 se votó su aplazamiento *sine die*, constituye una de las primeras leyes verdaderamente democráticas de Guatemala como nación independiente. Este proceso, que yo sepa, no ha generado ni un

solo estudio digno de mención por parte de la sociología o la ciencia política, especialmente desde el punto de vista que aquí denominamos externo. Existen, sin embargo, una cantidad considerable de riquísimos análisis producidos por miembros del propio movimiento guatemalteco de lucha por los derechos de la infancia. Para un ejemplo representativo de lo que aquí menciono, me permito remitir al lector al trabajo de DE TOBAR, A. R., y BARRIENTOS DE ESTRADA, M. (1999).

- ¹⁶ Dos excepciones a esta regla que merecen destacarse la constituyen los trabajos del Luigi Ferrajoli (Italia) y Juan Bustos (Chile). Excluyo de esta consideración a aquellos penalistas o criminólogos, como es el caso, por ejemplo, de A. Baratta, que hace tiempo se han colocado en un punto de vista explícitamente interno respecto del movimiento de lucha por los derechos de la infancia en América latina.
- ¹⁷ Quisiera compartir con el lector un dilema que se me presentó durante la escritura de este texto. Confieso que en una primera redacción, utilicé —en este contexto— el término “progresista” entre comillas. Luego percibí que esta actitud podía constituir un gesto de intolerancia frente a aquellos que rechazando una responsabilidad penal de los adolescentes basada en la culpabilidad, se autoperceben con sinceridad y honestidad como progresistas. En todo caso, me parece importante trasladar este debate a otro plano y con otros términos. Tal vez este debate podría iniciarse con un interrogante que permita responder hasta que punto la defensa de algún tipo de discrecionalidad, como posición opuesta a un garantismo consecuente, es compatible con un pensamiento progresista en América latina. Aclaro, sin embargo, que de ninguna manera extiendo esta duda sobre el carácter progresista del pensamiento, a aquellos promotores, con cualquier excusa, del trabajo infantil. En este último caso, se trata lisa y llanamente de violaciones flagrantes a la CIDN que es necesario denunciar y erradicar.
- ¹⁸ Cfr. BELOFF, M. (2000, en especial p.79).
- ¹⁹ Solo a modo de ejemplo, téngase en cuenta la sobrevivencia de la discrecionalidad tutelar con fines “pedagógicos” en el art. 7 de la nueva ley española de responsabilidad penal de los menores de edad, donde se contempla como variable de mucho peso para la determinación de la sentencia, la personalidad del adolescente.
- ²⁰ Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, E. (1998, pp. 167-181)
- ²¹ Sobre la compleja relación entre paternalismo y protección cfr. el interesante trabajo de CAMPS, V. (1988, pp. 195-201).
- ²² Sobre este razonamiento que vincula el derecho de igualdad de las mujeres con el futuro de la democracia, cfr. el interesante trabajo de ANDERSON, P. (1996, pp.139-141).
- ²³ Salvando las diferencias que en realidad son más de grado que de sustancia, la “protección” discrecional constituye un comportamiento que se expresa tanto en el plano individual como en el plano institucional. Hasta ahora, hemos insistido mucho en el análisis crítico del comportamiento discrecional de las instituciones (jueces, sistemas de bienestar, etc.) con los “menores” objeto de su protección. Tal vez, ha llegado la hora de abrir una línea de investigación más amplia en relación al comportamiento discrecional de los adultos con todos los niños. Sobre todo, porque este tipo de investigación (fundamental en sí misma) puede arrojar nuevas luces sobre las enormes dificultades que enfrentan todas las transformaciones jurídicas e institucionales en relación a la infancia.
- ²⁴ El concepto de “neomenorismo”, designa a la posición asumida por aquellos que, en general habiendo participado del proceso de derogación de la viejas leyes de menores y de su sustitución por leyes basadas en la doctrina de la protección integral, pretenden hoy un uso tutelar y discrecional de la legislación garantista. Para una visión más detallada de esta posición, cfr. GARCÍA MÉNDEZ, E. (2000).
- ²⁵ Este concepto de la utopía como lo que todavía no es, aparece formulado en la obra mayor del filósofo alemán BLOCH, Ernst (1993).
- ²⁶ El concepto de “modesta utopía” pertenece a LEWIN, Shirley Robert (1965), quien lo utiliza en relación a Jeremías Bentham. La cita es recogida del libro de MERQUIOR, G. (1993), sobre la historia del liberalismo. Resulta importante distinguir, la utopía como proyecto social de la utopía como actitud. El concepto de modesta utopía se refiere aquí a un proyecto social, la actitud utópica, en cambio, se vincula con la imposibilidad de evitar un profundo malestar y rechazo frente a lo existente. En este sentido, una modesta utopía resulta perfectamente conciliable con una actitud utópica radical. (agradezco esta observación a mi amigo Eduardo Bustelo)
- ²⁷ La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica en vigencia desde comienzos de 1996, que es la ley más severa, si consideramos el monto máximo previsto de la privación de libertad, pero al mismo tiempo rigurosamente respetuosa en su letra y funcionamiento en lo que hace a la observancia de las garantías procesales y en especial del principio de culpabilidad, ha convertido a Costa Rica no sólo en un país con baja alarma social, sino en el país con la menor población de privados de libertad —en términos absolutos y relativos— de toda América Latina. Para una información detallada y actualizada sobre la evolución del número de los menores de edad privados de libertad en América Latina, cfr. el trabajo de E.Carranza y R.Maxera (2000). Llamo la atención que esta evidencia incontestable no haya producido absolutamente ninguna reacción en los sectores progresistas de la región que

continúan oponiéndose a la instauración de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes y aferrándose a la discrecionalidad "bondadosa".

²⁸ Utilizo el concepto de *sustancialismo* para designar una forma de pensamiento, en general tributario del marxismo más vulgar, para el cual el derecho y las instituciones resultan meras excrescencias de la infraestructura. Para decirlo rápidamente, son aquellos que rechazan cualquier valor pedagógico y transformador al derecho y las instituciones.