

TESIS DOCTORAL

**LAS ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL.
CUANDO LA INVISIBILIZACIÓN TIENE GÉNERO.**

Marcela Aedo Rivera

Directora: Profa. Dra. Encarna Bodelón González.

Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídicopolítica. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho. Universitat Autònoma de Barcelona.

Barcelona, mayo de 2014

Dedicada a mi madre, a mi tía Betty, a mi tío Alfredo y a mi tía Angélica.

Índice

INTRODUCCIÓN	11
AGRADECIMIENTOS	20
CAPÍTULO I UNA APROXIMACION A LA HISTORIA DE LA INFANCIAFEMENINA: LA RECONSTRUCCIÓN DE LA HISTORIA DEL CONTROL DE LAS NIÑAS Y LAS ADOLESCENTES.	21
1. Breve historia de la construcción social de la categoría Infancia	21
2. Nacimiento y expansión del control socio-penal de la infancia-adolescencia.....	31
2.1 La construcción social de la infancia minorizada.....	31
2.2. El nacimiento de un específico dispositivo de control penal: Justicia Penal Juvenil.....	36
2.3 El control socio-penal del “menor abandonado-delincuente” en América Latina	40
3. Historia del control socio-penal de la Infancia Femenina.....	46
3.1. Algunas consideraciones previas: Historiografía de las Mujeres	46
3.2. Revisión de la historia de la infancia: el enclaustramiento y control de las niñas.	50
3.2.2 Las mujeres y las niñas en el discurso de Jean J. Rousseau	54
3.2.3 Las críticas a Rousseau. Respuesta de Wollstonecraft.	56
4. Control Socio-Penal de las Niñas y Adolescentes.....	59
5. Control Penal y Niñas/Adolescentes.....	63
5.1 Antecedentes: La mujer y el Poder Punitivo. Primeras Teorías Criminológicas. .	63
5.2 Teorías Sociológicas y Control Penal: la invisibilización de las niñas.	73
5.2.1. Teorías de la Ecología Social.....	74
5.2.2. Teorías de la Tensión/Teoría de la Anomia	75

5.2.3 Teoría de la Oportunidad	76
5.2.4. Teoría de las Subculturas	77
5.2.5. Teoría del Etiquetamiento (<i>Labeling Approach</i>) o de la Reacción Social.....	79
5.2.6. Criminología Crítica.....	80
5.2.7. Criminología Feminista	83

CAPÍTULO II LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN): HACIA LA CONSOLIDACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES.88

1. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Antecedentes, sus principales características y principios.....	88
1.1. Antecedentes.....	88
1.2. Características.	90
1.3. Principios.....	91
2. Los principales avances vinculados a la Convención: Análisis particular en el contexto latinoamericano.	98
2.1 Masiva y rápida ratificación.....	99
2.2. La construcción de nuevos marcos conceptuales. De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.	99
2.3. Modificaciones legislativas con miras a la adecuación de la legislación interna respecto de la Convención.	101
2.4. Visibilización de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derecho. De las necesidades a los derechos.....	103
2.5. El trabajo de las ONGS, coaliciones y redes de infancia de la región.	104
2.6. El rol del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.....	104
2.7. La incorporación de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	106

2.7. 1. Principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos.....	108
2.7.2. Principio de Igualdad y No Discriminación.....	111
2.8. La creación de sistemas especiales de responsabilidad penal adolescente.....	118
2.8.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).....	121
2.8.2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing, aprobada el 29 de noviembre de 1985 por resolución N° 40/33	123
2.8.3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/113....	124
2.8.4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de la RIAD, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/112.....	125
2.8.5. Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)...	126
2.8.5.1. Antecedentes	127
2.8.5.2. Principio de No Discriminación como igualdad material.	128
2.8.5.3. Relación con los hijos y las hijas. Principio del Interés Superior del Niño.	129
2.8.5.4. Lugares de reclusión y tareas de cuidado.....	129
2.8.5.5. Salud	129
2.8.5.6. Violencia de Género.....	131
2.8.5.7. Seguridad y vigilancia.....	132
2.8.5.8. Contacto con el mundo exterior.	133
2.8.5.9. El personal penitenciario y su capacitación.....	133
2.8.5.10. Respeto de las Reclusas Condenadas	134
2.8.5.11. Reclusas en prisión preventiva o en espera de juicio	137
2.8.5.12. Medidas no privativas de libertad	137

2.8.5.13. Investigación, planificación, evaluación y sensibilización pública.....	139
2.8.5.14. Reclusas menores de edad	140
3. Los principales obstáculos a una adecuada implementación de la CDN en el contexto latinoamericano: derechos económicos, sociales y culturales y la desigualdad en América Latina.....	142
3.1. Introducción.	142
3.2. Panorama general en América Latina.....	144
3.2.1. Caracterización Socio - Demográfica de Latinoamericano.	144
3.2.2 Pobreza.....	145
3.2.3. Educación.....	149
3.2.4. Salud	154

CAPÍTULO III MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL: ANÁLISIS PARTICULAR DE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA 163

1. Modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil	163
1. 1. Modelo clásico.....	163
1.2 Modelo tutelar o asistencial	165
1.2.1. Antecedentes del Modelo Tutelar.....	165
1.2.2. El nacimiento de la Justicia Minoril: la “esquizofrenia” de los empresarios morales.....	171
1. 3 Modelo educativo o de bienestar.....	176
1. 4. Modelo de Responsabilidad.....	179
2.- La ceguera de género. La invisibilización de las niñas y adolescentes infractoras en el estudio de los modelos de tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil.....	189
2.1. Antecedentes del Modelo Tutelar.....	190
2.2. Modelo Tutelar.....	195
2.3. Modelo de Educación o Bienestar.....	201

2.4. Modelo de Responsabilidad.....	203
2.4.1. España: delincuencia juvenil femenina y su tratamiento jurídico penal en la actualidad.	204
2.5.- Reflexiones y estrategias para enfrentar la discriminación sexual en el marco de un modelo de responsabilidad.	217
CAPÍTULO IV: LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS ADOLESCENTES INFRACTORAS DE LEY PENAL EN CHILE.....	
221	221
1. Procesos de reforma legal en América Latina. Nuevos Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil.....	221
1.1. Introducción	221
1.2. La CDN como marco del proceso de reformas legislativas.....	222
1.3. Proceso de reforma legislativa en Brasil: el inicio de una reforma regional.....	223
1.4. Nuevos Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescente en América Latina	227
1.4. 1. Introducción	227
1.4.2 Características de los Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescentes en las nuevas legislaciones latinoamericanas (SRPA).....	230
1.4.3. Análisis particular de los sistemas de responsabilidad penal adolescente en Brasil y Costa Rica.	243
2. Comentarios generales sobre la implementación de los Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescente en América Latina: Análisis particular de la situación de las adolescentes infractoras en Brasil y Costa Rica.....	247
2.1 A propósito de la implementación de los SRPA en América Latina: ¿La retórica de los Derechos?.....	247
2.2. La situación de las adolescentes en los SRPA en América Latina: la sinergia de la precariedad e invisibilidad.....	252

3. Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile. Análisis particular del tratamiento de las adolescentes infractoras.....	256
3.1. Evolución del control socio-penal de la infancia adolescencia en Chile	256
3.1.1. Antecedentes.	256
3.2. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.....	263
3.2.1 Antecedentes	264
3.2.2 Contenido. Principales aspectos de la LRPA.	268
3.3. Tratamiento de las Adolescentes Infractoras en el nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.	269
3.3.1. Tratamiento Jurídico: LRPA, Reglamento y Orientaciones Técnicas del SENAME.	269
3.3.2. Algunas Datos Estadísticos	273
3.3.3. Algunos comentarios sobre la implementación de la normativa: las niñas invisibles.....	274
CONCLUSIONES	278
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	303
SIGLAS.....	323

INTRODUCCIÓN

Mi interés en el tema de la infancia-adolescencia, surgió en el año 1998, cuando en el contexto de mi práctica profesional participé en el proyecto destinado a la defensa de los derechos del joven infractor. Con ocasión de ello realicé visitas semanales durante seis meses al recinto penitenciario de adultos, que contaba con una sección para menores de edad, en Valparaíso, Chile. Mi trabajo consistía básicamente en realizar la defensa escrita y oral pertinente, para lo cual me debía entrevistar con ellos y de este modo obtener la información más relevante. La mayoría de mis “clientes” me narraban los “accidentes” que por “error” los habían conducido a aquel lugar. Y si bien en los casos particulares yo tenía la certeza de su culpabilidad, debo confesar que con el paso de los años, se consolida en mi la convicción sobre la verdad y profundidad de sus excusas.

En efecto, el impacto que sentí al ver esas vidas vulneradas y la intuición de los factores estructurales que conducían a esos niños a ser privados de libertad, generó en mi la necesidad de emprender un viaje de aprendizaje académico.

Este viaje se inició en Barcelona el año 2001, en septiembre de aquel año comenzaron mis estudios en el Magister en Sistemas Penales y Problemas Sociales, de la Universidad de Barcelona, bajo la dirección del Dr. Roberto Bergalli R. El plan era el usual, luego de dos años de estudio y de vida catalana yo regresaría a mi trabajo en Chile, sin embargo, los “accidentes” de la vida destinaron siete años de mi vida en Cataluña. Los primeros dos años me dediqué exclusivamente al Magister, y en el año 2003 defendí el trabajo titulado Los Sistemas de Responsabilidad Juvenil en el marco de una Política de Protección Integral de los Derechos Fundamentales: Análisis particular del caso chileno, bajo la dirección de la Dra. Encarna Bodelón G.

El año académico 2003-2004 continué con los estudios de Doctorado en Derecho, especialidad en Sociología Jurídica Penal y los trabajos de investigación sobre justicia juvenil en España y Cataluña que defendí en septiembre de 2004, me permitieron obtener el Diploma de Estudios Avanzados.

Luego de un año, emprendí un nuevo curso, el Diplomado en Género: Agentes de Igualdad, en la Universidad Autónoma de Barcelona. Con ocasión de las buenas amigas que conocí en él, me

vinculé con organizaciones destinadas a la defensa de los derechos de las mujeres, *Àmbit Dona* y *Creación Positiva*, espacios en –como orientadora jurídica- debía atender a mujeres gravemente vulneradas en sus derechos.

Tanto los estudios del Diplomado como la experiencia en ambas organizaciones, acentuaron mi perspectiva feminista.

Una vez de regreso en Chile, el año 2009 tuve la oportunidad de trabajar en el Servicio Nacional de Menores y en particular como abogada del centro privativo de libertad de menores de mi región, Valparaíso.

Mi primer trabajo, consistió en realizar las conclusiones de un sumario administrativo que se había realizado por el primer suicidio que había tenido lugar en el centro, el de una chica de 17 años ingresada en internación provisoria el 13 de octubre del año 2008, imputada por robo con intimidación y cuya muerte tuvo lugar el 2 de diciembre del mismo año. De acuerdo a la información de prensa y de las autoridades de la época, la joven presentaba una abstinencia grave y un intento de suicidio anterior, y por ello debería haber estado ingresada en una unidad de corta estadía pero al no existir ninguna en el país a la época, la joven fue derivada al Hospital Horwitz, donde su ingreso fue rechazado por ser mujer y no contar dicho establecimiento con sección especial para mujeres. El conocimiento de este caso y luego el contacto que tenía con las menores privadas de libertad, me impactaron de tal manera que comencé a investigar sobre la situación de las chicas.

Más allá de los comentarios “de pasillo” que las caracterizaban como problemáticas, hipersexuadas e histéricas, la verdad no obtuve mayor información. Revisé los/as principales autores y autoras con los que trabajé para realizar mi tesis de master y trabajos de doctorado, sin embargo no encontré ninguna referencia. La frustración de aquel silencio finalmente fue contrarrestada con la decisión de retomar mis estudios de Doctorado, en esta oportunidad, en la Universidad Autónoma de Barcelona, con el objetivo específico de revisar la situación de las adolescentes infractoras en los sistemas de justicia juvenil.

Objetivo de la Investigación

El objetivo de la presente investigación es caracterizar el tratamiento que los sistemas penales han otorgado a las niñas y adolescentes infractoras, en el contexto español y latinoamericano, centrándome particularmente en el chileno.

Cuando nos referimos a los sistemas penales, entendemos en éstos tanto a los sistemas penales propiamente tales como a las denominadas formas alternativas de sistema penal o subsistemas penales paralelos.

En este sentido, seguimos la distinción efectuada por Eugenio Raúl Zaffaroni para quien el “sistema penal” consiste en el “control social punitivo institucionalizado”, y cuando esa institucionalización reconoce abiertamente su carácter punitivo, entonces estamos frente al sistema penal propiamente tal (integrado por leyes penales, tribunales del crimen, policía, cárceles, etc.). Cuando lo que materialmente es punitivo se legitima acudiendo a otros discursos, por ejemplo con pretexto terapéutico (como en el caso del sistema de las internaciones psiquiátricas) o tutelar (como en el caso de las distintas formas tradicionales de control de la infancia que niegan formalmente su dimensión punitiva), estamos frente a sistemas penales “paralelos” (1999).

En esta perspectiva, nuestro interés se centra, en caracterizar, el tratamiento que tanto las instituciones protectoras, las leyes penales y tribunales históricamente le han otorgado a las niñas y adolescentes infractoras.

En relación al tema de las adolescentes infractoras, debo señalar que las “espinosas” fuentes han jugado rol fundamental en este trabajo. En efecto, con el fin de hacer un primer acercamiento a la luz de lo que había desarrollado en mis trabajos de investigación previos, revisé sus principales fuentes bibliográficas, particularmente las tradicionalmente utilizadas en el contexto latinoamericano, sin embargo no obtuve mayor información. Luego revisé las principales referencias que ya había utilizado para el caso español y catalán, y salvo contadas excepciones, el panorama fue similar.

Luego- fundamentalmente a través de los estudios feministas desarrollados por Encarna Bodelón- me acerqué a las investigaciones de autoras anglosajonas que han analizado desde una perspectiva histórica, criminológica y socio-jurídica la situación de las niñas y adolescentes

infractoras. Las fuentes comenzaron a asomar y las vinculaciones me llevaron a interesantes estudios criminológicos desarrollados en el contexto español.

Debo señalar que en el contexto latinoamericano, mi suerte no ha sido la misma, me he topado con enormes dificultades, correos electrónicos enviados a importantes instituciones de referencia en la región y que aún esperan a ser respondidos.

Sólo a modo de ejemplo, me comuniqué con Carmen Antony García, autora feminista de referencia en estudios sobre mujer y cárcel en América Latina, quien actualmente reside en Panamá, y me confirma la escasa o nula información. Su correo electrónico concluye del siguiente modo: “Como ves la invisibilidad de mujeres adultas y menores sigue existiendo. ¿Que te parece?”

En el caso chileno, se presentó idéntica dificultad, incluso parte de la información obtenida debió ser solicitada por el mecanismo de transparencia. Como muestra de ello adjuntamos en el anexo de este trabajo los correos enviados a las principales instituciones del país y sus respuestas.

Señalo lo anterior, para explicar que entre otros efectos la escasa información obtenida tanto para América Latina y Chile, desvió el objetivo de este trabajo originalmente pensado sólo para ambos contextos. Finalmente decidí tratar exploratoriamente tanto la situación española como latinoamericana, con particular énfasis en Chile.

Una vez delimitado el objetivo general de esta tesis, y producto de mis primeras aproximaciones conceptuales a la situación de las adolescentes infractores, se han fijado los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar si las principales perspectivas sobre el control socio-penal de la infancia adolescencia han analizado la situación de la niña y adolescente. Nuestro principal interés se centrará en revisar las principales teorías criminológicas que tradicionalmente han explicado la delincuencia juvenil.
2. Analizar el tratamiento que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Infancia Adolescencia hace de los niños y niñas en general y de los/as adolescentes infractores/as en particular.

3.-Identificar y caracterizar el tratamiento que los distintos modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil le han otorgado a las adolescentes infractoras.

4. Identificar si los sistemas de responsabilidad penal adolescentes que se han desarrollado en América Latina en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño, han reconocido a las adolescentes infractoras y sus necesidades.

Hipótesis de Trabajo

La principal hipótesis de la presente investigación es la siguiente:

“El tratamiento que históricamente han realizado los sistemas penales se han caracterizado por invisibilizar a las adolescentes y sus necesidades”.

Las sub-hipótesis son las siguientes:

1. Los estudios criminológicos se han desarrollado –tradicionalmente- en relación a la figura del varón en general y del adolescente infractor en particular.

2.-El Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Infancia Adolescencia se ha desarrollado fundamentalmente utilizando como modelo de referencia la figura del varón y sus necesidades.

3. El sujeto sobre el que se articularía el vigente modelo de responsabilidad en España y América Latina en particular lo referido al tratamiento jurídico penal y las políticas penitenciarias es el menor de edad varón.

4.- Las niñas y adolescentes en América Latina viven en condiciones de particular discriminación.

5.- Los sistemas de responsabilidad penal adolescente desarrollados en América Latina con posterioridad a la CDN discriminan a las adolescentes infractoras, particularmente en su implementación.

Metodología

Recurrimos a la metodología socio-jurídica y a elementos de la metodología feminista. Del punto de vista socio-jurídico, utilizamos los métodos tradicionales de tipo documental (Treves, 1988) tales como libros, artículos de revistas, investigaciones, informes, jurisprudencia y textos legales y reglamentarios específicos.

Asimismo, guiarán nuestro trabajo los aportes metodológicos feministas para el análisis del fenómeno jurídico (Bodelón, Encarna 1998). Fundamentalmente hemos tenido presente la propuesta metodológica de Alda Facio (1992)¹.

La combinación de ambas metodologías obedece a que tal como señala Encarna Bodelón:

“(…)podemos ver que la sociología jurídica permite abordar las cuestiones de subordinación de las mujeres teniendo en cuenta algunos elementos que han caracterizado la tradición feminista como: la crítica de una noción esencialista y universalista del derecho, y el rechazo a un análisis que establezca principios generales basados en abstracciones opuestas a la experiencia de hombres y mujeres. La experiencia ha sido siempre un punto central para el análisis feminista y puede ser recuperada a través del análisis socio-jurídico” (1998).

Epistemología

Desde el punto de vista epistemológico, nuestro trabajo se enmarca fundamentalmente en la epistemología feminista, la que nace en los años setenta del siglo XX, y pone de relieve que el pensamiento humano moderno y su vida social están distorsionados como fruto de teorías, conceptos, metodologías y bases de pensamiento que se construyeron sólo sobre la experiencia masculina, presuponiendo que son la experiencia de toda la humanidad. La epistemología feminista se levanta contra la tradición científica positivista que busca la verdad desde la

¹ La autora presenta los siguientes seis pasos, que se podrán utilizar conjunta o indistintamente y el orden deseado por la investigadora o investigador: “1. Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. 2. Identificar las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en el texto, tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc. 3. Identificar cuál es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto: si es la mujer blanca, la mujer casada, la mujer pobre, etc., es decir, cuál es la mujer que se está contemplando como paradigma de ser humano y des-de ahí, analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc. 4. Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto, es decir, si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc. Paso 5. Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal. Paso 6. Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Este es también el primer paso, porque para interesarse en esta metodología primero hay que tomar conciencia del sexismo” (1992).

pretendida neutralidad de la ciencia; contra aquel saber que se basa en dualismos dicotómicos sexuados y que invisibiliza a la mujer y el espacio doméstico (Nicolás, Gemma 2009: 79-80)

Por otra parte, la aproximación teórica que hacemos al tema de investigación la realizaremos desde una óptica crítica-evaluativa, ya que pretendemos llevar a cabo una “tarea interpretativa y valorativa” (Bombini, Gabriel 2000:26). Ello en el entendido que el conocimiento al que podemos arribar será de carácter esencialmente provisional (García-Borés, Josep 1993:95), y que podrá ser modificado y/ o enriquecido a través de futuras investigaciones.

Estructura

Con el fin de abordar tanto los objetivos e hipótesis planteadas hemos estructurado en siguiente trabajo en cuatro capítulos.

El primer capítulo hace una primera aproximación histórica la historia de la infancia femenina. Para ello se revisan las principales perspectivas históricas en la construcción social de la categoría infancia. Luego nos detenemos en el nacimiento y expansión del control socio-penal de la infancia adolescencia, fundamentalmente de la infancia abandonada-delincuente en América Latina. Una vez efectuada esta primera revisión general, nos detenemos en la historia del control socio-penal de la infancia femenina, el que contextualizamos en el marco de la historiografía de las mujeres, particularmente a la luz de autoras feministas que han revelado como ellas han sido invisibilizadas y de este modo han denunciado el carácter parcial del conocimiento histórico construido.

Se caracteriza la historia de la infancia femenina como la historia de su enclaustramiento y de su control, el que se ha sustentado en un ideal de feminidad construido desde el pensamiento ilustrado. En este sentido destacamos a Rousseau, cuyo pensamiento ha fijado las bases del patriarcado moderno, y que fue profusamente criticado por la pensadora ilustrada Mary Wollstonecraft.

A continuación revisamos las principales teorías que han explicado la delincuencia femenina, para posteriormente arribar a las teorías criminológicas que tradicionalmente han explicado la delincuencia juvenil con el fin de determinar si ellas han considerado a las adolescentes y sus

necesidades. Como cierre del capítulo nos centramos en los principales aportes que las criminologías feministas han hecho a la delincuencia juvenil femenina desde una óptica crítica y que busca centrar su análisis en la experiencia de las niñas y adolescentes.

El segundo capítulo centra su análisis en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la consolidación internacional de los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes.

En la primera parte de este capítulo desarrollamos los principales antecedentes de la CDN y sus características y principios. Luego nos centramos en los principales avances vinculados a la Convención en el contexto latinoamericano, entre los que destacamos su masiva y rápida ratificación, la construcción de nuevos marcos conceptuales, modificaciones legislativas de orden interno, visibilización de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, el rol del Comité de los Derechos del Niño y la incorporación de los derechos de la infancia-adolescencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros. En este último punto nos detenemos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de identificar si ella ha relevado las necesidades de las niñas. Este apartado lo cerramos con el análisis de los principales instrumentos que –en el campo del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia adolescencia- regulan la responsabilidad penal adolescente. Desde la perspectiva de género destacamos las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, más conocidas como las Reglas de Bangkok (2010) en particular el apartado destinado a las menores delincuentes.

En la segunda parte de este capítulo, revisamos los principales obstáculos a una adecuada implementación de la CDN en el contexto latinoamericano y que está vinculado con el incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia. A fin de contextualizar la situación en que se encuentran los niños y las niñas en la región, presentamos algunos datos relativos a la pobreza, educación y salud, destacando en su análisis la perspectiva de género.

El capítulo III analiza los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil en general y de la delincuencia juvenil femenina en particular. Seguimos la distinción que recogen la mayoría de estudios, a saber, el modelo clásico o penitenciario, tutelar, modelo de bienestar o educativo y

modelo de responsabilidad. Revisamos como los estudios sobre el particular han visibilizado o no a las niñas/adolescentes y sus necesidades. -España: delincuencia juvenil femenina y su tratamiento jurídico penal. Luego presentamos una caracterización de la delincuencia juvenil femenina en el contexto español, y revisamos si los estudios evidencia o no un aumento de la delincuencia juvenil femenina, posteriormente analizamos los tipos de delitos que cometen las chicas, las respuestas de los Tribunales y nos detuvimos fundamentalmente en las menores privadas de libertad.

El capítulo IV se centra en los sistemas de responsabilidad penal adolescente en América Latina, y en particular en el tratamiento jurídico de las adolescentes infractoras de ley penal en Chile. Se revisan los procesos de reforma legal en América Latina en esta materia y que se inauguran en Brasil el año 1990 con el *Estatuto da Criança e Adolescente*(ECA).

A continuación presentamos las principales características de los “nuevos” sistemas de responsabilidad penal adolescente en América Latina. Hacemos un análisis particular de la normativa en Brasil y Costa Rica, ya que ambos países junto con España han sido considerados como modelos de referencia para la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile. Este apartado se cierra con algunos comentarios sobre la implementación de estos sistemas en la región transcurridos más de 20 años desde la aprobación y masiva ratificación de la CDN. Luego – a la luz de los escasos estudios en la materia- se presenta la situación de las adolescentes en los en América Latina, la que se caracteriza por la sinergia existente entre la precariedad e invisibilidad.

Finalmente nos centramos el sistema de responsabilidad penal adolescente en Chile, y nos detenemos en el tratamiento de las adolescentes infractoras en el nuevo sistema implementado a partir del año 2007. Presentamos algunas características de la delincuencia juvenil femenina. Revisamos los principales documentos jurídicos en la materia y efectuamos algunos comentarios sobre su implementación.

A modo de cierre elaboramos algunas conclusiones sobre nuestro trabajo y presentamos algunas propuestas/estrategias para enfrentar la discriminación sexual en el marco de un modelo de responsabilidad.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo cobra vida, se desarrolla y llega fin gracias a muchas personas. Por ello deseo agradecer en primer lugar a mi madre, mi tío Alfredo, mi tía Betty y mi tía Angélica. A mi tío Manolo, mis hermanos Manuel y Pilar.

A las y los grandes amigos/as que hice en el Magister Sistemas Penales y Problemas Sociales, Bruno, Ana Luisa, Camilo, Latife, Toni y Carmencha.

A los amigos y las amigas que la vida catalana me regaló con su infinito amor, Nataly, Paulo, Lalo y Mané.

A mis compañeras de ruta, Lurdes, Silvia, Karolina y Úrsula.

A mis hermanas y amigas de la Universidad, Denisse y Patricia por su amor incondicional.

A mis compañeras de Àmbit Dona y Creación Positiva por la fuerza y la confianza.

A mis amores de la Guerrilla, en particular a Miguel, por enseñarme –con su ejemplo- a vivir con valentía.

A la Universidad de Valparaíso por su apoyo material en el cierre de este trabajo. Por la confianza incondicional de mis compañeras y compañeros de trabajo Cristina Bonifaz, Inés Robles y Ricardo Saavedra.

A mis Paulina, Eduardo, Claudia y Sandro, por su cariño y por bendecirme con la alegría de José Pedro y Cristina.

A Rolando porque sé que siempre estará. A Albert por su enorme cariño y cuidado.

A mis luces de Antígona, mis queridísimas Lorena, Noelia, María y Samara por la complicidad y las risas que me han permitido llegar a este momento. A Daniela, por toda la luz y alegría en el cierre de este ciclo. A Violeta y Nuria, porque ellas me recuerdan que cada día debe ser vivido con ilusión.

A José por su amor y ese gran corazón que alegra mis días.

A Encarna Bodelón, por guiarme y acompañarme estos años con sabiduría y confianza. Mi agradecimiento sólo se compara con la generosidad de su corazón.

**CAPÍTULO I UNA APROXIMACION A LA HISTORIA DE LA
INFANCIAFEMENINA: LA RECONSTRUCCIÓN DE LA HISTORIA DEL
CONTROL DE LAS NIÑAS Y LAS ADOLESCENTES.**

1. Breve historia de la construcción social de la categoría Infancia

Al revisar las diversas perspectivas que analizan la infancia², prevalece en nuestro análisis aquella de carácter histórico que considera a la misma como una realidad que se ha construido bajo la influencia del contexto social, cultural y económico que le ha cobijado (García Méndez, Emilio 1998:57; Cortés, Julio 2001:7).

Es decir, no se trata de un “fenómeno ‘natural’, directamente derivado del desarrollo físico, sino de una construcción social que hace referencia a un estatus delimitado, incorporado dentro de una estructura social y manifestado en ciertas formas típicas de conducta, todas ellas relacionadas con un conjunto concreto de elementos culturales” (Jenks, Chris 1982).

Esta primera aproximación histórica, se iniciará con Philippe Ariès cuya tesis central postula que en la antigua sociedad tradicional la niñez de hoy no podía ser representada como una categoría diferenciada de la de los adultos, ya que la infancia correspondía a un período de dependencia materna, el que superado significaba la integración al mundo de los adultos (1987). Un ejemplo de ello es el desconocimiento de los/as niños/as por parte del arte del Medioevo. Las fuentes pictóricas utilizadas por Ariès, y que abarcan desde la Edad Media hasta el siglo XVII, demuestran que a quienes hoy se consideran naturalmente como niños/as, hasta el siglo XIII eran representados/as como personas adultas, vestían sus ropas y realizan sus mismas actividades.

A partir del siglo XIII comienzan a aparecer representaciones de los/as niños/as en tres formas, “ángeles, el niño Jesús y el niño desnudo” (Ariès, Philippe 1987). Para Ariès esta variación en la percepción de la infancia refleja un cambio de mentalidad, dando cuenta de la aparición de sentimientos de infancia. En el siglo XVI la obra pictórica religiosa comprende la figura de Jesús, la infancia de la Virgen y otros Santos. Y la obra laica de la misma índole evoluciona en un sentido semejante, en los siglos XV y XVI, desde la representación de niños/as en la compañía de personas adultas hasta la representación de niños/as solos/as.

La antigua percepción del niño/a como un ser indiferenciado del adulto, comienza a modificarse, cambio que Ariès hace coincidir con la aún incipiente sociedad burguesa e industrial,

² En la categoría infancia, en términos generales, comprendemos a niños, niñas y adolescentes. En este sentido seguimos el criterio de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 1 señala: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En el presente trabajo, la distinción entre niño/a y adolescente cobrará particular relevancia en la regulación de la responsabilidad penal, cuestión que se abordará a partir del capítulo tercero.

en los siglos XVII y XVIII (1987). A fines del siglo XVII nace una nueva sensibilidad colectiva hacia la infancia, la que en el arte se traduce en que estos “pequeños” comienzan a recobrar protagonismo en las obras, apareciendo en el centro del retrato familiar. Sin embargo, ello no es sino la muestra de una transformación en las costumbres de la época. En efecto Ariès sostiene que desde la Edad Media y a principios de la era moderna, tal como hemos indicado, la duración de la infancia se reducía al período de su mayor fragilidad, sin embargo en cuanto podía desenvolverse físicamente, se mezclaba rápidamente con los adultos, con quienes compartía sus trabajos y juegos. La transmisión de valores y conocimientos, y en general la socialización de los/as niño/as no estaba garantizada por la familia, y puede afirmarse que la educación durante mucho tiempo fue obra del aprendizaje, gracias a la convivencia de los/as niños/as con las personas adultas (1987).

“Las relaciones afectivas y las comunicaciones sociales se consolidaban pues fuera de la familia, en un círculo denso y muy afectuoso, integrado por vecinos, amigos, amos y criados, niños y ancianos, mujeres y hombres, en donde el afecto no era fruto de la obligación, y en el que se diluían las familias conyugales” (Ariès, Philippe 1987:11).

Ariès afirma que la antigua familia tenía como misión más importante la conservación de bienes, la práctica de algún oficio y la ayuda mutua. Sin embargo no tenía una función afectiva³.

Estas costumbres comienzan a transformarse a fines del siglo XVII, y para demostrarlo Ariès usa dos instituciones: la escuela y la familia.

La primera sustituyó el aprendizaje como medio de comunicación. “El niño fue separado de los adultos, y mantenido en una especie de ‘cuarentena’ antes de dejarlo libre en el mundo” (Ariès, Philippe, 1987:11). Así comienza un período de reclusión de los/as niños/as que se denomina “escolarización”. Sin embargo esto no podría haber sido posible sin el apoyo, aunque implícito, de la familia, la que comienza a manifestarse como un espacio necesario de afecto entre esposos e hijos. La familia deja de ser solamente una institución que tiene por objeto la transmisión de bienes y apellidos, asume una función moral y espiritual (Ariès, Philippe, 1987:541). Es el inicio de un nuevo sentimiento. La familia atiende los estudios de sus hijos y los sigue con gran interés, asimismo se organiza en torno a los/as niños/as, quienes pasan a ocupar

³Ello no significa que no existiere amor en las familias, sin embargo no era un elemento indispensable para su existencia. (Ariès, P., 1987:11)

un lugar central, y por ello comienza también a limitar el número de hijos/as que se tiene con el fin de prodigarles una mejor atención.

Este “descubrimiento” de la infancia se produce propiamente para Ariès en el siglo XVIII, de lo que da cuenta también la literatura, la que hace referencias a la jerga y personalidad propias de los/as niños/as .

Sin embargo esta progresiva diferenciación y centralidad, se traduciría en que la infancia comenzaría a ser objeto de un creciente control e institucionalización.

La escuela, institución basada en una estricta reglamentación y vigilancia⁴, se convierte en un espacio exclusivamente diseñado para los/as niños/arrancándolos/as del mundo de las personas adultas (Cortés, Julio 2001:23; García Méndez, Emilio 1998: 23). Desde este punto de vista la escolarización masiva constituye una herramienta fundamental, y que podemos circunscribir en el ámbito del control y la disciplina, tesis que se ha mantenido comúnmente en la Sociología de la Educación⁵ (Rodríguez Pascual, Iván 2002:20). En este sentido, Ariès señala que la entrada de la enseñanza reglada termina por imponer un sistema que se basa en un concepto básico: la disciplina. (1987).

“Precisamente, la aparición de la escuela y de los primeros movimientos hacia un orden asistencial hacia los menores constituye un momento crítico en esa construcción social del sentimiento de infancia de la que hablamos”. (Rodríguez Pascual, Iván 2002:20).

Emilio García Méndez señala que una historia crítica posterior dará cuenta del alto precio que debieron pagar los niños/as por este nuevo protagonismo:

“[...] pérdida central de autonomía y origen de una cultura jurídico social que vincula indisolublemente la oferta de ‘protección’ a la declaración previa de algún tipo de incapacidad. Parece posible identificar aquí la génesis y la pre-historia de la llamada doctrina de la situación irregular”. (García Méndez, Emilio, 1998:58)

⁴“En los siglos XV y XVI la disciplina escolar encontraba su sostén en una concepción autoritaria y jerárquica que reflejaba, por lo demás, la característica dominante del absolutismo social. La disciplina era humillante y se basaba en dos elementos principales: el uso discrecional del látigo por el maestro y la delación, el espionaje mutuo en provecho de ésta. Se reputaba a este principio de la delación y al sistema monitorial tan eficaces que a comienzos del siglo XVIII, el mismo Juan Bautista La Salle, a pesar de su rechazo innovador de las viejas prácticas pedagógicas, las adopta sin dudar” (Ariès, Philippe, 1973, citado en Marí, E., 1983: 186).

⁵Para mayor información véase “Elementos para una genealogía de la escuela primaria en España”, de Julia Varela en Ortega, F. et.al. 1989

Es decir García Méndez vislumbra en este nuevo protagonismo, los primeros antecedentes de lo que vendrá en denominarse como la doctrina de la situación irregular, a la que se hará referencia más adelante.

Otra mirada sobre la construcción de la categoría infancia, alejada de las interpretaciones centradas en la “cultura” o en las “ideología” de los sentimientos, ofrece el autor estadounidense Lloyd Demause, cuyo texto más conocido es “*THE EVOLUTION OF CHILDHOOD*” (1974) en el que, desde una visión psichistórica⁶ postula un cambio en la consideración de la infancia, a través de la comprensión de la evolución histórica de la relación padres-hijos (Rojas, Jorge 2001:10). Mantiene profundas diferencias con los postulados de Ariès, cuya interpretación es criticada explícitamente por Demause⁷.

En esta línea, y en clara referencia a Ariès, señala que afirmar que el arte medieval anterior al siglo XII desconocía la infancia o no intentaba representarla “supone no sólo dejar en el limbo el arte de la Antigüedad sino hacer caso omiso de abundantes pruebas de que los artistas medievales sabían ciertamente pintar niños con realismo” (Demause, Lloyd 1994). Asimismo indica que la idea de la “invención de la infancia es tan confusa que resulta extraño que la hayan recogido tantos historiadores” y que la hipótesis de Ariès en orden a afirmar que la familia moderna limita la libertad delos/as niño/as y aumenta la severidad de sus castigos, “está en contradicción con todos los datos” (Demause, Lloyd 1994:22);

En síntesis, para García Méndez, las divergencias entre ambos enfoques puede resumirse en la “acusación de Demause acerca de la tendencia de las investigaciones socio históricas a justificar -describiendo sin indignación moral- las crueldades del pasado” (1998:24)

Como se ha dicho, el objetivo de la investigación de Demause es reconstruir las relaciones entre padres e hijos en diferentes épocas históricas y en diferentes países, todo ello en el marco de su “teoría psicogénica de la historia”.

Demause postula la existencia de un proceso histórico que admite seis etapas. 1) Infanticidio (Antigüedad-siglo IV); 2) Abandono (siglos IV-XIII); 3) Ambivalencia (siglos XIV-

⁶Demause pertenecía a la escuela psicogénica, que pretendió aplicar métodos psicológicos a la investigación histórica, a través de un análisis en la evolución de los sentimientos. Esta escuela plantea una teoría del cambio histórico denominada teoría psicogenética de la historia, que sostiene que la fuerza central del cambio no es la tecnología ni la economía, sino los cambios “psicogénicos” de la personalidad resultantes de interacciones de padres e hijos en sucesivas generaciones (1994:17).

⁷En esta distancia, García Méndez más bien observa “una diferencia de programa de acción (ausente por otra parte en la obra predominantemente descriptiva de Ariès), que a una diversa constatación de hechos históricos” (1998:24).

XVII); 4) Intrusión (siglo XVIII); 5) Socialización (siglos XIX-XX); 6) Ayuda (mediados del siglo XX).

En la etapa del Infanticidio, la imagen del mito de Medea no hace sino reflejar lo que ocurre en la realidad. Los padres normalmente resolvían sus ansiedades respecto del cuidado de sus hijos matándolos, lo que ocasionaba un impacto profundo en los/as niños/as que sobrevivían. En la etapa del Abandono, una vez que los padres empezaron a aceptar a los/as hijos/as como poseedores de un alma, la única forma de alejarse de los peligros de sus propias proyecciones era el abandono, entregándolo, internándolo en alguna institución o manteniéndolo en el hogar en grave abandono afectivo. En la etapa de la Ambivalencia, como el/la niño/a seguía siendo un objeto de proyecciones, los padres debían moldearlo como si fuera arcilla a la que se debía dar forma. Esta relación para Demause, se caracteriza por una gran ambivalencia, por una parte, se observa un aumento de los manuales de instrucción infantil, y por otra, en el arte prolifera la imagen de la madre solícita. En la de la Intrusión, se produce una gran reducción de la proyección, se altera profundamente el patrón de las relaciones paterno-filiales. Los padres se aproximan al niño/a, e intentar dominar su interior, su voluntad. Su educación higiénica comenzaba pronto, se rezaba con él, pero no se jugaba con él, se le azotaba, pero no sistemáticamente y se le hacía obedecer con prontitud. Nace la pediatría que, junto a los mejores tratos que se prodigaban a los/as niños/as, reduce la mortalidad infantil. En la etapa de la Socialización, a medida que las proyecciones disminuían, la crianza de un hijo no consistió tanto en dominarle sino en formarle, guiarle por el buen camino, socializarle. Y finalmente el método de Ayuda, se basa: “en la idea de que el niño sabe mejor que el padre lo que necesita en cada etapa de su vida, e implica plena participación de ambos padres, los que deben esforzarse por empatizar con él y satisfacer sus necesidades particulares y crecientes”. Sin embargo, Demause indica que: “son pocos los padres que han intentado utilizar sistemáticamente esta forma de crianza” (1994:88-90).

En términos generales, la investigación de Demause pretendió demostrar la lenta maduración de la relación madre/padre con los hijos/as, producto del aprendizaje que se ha logrado a través del tiempo. Las madres y los padres, generación tras generación, superaban sus ansiedades y desarrollaban la capacidad de conocer y satisfacer las necesidades de sus hijos/as. Tal evolución se ha expresado históricamente desde diversas formas de maltrato (infanticidio,

abandono, etc.) hacia formas de reconocimiento como sujetos autónomos (etapas de socialización y ayuda), producto todas ellas de procesos síquicos, no de transformaciones sociales o económicas. Demause, a diferencia de Ariès, aprecia un acortamiento en la distancia entre madres/padres e hijos/as, e interpreta “la creciente centralidad de la infancia con una mayor cuota de libertad y protagonismo”, tesis que se aleja de la “tendencia general que manifestaba una profunda contradicción en las consecuencias que produjo el interés por la infancia en el siglo XVII” (Rojas, Jorge, 2001:11)

En posiciones más cercanas a la de Ariès, pero con desarrollo crítico de algunos aspectos se ubican los italianos Leonardo Trisciuzzi y Franco Cambi quienes realizan un análisis de las imágenes de la infancia, distinguiendo diversos períodos que van desde el mundo primitivo hasta la época actual.

En las culturas primitivas y en el mundo clásico predominó una imagen similar de la infancia, no idealizada, que generaba distintas actitudes desde el mundo adulto, variando desde la sobreprotección a la violencia, donde la infancia se encontraba altamente socializada e incorporada precozmente a la vida adulta. En el mundo clásico grecorromano, se desplaza la dependencia desde la comunidad a la familia, y hay un predominio de la racionalidad que hace ver a los/as niños/as como seres imperfectos y a la infancia como una fase preparatoria de la vida adulta, lo que se traduce en la mayor presencia de reglas. En el cristianismo, se produce una primera ruptura en relación con la anterior imagen, donde el cristianismo primitivo marca una valoración de la infancia como la edad pura por excelencia, la más cercana a Dios. Sin embargo con la posterior asimilación del cristianismo por la sociedad romana, vuelve a percibirse a la infancia como edad marginal e imperfecta. Durante la Edad Media se profundiza esta valoración negativa, y comienzan a generarse prácticas autoritarias respecto a los/as niños/as, sustituyéndose la autoridad paterna por la del educador o la del patrón, dependiendo de la clase a la que se pertenecía. Cuando, posteriormente, la burguesía accedió al poder económico y político, se produce una nueva ruptura en la percepción de la infancia, ésta es revalorizada e idealizada, se le reconoce su especificidad, su pertenencia “natural” al mundo privado, y su especial cuidado por parte de los adultos. “El niño es apreciado como un ser frágil, inocente, tierno y amoroso” (Trisciuzzi, Leonardo y Cambi, Franco 1993).

Sin embargo, esta “bondadosa” concepción sólo alcanzaba a la infancia de las clases más pudientes (Cortés, Julio 2001:9), los/as niños/as de las clases más desventajadas económicamente no serán retirados del ámbito público para ser protegidos al calor del hogar y de la disciplina paterna, su socialización se llevará a cabo en su trabajo, más como aprendices de taller que como niños/as vulnerables. Su integración (especialmente en Inglaterra) al *life-cycle servant*, da cuenta de ello. Se debe recordar que el modelo de socialización aplicable a la infancia-adolescencia de la clase alta, difícilmente es aplicable al caso de las familias obreras, donde en no pocos casos, el niño/a-adolescente es apreciado principalmente por “constituir una importante mano de obra y nuevos ingresos familiares” (Rodríguez Pascual, Iván 2002:19). La pertenencia del niño-adolescente al mundo laboral se traduce en condiciones de vida muy duras, las que se agudizarán con la revolución industrial.

Por su parte Hugh Cunningham analiza como la percepción de la infancia como concepto ha influido, fundamentalmente en el siglo XX, en la experiencia particular de los/as niños y niñas, en la sociedad occidental (1995). En su estudio el autor intenta mantener un equilibrio entre, por una parte, la interacción existente entre desarrollo económico, políticas públicas y formas de percibir al mundo, y, por otra, lo que se piensa sobre la infancia y la experiencia de ser un niño.

El autor plantea que ha existido una continuidad desde la época medieval a los siglos XVI y XVII, marcada por la presencia del cristianismo. En el siglo XVIII comienza a predominar una visión más secular de la infancia, y se observa un cambio en la forma de percibirlos y tratarlos. En especial influyeron las ideas de Rousseau y Locke, así el primero consideraba a las personas como intrínsecamente orientadas al bien, y en consecuencia veía a la infancia como la etapa en que las personas podían ser felices en la medida que se respetaran sus impulsos naturales antes de ser pervertidos por la sociedad, además condena algunas prácticas seculares, como la fajadura de los/as niños/as o la lactancia con amas de cría. El segundo, por su parte planteaba la necesidad de formar hábitos y modelar la *tabula rasa* que cada persona era al momento de nacer, dando especial importancia a la educación⁸. (Cunningham, Hugh 1995)

⁸En este contexto, En España, en el año 1724, Fray Toribio de Velasco recoge niños a los que trata con técnicas particulares, por ejemplo, los mismos niños formaban un tribunal para juzgar y corregir las faltas de sus compañeros. En 1771 Carlos III se adelanta a la Revolución francesa en cuanto a la misión tutelar del Estado, ordenando que cuando los niños fuesen huérfanos, los magistrados políticos deberán tomar las veces de padres. Entre los años 1780-1783 Carlos III reglamenta la constitución y el régimen de los hospicios y la educación de los niños: «Para que se les instruya en las buenas costumbres, se les haga

Por otra parte el autor sostiene que al considerarse la infancia como una “etapa crucial de la cual dependerá el futuro de las naciones y de la humanidad”, se dio lugar a una importante intromisión por parte del Estado en orden a mantener condiciones sanitarias mínimas, educación obligatoria y legislando en trabajo infantil. Asimismo a principios del siglo XX comienzan a surgir una serie de profesionales especializados en temas relacionados con la infancia (pedagogos/as, pediatras, psicólogos/as, etc.). Todo ello va extendiendo la idea de proporcionarles a los/as niños/as una infancia “apropiada”, la que se llevaría a cabo en la escuela (Cunningham, Hugh 1995).

En general el autor aprecia que a fines del siglo XIX y principios del siglo XX el/la niño/a deja gradualmente de ser percibido como un valor económico, y comienza a ser valorado como alguien que debe ser objeto de afecto por parte de la familia, en especial por sus padres, los que reducirán el número de hijos con el fin de darles un mayor cuidado. Para Cunningham ello constituye probablemente la transición más importante que ha tenido lugar en la historia de la infancia.

Sin embargo, mientras que a principios del siglo pasado se había producido la determinación del territorio “infancia”, desde mediados del siglo XX hasta hoy se ha realizado un proceso que tiende a la desaparición de la infancia, “al menos en el concepto aún predominante en el plano conceptual”. Este proceso estaría determinado por la convergencia de múltiples factores, principalmente los medios de comunicación masivos, la tendencia a la transformación de los/as niños/as en consumidores, y el debilitamiento de la autoridad paterna, y adulta en general. Tal proceso tiende a debilitar la idea de infancia concebida como un “jardín de felicidad, indefensa y necesitada de protección” (Cunningham, 1995)

En la actualidad es posible observar, según Cunningham, una tensión entre la tendencia a la desaparición de la infancia, en los términos señalados, y el discurso predominante que aún descansa en la “ideología de la infancia”. Tensión que aumenta, según el autor, con la “introducción reciente de derechos de los niños, que podrían operar aún en contra de sus padres” (1995).

aprender oficios y manufacturas, dándoles ocupación y trabajo proporcionado a sus fuerzas, o que se apliquen al que ya supieren; a fin de que, dando pruebas de su aplicación y enmienda, puedan con el tiempo restituirse», y en 1790 Carlos IV exige, mediante ley, un mayor cuidado en las “casas de recogimiento de niños desamparados”, a causa del elevado índice de mortalidad que se registraba en ellas (Digeon, L., 1997:31)

Cunningham apunta: “Cuando la gente empezó a proclamar que los niños tenían derechos, aquello que tenían en mente eran derechos a una infancia protegida. La Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989 no sólo atiende a la protección del niño sino que también a su derecho a ser oído en cualquier decisión que pueda afectarlo o afectarle en su vida” (1995). El autor plantea que lo particular de la situación existente a fines del siglo XX, y el origen de la confusión en torno al concepto de infancia, descansa en la contraposición entre un discurso público, que señala que los niños son personas con derecho a un grado de autonomía, y la fuerza de aquella “[...] visión romántica de que el derecho de un niño es a ser niño. La implicancia de lo primero es fusionar los mundos del adulto y del niño, y la de la segunda es mantener la separación” (Cunningham, Hugh1995).

Para finalizar esta primera aproximación histórica y a pesar de las precisiones indicadas- en orden a comprender en la categoría infancia, a niños, niñas y adolescentes, nos parece necesario realizar un primer acercamiento al término “adolescencia”. Tarea nada sencilla, si compartimos las reflexiones realizadas por los autores Giovanni Levi y Jean-Claude Schmitt, a propósito de la categoría juventud:

“Las clasificaciones explícitas (edades de la vida, época de la mayoría de edad, etc.) no poseen sino un valor indicativo. No bastan para definir los contextos de una historia social y cultural de la juventud. Ello se debe a varias razones: la ausencia de homogeneidad del vocabulario, los deslizamientos semánticos que llevan por ejemplo, a que la palabra ‘infante’ puede designar, en una *canCIÓN de gesta*, a un guerrero joven[...] mientras que la noción romana o medieval de *juventus* rebasa ampliamente hacia abajo los límites de edad dentro de los cuales hoy enmarcaríamos a la juventud.[...]Si cotejamos los desgloses conceptuales antiguos con nuestras propias representaciones, para constatar entre ellos una correspondencia aproximadas (puesto que las palabras ‘infancia’, ‘adolescencia’ y ‘juventud’ siguen estando ahí), forzoso es reconocer que las palabras ya no tienen el mismo sentido: por ejemplo, aunque los textos antiguos conocen debidamente la palabra ‘adolescente’, sólo le otorgan un sentido biológico, jurídico o simbólico pero sin la menor carga afectiva que hoy le atribuyen psicólogos, educadores o médicos cuando hablan de la ‘crisis de la adolescencia’[...]” (1996:15-16)

Aceptando estas limitaciones, importantes autores indican que el concepto de adolescencia como categoría específica sólo surge a partir del siglo XIX (Matthews, Roger

2003:205). Con anterioridad no se tenía clara idea de lo que hoy conocemos como tal, aunque ya se la intuye en el siglo XVIII con dos personajes, uno literario, *Querubín*, y el otro social, el recluta. El primero denomina la ambigüedad de la pubertad, y destaca el aspecto afeminado del período de transición de la infancia a la juventud. Por el contrario, el carácter viril será lo que caracterice a la adolescencia entre los muchachos, y el adolescente será representado durante el siglo XVIII por el recluta, identificado como un “hombre fuerte” (Ariès, Philippe 1987:52-53).

En la modernidad el primer adolescente será el *Sigfrido* de Wagner. “La música de Sigfrido expresa por primera vez la mezcla de pureza (provisional), fuerza física, naturismo, espontaneidad, alegría de vivir que hará del adolescente el héroe de nuestro siglo XX, siglo de la adolescencia” (Ariès, Philippe 1987: 53).

2. Nacimiento y expansión del control socio-penal⁹ de la infancia-adolescencia

2.1 La construcción social de la infancia minorizada

Es posible afirmar que la tendencia que se observa durante los siglos XVII y parte del XVIII es que los Estados muestran escaso interés hacia la infancia, siendo mínima la legislación producida en este sentido (Rodríguez Pascual, Iván, 2002:19), situación que comienza a variar a partir de la segunda mitad del siglo XVIII con la introducción de algunas ideas ilustradas que se traducen, en general, en una clara tendencia en orden a controlar la vida de los niños/as, bajo el argumento de poner fin a ciertas prácticas aberrantes tales como el infanticidio, abandono, etc.

⁹Utilizaremos el concepto de control socio-penal, con el fin de comprender tanto el concepto de control social y el de control penal, ya que entendemos que junto al control social de los niños/as y adolescentes, se construyeron formas de control penal, ejercidas por el derecho penal y las instancias propias del sistema (Rabossi, Andrea 2002:9). En este sentido seguimos la distinción que desde fines de 1990 realizó el profesor Roberto Bergalli, quien llama la atención sobre la necesidad de deslindar el concepto de *social control*, cuyos orígenes se ubican en la tradición sociológica norteamericana de principios del siglo XX (Park 1921), y distanciarlo de la categoría control jurídico-penal, que realiza el sistema penal (1996; 1998;2003). En este sentido Bergalli señala: “Si bien el control social descuenta una cierta coerción el control punitivo es por naturaleza el más coercitivo y su aplicación conlleva la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s. Y este procedimiento está legitimado porque su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales [...]” (2001:112).

Como hemos indicado anteriormente, la escuela en el siglo XVIII se transformó en un espacio privilegiado de control y disciplina infantil (Rodríguez Pascual, Iván 2002:20; García Méndez, Emilio 1998:26). Y “si el siglo XVIII ‘descubre’ la escuela como el lugar de producción de orden y homogenización de la categoría niño, el siglo XIX se abocará a la tarea de concebir y poner en práctica aquellos mecanismos que recojan y ‘protejan’ a quienes han sido expulsados o no han tenido acceso al sistema escolar” (García Méndez, Emilio 1998:26-27).

En efecto el siglo XIX será testigo de la creación y proliferación de específicos dispositivos de control penal de la infancia. Antes de proseguir sin embargo, se hace necesario hacer una mención al marco económico-político que contribuye a la “construcción de una categoría de sujetos débiles”, la denominada infancia minorizada, “para quienes la protección, mucho más que constituir un derecho, resulta una imposición” (García Méndez, Emilio, 1998: 25)

Es precisamente con el nacimiento de la sociedad industrial, en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX, cuando comienzan a cristalizarse una serie de desigualdades sociales que afectarán directamente a la infancia-adolescencia (Rodríguez Pascual, Iván, 2002:20; Pavarini, Massimo, 1999).

Como muy bien señala Massimo Pavarini: “Lo que entra profundamente en crisis es pues el mismo mito del liberalismo económico: ahora parece imposible creer que a la riqueza de las naciones corresponda el bienestar generalizado de los ciudadanos. Precisamente la revolución industrial había enseñado que a una cada vez mayor acumulación de riquezas acompañaba una cada vez más amplia y generalizada acumulación de miseria. Quizá nunca, como entonces, el espectáculo de la pobreza propagada por las grandes ciudades industriales y las inevitables tensiones sociales que esta realidad conllevaba debieron preocupar tan profundamente a las conciencias vigilantes de la época” (1999:41).

Por ello no es de extrañar que el creciente aumento de desarrollo industrial, estuviere aparejado con el “aumento de menores abandonados, vagabundos, incontrolados o incontrolables por su antigua institución, la familia, sujeta a rápidas y profundas transformaciones” (De Leo, Gaetano, 1985:22).

La miseria presente en esta época se encuentra estrechamente vinculada al proceso de desintegración familiar, cuyas bases resultan seriamente afectadas por el modo de vida que el

nuevo orden socio-económico impone a gran parte de la población. Con ese modelo de familia decae también un poderoso mecanismo de integración y de control social, propio de la sociedad pre-industrial. En este sentido Gaetano De Leo señala que: “Antes de la revolución industrial, la familia amplia, campesina o artesana, podía afrontar perfectamente la corresponsabilización directa del menor, porque éste era un miembro tan profundamente integrado en el grupo que se confundía con él; con el desarraigo, la urbanización y la nuclearización de la familia, el niño se convertía también en individuo separado y la familia ya no se hallaba en disposición de responder desde un punto de vista estructural y funcional, ni de hacerse cargo, desde el punto de vista penal, de su comportamiento”(1985:34).

Los/as niños/as nacidos/as hacia el final del siglo XIX se encontraban frente a un modo de vida cada vez más complejo e industrial, modo de vida que les castigará de una manera especialmente severa.

Se trata de una infancia que alejada de la disciplina familiar, escolar y/o laboral, comenzará a engrosar las filas de una incipiente infancia minorizada, la que comienza a ser constitutiva de un creciente foco de atención. En este sentido, es posible interpretar la siguiente afirmación realizada en la Inglaterra de fines de siglo XIX:

“La anarquía de nuestros adolescentes, la creciente liviandad de nuestras muchachas, la ineptitud general del punto de vista hogareño, producto de nuestras fábricas y escuelas, están muy lejos de tranquilizarnos. Nuestros jóvenes nunca han aprendido a obedecer. Las pandillas de jóvenes buscando bronca en *Lisson Grove* y los *scuttlers* de Manchester son síntomas horribles de una condición social que no va a crecer mejor si se la deja sola” (Booth, 1890:66, citado en Matthews, Roger 2003:206).

Bajo un enfoque predominantemente utilitarista, esta infancia se convierte en una infancia “peligrosa”, una infancia abandonada, una niñez que se define en términos de “vagabundeo y exposición a perniciosos influjos” que acabarán por introducirla en el mundo delictivo (Rodríguez Pascual, Iván, 2002:21).

Se trata de una infancia pobre, marginada, en ocasiones inmigrante, que obliga a la creación de un complejo institucional dotado de una particular “racionalidad” capaz de enfrentar a las “masas indóciles, heterogéneas y móviles” (De Leo, Gaetano, 1985:23).

Complejo institucional propio de la naciente sociedad industrial, como indica De Leo, “[...] las instituciones para menores, en la forma en que hoy todavía existen, hacen su primera tímida aparición en el mismo siglo que en Europa comienza a afirmarse el capitalismo, no sólo como nuevo modo de producción, sino también como centro motor de una profunda reorganización de las instituciones, del poder y de la sociedad” (1985:22).

Es en este marco en el que podemos identificar el origen de diversas instituciones que tendrán como objetivo real el control de los menores abandonados-delinquentes, sinónimo de una “clase peligrosa”.

De ello da buena cuenta el texto que se transcribe a continuación: “ Si dejamos abandonados, sin cuidarnos de ellos, a esos miles en peligro moral y delincuentes, si no dedicamos a la obra de su redención nuestra actividad y nuestro dinero, en un porvenir más o menos lejano, cuando su potencial criminal haya alcanzado un desarrollo adecuado pondrán en peligro nuestra vida y nuestros bienes, o se apoderarán de ellos por la fuerza o por la astucia[...] y como también habrán otros menores que, sin ser propiamente criminales caerán en la vagancia y en la miseria, necesitarán ser acogidos en asilos, hospitales, gastos que también tendremos que pagar” (Cuello Calón, Eugenio, 1917).

En Inglaterra la conocida reformista penal Mary Carpenter, en el año 1851, llegó a distinguir entre “clases peligrosas” y las “clases que sucumben”, esto es vagabundos, los que están excluidos de la educación, y los que sufren el abandono paterno. “Ella influiría en la creación de escuelas industriales y el reformatorio, como instituciones especializadas para jóvenes delincuentes en la década de 1850” (Matthews, Roger, 2003:206)

Para Carpenter: “La clave para la reforma era colocar a los jóvenes descarriados en una justa posición de dependencia dentro de un sistema de familia organizada; de modo que ellos pudieran ser gradualmente reinsertados en su verdadera posición de la infancia” (1851, citado en Matthews, Roger, 2003:206-207).

Sin embargo la historia del control socio-penal de la niñez como “estrategia específica” tiene una fecha clave, el año 1899, año de creación de los tribunales de menores, suceso que constituye, probablemente, el mayor logro del movimiento “reformista” denominado “pro-salvador del niño”, cuya historia analiza y desvela Anthony Platt en su obra *The child savers. The invention of delinquency* (1969), historia a la que se aludirá posteriormente. Antes sin embargo se

hace imprescindible mencionar algunos factores que permitirán comprender las directrices que guiarán el nacimiento y posterior desarrollo de la Justicia Menoril.

En efecto, a mediados del siglo XIX, comenzaron a celebrarse en Europa los Congresos Penitenciarios Internacionales, los que, en un principio “sólo comprendieron en sus programas cuestiones penitenciarias y la legislación más estrechamente relacionada con las mismas” (Cadalso, Fernando 1922:832), sin embargo posteriormente discutieron diversidad de temas que iban desde tópicos como la arquitectura penitenciaria hasta las primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad; especial atención mereció por parte de estos Congresos los “problemas derivados de la juventud” (Rivera, Iñaki 1999:11). Respecto de este último punto se debatió -bajo el signo de postulados positivistas y correccionalistas decimonónicos- en torno a la separación de los menores de los adultos en las instituciones segregativas, y se abogó por la prohibición de reclusión a los menores de 18 años. Gran parte de estas cuestiones fueron “diseñadas por quienes integraron la categoría de la ‘primera iniciativa social’ que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron filantrópicamente a la asistencia [...] esta iniciativa fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico de tratamiento de los menores. En efecto en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó, por ejemplo, para que a los menores internados en reformatorios se les proporcionara una enseñanza moral, religiosa e industrial[...]” (Rivera, Iñaki 1999:10).¹⁰

Al mismo tiempo, podemos encontrar en Europa los primeros antecedentes modernos del tratamiento diferencial para los menores “delincuentes”. Así por ejemplo, en Suiza en el año 1862, existió una ordenanza luego transformada en ley especial en el año 1872, que contempló disposiciones relativas a la inimputabilidad penal de los menores de 14 años. También medidas de este tipo se encuentran en el Código Penal Alemán de 1871 (García Méndez, Emilio 1998: 27).

En Italia, paralelamente, desde el Código Penal hasta el Código Zanardelli de 1889, se observa una sistematización en lo relativo al tratamiento de los “menores”. De esta manera, se fijan límites de edad, se fija como criterio de responsabilidad penal, la capacidad de

¹⁰El primer congreso que se celebró en Europa se llevó a cabo en Frankfurt (Alemania) en 1846, a los que siguieron otros tantos en Europa. Pronto la idea se extendió a los Estados Unidos, donde se celebró el que constituyó el origen de los Congresos Internacionales, a saber el de Cincinatti, cuya cara visible, y, “a la vez alma” del mismo fue E.C. Wines (Cadalso, F., 1922:832)

discernimiento de los menores, se contemplan medidas institucionales y de tratamiento diferenciadas (De Leo, Gaetano, 1985: 28).

2.2. El nacimiento de un específico dispositivo de control penal: Justicia Penal Juvenil

El nacimiento de este específico dispositivo de control penal ha sido objeto de al menos dos lecturas, una primera, representativa de un modelo clásico liberal, ha visto en su nacimiento y en el movimiento que le dio vida como “un esfuerzo ilustrado cuyo objetivo era aliviar las miserias de la vida urbana y la delincuencia juvenil ocasionada por una economía capitalista no regulada” (*President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, 1967, citado en Platt, Anthony 1982:15), y en general como un movimiento “fundamentalmente benévolo y humanitario” parte de “la continua lucha por superar la injusticia y cumplir la promesa de la vida norteamericana” (Platt, Anthony 1982:17). La segunda lectura de esta historia, y que guiará el presente trabajo, ha sido desarrollada por Platt en su obra “Los Salvadores del Niño o La Invención de la Delincuencia”, quien postula que aquel movimiento pretendidamente humanizador, lejos de crear un sistema de justicia penal que salvara a los/as niños/as de cárceles y prisiones, contribuyeron a crear un sistema que “sometía a más y más menores a castigos arbitrarios y degradantes”. Estos hechos según Platt descansan en una serie de factores estructurales, relacionados primordialmente con la economía política que servía de contexto al liberalismo progresista de la época (Platt, Anthony 1982:19).¹¹ Muestra de ello es que gran parte de “[...] los salvadores del niño y otros reformadores progresivos querían asegurar la ordenación política y económica existente [...] y defendían con empeño el capitalismo, aunque laborando por reformarlo de manera ilustrada, rechazando alternativas socialistas. La mayoría de los reformadores aceptaban la estructura básica del nuevo orden industrial y trataban de moderar sus más notorias injusticias y de armonizar sus desigualdades” (Platt, Anthony, 1982:27).

En cuanto a su integración, el citado movimiento se gestó gracias a los esfuerzos de un grupo de reformadoras femeninas, mujeres de sociedad que defendían los principios sagrados de la familia, religión y moral, lo que se dio en llamar como la cultura WASP (*white-anglosaxon-*

¹¹Platt señala que: “Al salir el país de las depresiones y la violencia que se produjeron en la industria a fines del siglo pasado, los reformadores de la sociedad desencadenaron un movimiento para salvar y regular el capitalismo mediante la formación de una nueva economía política, destinada por una parte a estabilizar la producción y el planeamiento fiscal y por la otra a cooptar la surgente oleada de militancia popular” (Platt, A., 1982:20)

protestant) (Daroqui, Alcira y Guemuereman, Silvia, 1998: 50-51). Su actividad “era en esencia una empresa moral, puesto que esperaban robustecer y reedificar la fábrica moral de la sociedad” (Becker, Howard., 1966:145, citado en Platt, Anthony, 1982:96).

Por otra parte, si bien “los salvadores del niño justificaban sus reformas por humanitarias, era evidente que ese humanitarismo reflejaba su trasfondo de clase y sus concepciones elitistas de la potencialidad humana”, de esta manera compartían con los profesionales más conservadores de la época, la opinión de que los criminales eran una clase “diferente y peligrosa, indígena en la cultura de la clase obrera, y un peligro para la sociedad ‘civilizada’ [...]” (Platt, Anthony 1982:29).

Al analizar su obra en orden cronológico, ésta se inaugura con el sistema de reformatorios, instituciones que permitirían convertir a los jóvenes delincuentes en ciudadanos respetuosos de las leyes. El reformatorio se creó en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XIX, como forma especial de disciplina en reclusión para los adolescentes y los adultos jóvenes. Este sistema de reformatorios se caracterizaba por una política de sentencia indeterminada, un sistema de calificaciones y persuasiones organizadas, y sus administradores tenían la convicción que los “individuos anormales y querellosos podían ser entrenados para convertirse en ciudadanos útiles y productivos” (Platt, Anthony, 1982:70).

En el nacimiento del sistema de reformatorios, también se aprecia la influencia de los Congresos Penitenciarios Internacionales. Ilustrativo es el hecho que uno de los preconizadores de esta institución, Zebulon Brockway¹² participara en el famoso Congreso celebrado en Cincinnati en el año 1870, en el que además tuvo la oportunidad de manifestar a los delegados que: “la misión de la penología científica consistía en prevenir la delincuencia y reformar a los delincuentes” y que “los delincuentes deben ser curados o mantenidos en restricción continua, para garantizar que no habrá otras depravaciones”¹³.

Sin embargo la mayor autoridad en materia de reformatorios para niños/as en Estados Unidos, fue Enoch Wines, quien bajo la influencia de numerosos reformadores penales, “alentó

¹²Superintendente del Reformatorio de Elmira en *New York*, puesto donde estuvo durante veinticinco años.

¹³Paralelamente en Inglaterra y bajo la influencia de Mary Carpenter (conocida reformadora penal), se introdujeron “[...]las escuelas industriales y el reformatorio, como instituciones especiales para delincuentes jóvenes en la década de 1850. La clave para la reforma era según, Mary Carpenter, colocar a los jóvenes descarriados en una justa posición de dependencia dentro de un sistema de familia organizada, de modo que ellos pudieran ser gradualmente reinsertados en su verdadera posición de la infancia”. (Matthews, R., 2003:206)

la adopción del sistema de reformatorio para delincuentes juveniles” (Platt, Anthony, 1982:72), y junto con organizar el Congreso de Cincinnati de 1870, reunió importante información sobre sistemas de prisiones y reformatorios en todo el mundo, información que, revisada por su hijo Frederick, sería publicada en el año 1880, un año después de su muerte.

En cuanto al funcionamiento de los reformatorios, si bien la teoría sugería que éstos debían ser espacios, equivalentes a un hogar familiar, donde los/as niños/as no serían castigados, sino formados al amparo de sólidos principios morales y religiosos, en la práctica el sistema se caracterizó por la excesiva disciplina militar, el hacinamiento, el arduo trabajo, tal como en una fábrica, y una gran semejanza a los recintos penitenciarios destinados para adultos, lejos de las intenciones declaradas por sus precursores. Todo ello le hizo merecedor de importantes críticas y críticos, uno de ellos fue Homer Folks quien ante la *National Conference of Charities and Correction* de 1891 indicó que:

“El reformatorio es, ante todo y sobre todo, un lugar a donde se envía a los niños delincuentes para que los reformen, y lo que se sobreentiende, en el caso de cada niño de este modo enviado, es que la comunidad se vio obligada a ponerlo entre rejas para defenderse de él. Así como al criminal salido de prisión le resulta difícil o imposible reinstalarse en la sociedad, así el muchacho que sale del reformatorio lleva la marca infamante de la delincuencia. Esto perpetúa el mal de la asociación, puesto que el muchacho exonerado de este modo busca para compañeros a quienes, mediante una disciplina y una educación semejantes, tienen los mismos intereses y simpatías” (1891:137-139, en Platt, Anthony, 1982: 85).

Sin embargo la evidencia de los hechos no desalentaron, ni mucho menos la fuerza de este movimiento, el que siguió defendiendo con fuerza la “santidad de sus instituciones”. En esta senda realiza su mayor obra, esto es, la ley para tribunales de menores de 1899 de Illinois, la que según Platt no es sino la culminación de “casi treinta años de esfuerzos reformistas” por parte “de las organizaciones salvadoras del niño en Illinois”. Y no obstante algunos han querido ver en su creación una reforma radical, su implantación no fue más que una “reforma política” conservadora “que consolidaba las prácticas existentes” (Platt, Anthony., 1982:149-150), y como reflejo de este conservadurismo se hace pertinente mencionar lo siguiente:

a) Se presentaba a los “delincuentes” como necesitados de un severo control y restricción para que su reforma tuviera éxito;

b) Aunque el movimiento de “los salvadores” afirmaba el valor del hogar y la familia, facilitaba el alejamiento de los/as niños/as de un hogar que no cumple su función debida; y considerando que la dependencia era el estado natural del niño/a, era misión de “los salvadores” castigar la “prematura independencia infantil y restringir la autonomía juvenil”;

c) El tribunal de menores era una corte especial creada para “determinada categoría jurídica de niños problema”, y su fundamento descansaba en el concepto de *parens patriae*, en virtud del cual los tribunales eran autorizados a usar de amplia discreción al resolver los problemas de sus ciudadanos menores menos afortunados, todo ello en la idea de no acusar a un niño de un delito sino de ofrecerle ayuda y guía

d) Los estatutos originales del tribunal para menores de Illinois permitían a las cortes investigar una gran variedad de necesidades y de mal comportamiento de los menores, contemplando incluso como definición estatutaria de delincuencia, las transgresiones de conceptos generales vagamente definidos, como comportamiento “vicioso” o “inmoral”, “incoregibilidad”, “holgazanería”, “lenguaje blasfemo o indecente”, “ser un vago”, “vivir con una persona viciosa o de mala fama” etc.(Platt, Anthony, 1982:150-53).

Como bien señala Platt, en la práctica “[...] el movimiento pro tribunales para menores fue más allá de un interés humanitario. Llevó al ámbito de control oficial una serie de actividades juveniles que anteriormente habían sido pasadas por alto o manejadas informalmente”. Además, por el tipo de comportamiento pre-delincuente también perseguido –embriaguez, mendicidad, frecuentar salones de baile y de cine, peleas, actividad sexual, andar en la calle a altas hora de la noche e incorregibilidad- no resultaba extraño que los principales sujetos objeto de control fuesen menores de clase baja (1982:154), tal invención de la delincuencia “consolidó el status social inferior y la dependencia de los jóvenes de clase baja”.

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

Como último comentario respecto de este movimiento, queda por denunciar su evidente ilegalidad¹⁴ ello porque alentaba una formalidad mínima de procedimiento y dependencia

¹⁴La constitucionalidad de la ley era dudosa, en particular por la informalidad del procedimiento y porque fue hecha para ser interpretada libremente. Argumentos constitucionalistas consideraron a la ley como constitutiva de violaciones a garantías constitucionales de procedimiento legal. Argumentos que fueron reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados

máxima de los recursos extralegales, en virtud de los cuales los jueces estaban autorizados para invadir la vida privada del “menor” al poder investigar el carácter y los antecedentes sociales tanto de los niños “delincuentes” como de los “pre-delincuentes” (Platt, Anthony, 1982: 156).

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

Pero este movimiento sobrepasó sus fronteras y también proliferó en Europa. Así y a modo de ejemplo, en Francia el primer Tribunal de Menores se creó en 1912 (Donzelot, Jacques1979). En Italia, la Ley de Menores data de 1934, no obstante los antecedentes ya señalados. Por su parte la Ley que implantó en España el Tribunal de Menores, fue la Ley de Bases del 2 de agosto de 1918 (González Zorrilla, Carlos, 1981).

Este movimiento consolidó un modelo tutelar represivo, modelo que alcanzó a los países de América Latina. Países en los que el modelo se instaló con particular fuerza.

2.3 El control socio-penal del “menor abandonado-delincuente” en América Latina

Elaborar una historia sobre el control socio-penal de la infancia-adolescencia en América Latina no es tarea fácil, en primer lugar porque no se dispone de suficiente material de investigación, no obstante la realización de serios esfuerzos en la materia, y porque “si se acuerda momentáneamente en atribuir un significado tradicional a la palabra ‘historia’, en el sentido de capítulo cerrado del pasado, entonces pocos temas tienen un carácter tan poco histórico como el del control socio-penal de los menores” (García Méndez, Emilio y Carranza, Elías 1990:1).En la biblio dice 1990??Aceptando las limitaciones de que somos tributarios, haremos un modestísimo intento de elaborar un panorama general.

Unidos en el año 1967 en el caso *Gault*, en el cual el juez Fortas señaló que los menores tienen derecho a 1.notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas contra ellos; 2.notificación del derecho a ser representados por un abogado consultor en procedimientos que pueden tener por resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del menor; 3. el derecho al careo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos; y 4. advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados.(Platt, A., 1982:174) Especialmente ilustrativo y revelador es el argumento constitucionalista de Fortas al indicar que: “[...] por eufemista que sea el título, un ‘albergue o centro de recepción’ o una ‘escuela industrial’ para menores es una institución de confinamiento donde se encarcela al niño[...]según nuestra Constitución la condición de ser niño no justifica un simulacro”(In Re Gault, 378, U.S., 1967, citado en Platt, A., 1982:174).

El nacimiento de un específico control socio-penal de los menores en América Latina surge a principios del siglo XX.

Hasta “bien entrado el siglo XIX el retribucionismo contractualista de los (incipientes) códigos penales imperantes acostumbraba a distinguir con una cierta claridad entre menores delincuentes infractores de la ley y menores abandonados o en estado de peligro moral. En términos generales, se fijaba la edad de nueve años como límite de la inimputabilidad absoluta, adoptándose para los mayores de dicha edad los confusos criterios del discernimiento para decidir, por parte de los jueces penales ordinarios, la posibilidad de aplicar las sanciones correspondientes” (García Méndez, E., 1998:35). Sin embargo el movimiento, que se había iniciado en Estados Unidos y que ya se había extendido a Europa, comenzaba a importarse de la mano de un pensamiento positivista científico criminológico, en su versión antropológica más ortodoxa.

En este sentido Lucila Larrandart indica que “[...] resulta significativo observar como se importaron y se apropiaron las ideas positivistas, principalmente spencerianas, que habían basado en la ‘inferioridad’ de las razas americanas la justificación de la conquista y del colonialismo europeo y legitimaban el exterminio de los naturales y el control violento del criollo. A fines del siglo XIX, éstas mismas ideas son aplicadas con el inmigrante europeo, el entonces ‘peligroso’ necesitado de control. Es el auge del positivismo criminológico lombrosiano y del enfoque etiológico que, en esta versión, se centró más que en caracteres hereditarios, en factores ambientales, principalmente en la familia” (1991:28).

Ilustrativas en este sentido resultan las palabras pronunciadas por Jorge E. Coll en el Congreso Penitenciario celebrado en Buenos Aires en el año 1914:

“[...] el factor más importante de la criminalidad estaba constituido por la ignorancia y primitivismo de instintos de los elementos inmigratorios cuyo estado social en el país de origen es sumamente atrasado, individuos venidos de un ambiente de aldeas, forman en nuestra gran ciudad hogares volantes, sin arraigo y, como consecuencia, falta en ellos la organización moral de la familia, pronto los hijos ganan un jornal y abandonan la casa paterna antes de haber recibido educación y con un bagaje moral casi nulo que recibieron de sus padres, en su mayoría campesinos convertidos en obreros” (Larrandart, Lucila, 1991:28).

El positivismo, al que hemos aludido, encontró en el problema de los menores un fructífero campo en cual podrían “extender y consolidar su poder frente a los representantes del dogmatismo jurídico” (García Méndez, Emilio 1998:35)

En este marco podemos ubicar el nacimiento de dos figuras centrales en la definición de niño/a en “situación de peligro moral y material”, a saber, “el niño abandonado” y “el niño delincuente”, términos que finalmente se hacen sinónimos. En efecto en el discurso de los “empresarios morales”¹⁵ de aquellos años no se hacía distinción entre ellos, “el niño abandonado seguramente terminaría delincuente, y el niño delincuente seguramente fue primero un niño abandonado”. Frente a estas definiciones, no había escapatoria para muchos niños: “los hijos de los pobres, de aquella multitud de pobres, inmigrantes y obreros que irrumpían e instalaban por primera vez el tema de la pauperización en la agenda política de los representantes del orden social dominante” (Daroqui, Alcira y Guemuereman, Silvia, 1998: 37).

“A esos niños, objetos privilegiados de intervención, había que tutelar y corregir, esos niños eran los que posibilitarían que las políticas de control dominante en aquellos años, es decir, el régimen de tutelas y el naciente modelo correccional, se articularan para abordarlos y tratarlos. Esos niños dejaban de serlo a partir del momento preciso en que eran ‘elegidos’ para ser tutelados, ‘protegidos’ por el Estado o por instituciones de beneficencia y filantropía. Por efecto de esta selección se convertían en menores” (Daroqui, Alcira, y Guemuereman, Silvia, 1998:37).

Si era necesario “protegerlos”, ¿qué se debía entender por protección?, la poca claridad del término dio lugar a diversas interpretaciones se trataba de un complejo dilema: de un lado, proteger a la sociedad del menor susceptible de convertirse en infractor, y por otro, la de proteger al menor de la sociedad susceptible de no actuar como agente positivo de control social en sentido “pro-activo” a través de la educación, socialización y civilización de los individuos incluidos en ella.

Todo ello derivó en la posibilidad de una respuesta estatal ilimitada, para “disponer” de aquellos menores material o moralmente abandonados (García Méndez, Emilio, 1998:2), cuyo corolario, siguiendo la ruta instaurada en América del Norte y Europa, fue la creación de los Tribunales de Menores en América Latina. La primera ley fue la promulgada en Argentina en el

¹⁵Fue H. Becker quien en 1963, en su libro *Outsiders* -traducción castellana Los Extraños- había definido a los sujetos creadores de las normas como “empresarios morales” (Daroqui, Alcira y Guemuereman, Silvia., 1998:37).

año 1919, bajo el N° 10.903, Ley de Patronato de Menores, también conocida como Ley Agote¹⁶, iniciándose así un proceso que se extenderá en todo el contexto latinoamericano, 1923 en Brasil, 1927 en México y en 1928 en Chile, entre otros.

Sin embargo, esta producción legislativa no se vio acompañada de la implementación necesaria, que las mismas leyes disponían. La causa de esto se explicó argumentando básicamente la insuficiencia de recursos económicos, sin embargo las causas reales de ello descansarían en la “correlación de fuerzas entre los saberes-poderes científicos que se disputaban en la época el patrimonio sobre estos sujetos vulnerables: la corporación jurídica y la corporación médica” (García Méndez, Emilio, 1998:59). En efecto, la producción legislativa de la que hacemos mención, se realiza en un contexto de hegemonía positivista, donde la solución de los problemas sociales pasaba por la medicalización de éstos, por lo tanto, la implementación de políticas de carácter social se hacía algo innecesario. De esta manera, “[...] todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al Instituto de Observación y Clasificación [...], y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuado para su tratamiento médico-pedagógico” (Foradori, Américo, 1938, 343, citado en García Méndez, Emilio, 1998:59).

Por otra parte y tomando como ejemplo el caso argentino¹⁷, podemos señalar que las metáforas utilizadas con el fin de legitimar esta nueva estructura jurídica, reflejan los pensamientos de una clase dirigente agrícola ganadera. Así en palabras del director de la Sección de Menores de la Policía de Buenos Aires, los tribunales de menores se creaban “por la salud física de la raza, por su salud moral, por el porvenir de las nuevas generaciones, por la grandeza de la patria, es indispensable cuidar la cosecha humana y prestar a la infancia la atención que se merece[...] el gobierno y la sociedad argentinos han dado repetidas pruebas de lo que les preocupa la solución de este problema, con la promulgación de la ley 10.903, creando los Tribunales de Menores[...]” (García Méndez, Emilio, 1998:36).

¹⁶Esta ley se sanciona cuando Agote, médico de profesión, se desempeñaba como diputado conservador, y propuso dos iniciativas legislativas que se condensaron en la ley de Patronato. “Proyecto de Ley de Tutela del Estado”, y “Prohibición de Venta de Diarios y Revistas y todo oficio en la vía pública para los menores de 15 años” (Daroqui, Alcira y Guemuereman, Silvia, 1998: 55).

¹⁷Emilio García Méndez indica que: “por complejas razones[...] puede afirmarse que las teorías y prácticas criminológicas en el contexto latinoamericano, durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, alcanzan su punto más alto de desarrollo en la Argentina. Por este motivo, determinar la dirección asumida por la política socio-penal hacia los menores en ese país permite trazar un cuadro bastante aproximado de la situación-por lo menos de sus tendencias-en el resto de los países”(1998:36).

Sin embargo esta ley fue causa de importantísimas violaciones a los derechos fundamentales de los/as niños/as y adolescentes, en particular por la amplitud de conductas que habilitaban la intervención judicial. En efecto el artículo 21 de la ley describe por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios perjudiciales a la moral o a la salud”.

Por otra parte, al igual que la legislación minoril estadounidense, la legislación argentina no era tributaria-precisamente- de un formalismo mínimo que garantizara los derechos fundamentales de los niños/as y adolescentes. En efecto, la cuestión de los “menores abandonados-delinquentes es puesta en sus orígenes en términos tales, que sólo la eliminación de todo tipo de formalidades jurídicas constituye la única garantía eficaz de las tareas de protección-represión” (García Méndez, Emilio, 1998:36-37).

Con el transcurso del tiempo, en las décadas de los años 1940 y 1950 es posible afirmar en líneas muy generales, que en América Latina, se desarrolla y consolida, la “ideología y práctica de una jurisdicción específica, ello bajo el predominio de la hegemonía cultural positivista en sus versiones antropológicas y psicológicas. Asimismo existe una fuerte tendencia al abandono de parámetros jurídicos (ley, juez, tribunales), acompañado de una tendencia a la medicalización de los problemas” (García Méndez, Emilio, y Carranza, Elías, 1990:3).

Sin embargo es posible afirmar, siguiendo a García Méndez, que el rasgo más distintivo a partir de la década de los 40, está representado por “la internacionalización y la socialización del tema de los menores” (1998:42). Ello lo demuestra el hecho que, el “problema” de los “menores” es tema del Congreso Panamericano del Criminalista, Santiago de Chile de 1944, del I Congreso Panamericano de Medicina, Odontología Legal y Criminología, La Habana de 1946, del Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Río de Janeiro de 1953, para citar algunos.

Sin embargo la internacionalización del discurso sobre el menor alcanza su mayor auge en la década de los 60. Así, bajo la “hegemonía de las teorías criminológicas norteamericanas” comienzan a ser reiteradas las ideas referidas a desajustes emocionales, fallas en la personalidad y padres divorciados, las que legitiman “recurrentes prácticas de clasificación, segregación y privación de todo tipo de derechos y garantías. En nombre de la reeducación, las medidas tutelares se constituyen en el eufemismo que designa y legitima las nuevas formas de segregación” (García Méndez, Emilio, 1998:42)

Las tendencias surgidas en la década de los 60, se consolidan en los años 70. Sin embargo, la década de los 80 abre horizontes, en efecto “a las críticas constitucionales y doctrinarias, se suma la existencia de un conjunto de investigaciones sobre el sistema penal que abordan, desde una perspectiva multidisciplinar, los sistemas de justicia en la región. Estas investigaciones revelan la justicia de menores como uno de los sectores más deficitarios” (Cillero, Miguel, 2000:106).

Así en el año 1985 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos emitió un informe sobre los sistemas de justicia penal, “en el cual se destacan como características fundamentales de la legislación tutelar de menores, su dispersión y falta de coherencia así como la existencia de grandes diferencias entre los fines que se proclaman y los medios para realizarlos” (Zaffaroni, E. Raúl, 1986:239 y siguientes). Además los estudios de la época¹⁸ indicaban que en la práctica se trataba de una justicia que, aún a fines de 1980, no conseguía el ideal de especialización judicial y carecía de los medios en sus sistemas de tratamiento.

Asimismo el informe de 1985 criticó el hecho de que se trate de una legislación basada en conceptos tales como el de “irregularidad social” y aboga por una legislación dirigida hacia la infancia en su conjunto. Ello porque la realidad evidenciaba que estos sistemas de justicia tutelares se dirigían básicamente a niños/as y adolescentes pertenecientes a sectores marginales. En cuanto a los aspectos normativos, el sistema es criticado por la falta de garantías procesales y la indeterminación de los presupuestos y duración de las medidas de protección. En general los estudios¹⁹ demuestran que en el sistema tutelar de menores se aplican nociones abandonadas en

¹⁸En ese sentido se puede ver, Emilio García Méndez y Elías Carranza (compiladores), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, UNICRI/ILANUD, De Palma, 1991. Francisco Pilotti e Irene Rizzini, *A Arte de governar crianças*, *Río de Janeiro*, IIN, 1995.

¹⁹En este aspecto se puede ver, Miguel Cillero “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos”, en *Sistema Jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*,

la teoría penal por considerárselas contrarias a los derechos humanos. En esta línea se ubican, la responsabilidad penal de autor, los criterios de peligrosidad y los procesos inquisitivos.

A la luz de lo indicado, es posible afirmar que el sistema de justicia minoril estaba seriamente afectado por una crisis de “legitimidad jurídica, debida a la inconstitucionalidad de sus preceptos fundamentales; y una crisis de legitimidad social” a la luz de sus deficientes resultados y “a partir de la conciencia que lo considera profundamente discriminatorio y autoritario, destinado al control de un sector de la infancia” (Cillero, Miguel 2000:106)²⁰.

Es en este contexto en el que se aprueba la Convención de los Derechos del Niño (CIDN) en el año 1989, instrumento que, en el marco de diversos procesos de recuperación y transición democrática, marca el inicio de una nueva etapa, en la que los niños, las niñas y adolescentes dejarán de ser considerados como objeto de tutela para convertirse en sujetos plenos de derechos.

3. Historia del control socio-penal de la Infancia Femenina

3.1. Algunas consideraciones previas: Historiografía de las Mujeres

En el artículo “*Historiografía, apuntes para una definición en femenino*”, la autora mexicana Carmen Ramos Escandón reflexiona sobre la historiografía en general, y en particular sobre la historiografía más moderna, también denominada revisionista o post-moderna, caracterizada por su interés en revisar perspectivas anteriores sobre un determinado tema y señalar las diferencias entre esa producción y sus antecedentes, tomando una mirada crítica que lejos de excluir determinadas temáticas, reconoce de hecho, la variedad de enfoques (1999:132).

Santiago de Chile, Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), 1996, pp. 477-543; Rita Maxera, “La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica, en AAVV, Del revés al derecho, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.

²⁰A pesar de la aprobación y masiva ratificación de la CIDN, un reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) señala la pervivencia de informes muy recientes han señalado la supervivencia de modelos tutelares, cuestión que será abordada en los capítulos II y III.

En esta línea se ubica el trabajo de Peter Burke que en la obra por él editada, *New Perspectives on Historical Writing*(1991)²¹, incluye la historia de la mujer como uno de los nuevos enfoques para el estudio de la historia, destacando a Joan Scott como una de sus representantes más destacadas. Para Ramos Escandón, aquel campo histórico que se pregunta por la necesidad del estudio sistemático de las mujeres en la historia, se afirma como una disciplina en constante crecimiento académico (1999:133).

Joan Scott en su conocido artículo “*Gender a useful category for historical análisis*” (1986)²² formula el concepto de género como una categoría para el análisis histórico, tomando para ello, elementos del feminismo contemporáneo que luego aplica a la sociología tradicional y marxista, así como a la teoría literaria. Lo anterior supone la contribución más original que la historiografía feminista anglosajona ha hecho al conocimiento de la historia, ya que no sólo implicaba la necesidad de rescatar a la mujer como sujeto de estudio sino una seria crítica conceptual a lo que ha sido la historia tradicional, evidenciando los aportes de la historiografía feminista no sólo a la historia de la mujer sino al conocimiento histórico general. En el año 1996, con la publicación de *Feminism and History*, Scott señala la necesidad de utilizar una metodología, que de cuenta del proceso histórico de creación de diferencias genéricas entre hombres y mujeres.

En la misma perspectiva de análisis, destaca la autora francesa Michell Perrot, quien ha estudiado en profundidad lo que significa la historia de la mujer y las modificaciones a la metodología tradicional que implica su estudio. En el contexto de la historia social, Perrot participó en la obra colectiva dirigida por George Duby y Philippe Ariès *Histoire de la vie Privée* (1985)²³ y luego edita junto a Duby la *Histoire des femmes en Occident* (1990)²⁴(Ramos Escandon, Carmen, 1999: 133). Sin embargo, una postura más personal y acabada, la encontramos en su texto *mi Historia de las Mujeres* (2009).-

En esta obra la autora, entre otros aspectos, afirma la invisibilización de la mujer en el relato histórico, narra, desde su propia experiencia personal y académica, como ese silencio se rompe y surge una historia de las mujeres, cuyos orígenes ubica en los años 60 en Estados Unidos y en Gran Bretaña, y en los 70 en Francia. Los factores que explican este interés

²¹En el año 1993 se publicó la edición en español titulada *Formas de hacer historia*, Alianza Editorial, Madrid.

²²En Castellano, “El género: una categoría útil para el análisis histórico” (1996).

²³En español, *Historia de la vida privada*, publicada en el año 1987 por Taurus ediciones, Madrid

²⁴En español, *Historia de las Mujeres en Occidente*, publicada en el año 1990 por Taurus ediciones, Madrid.

académico por la mujer en las humanidades en general y en la historia en particular, son de carácter científico, sociológico, y político.

Entre los de carácter científico, la autora indica que alrededor de los años setenta opera una renovación de los cuestionamientos y modificación de las alianzas disciplinarias, entre otras. La historia se reconcilia con la antropología y redescubre la familia. Se plantea la cuestión de las mujeres como sujetos, y el trabajo de Georg Duby es un buen ejemplo de ello. El interés en la familia, introduce nuevos personajes, como los niños y jóvenes; y surgen otros cuestionamientos, tales como las edades de la vida y lo privado²⁵.

En cuanto a los factores sociológicos, destaca la presencia de las mujeres en la universidad, tanto como estudiante, como docentes. Y por último, los factores políticos, de carácter decisivo, que la autora fija en el movimiento de liberación de las mujeres, que en el contexto francés ha sido la el modo particular que adoptó el feminismo en el contexto político posterior a mayo de 1968, “resultado del encuentro entre dos procesos. De Simone de Beauvoir, retuvo la conciencia de desigualdad social entre los sexos y la definición de las mujeres como ‘Otro’. Del movimiento del Mayo del 68, tomó la luchacolectiva y la voluntad de ‘cambiar la vida’. Asimismo, adoptó de él el estilo espectacular, provocador, alegre e insolente. (Picq, Françoise, 2008: 70-71).

Este movimiento, tuvo efectos en el saber, al menos en dos sentidos, en el primero, y en su tarea de buscar pistas y hacerlas visibles, inició un trabajo de memoria que no se ha detenido desde entonces. Y en segundo lugar, con aspiraciones más teóricas, criticó aquellos saberes que se presentaban como universales, no obstante su carácter masculino. Asimismo, tanto en los años setenta como en los ochenta, hubo una voluntad de ruptura epistemológica²⁶, que afectó fundamentalmente a las ciencias sociales y humanísticas. “Así nació el deseo de otro relato, de otra historia” (Perrot, Michell, 2009:14).

²⁵En la Historia de la Vida Privada, Duby y Ariès, tratan estos temas, en los que necesariamente la mujer aparece presente. “Después de la historia de la locura, Michel Foucault emprendía la de la sexualidad, en cuyo marco preveía un volumen sobre la mujer histérica”. La “Nueva Historia”²⁵ multiplicaba sus objetos de estudio, lo que fue favorable a la innovación. (Perrot, Michell, 2009:13).

²⁶Gemma Nicolás señala que la epistemología feminista nace en los años setenta del siglo XX, y pone de relieve que el pensamiento humano moderno y su vida social están distorsionados como fruto de teorías, conceptos, metodologías y bases de pensamiento que se construyeron sólo sobre la experiencia masculina, presuponiendo que son la experiencia de toda la humanidad. La epistemología feminista se levanta contra la tradición científica positivista que busca la verdad desde la pretendida neutralidad de la ciencia; contra aquel saber que se basa en dualismos dicotómicos sexuados y que invisibiliza a la mujer y el espacio doméstico (2009: 79-80)

Como hemos señalado anteriormente, es en esta línea que reflexiona Joan Scott, quien recogiendo el aporte de teóricas feministas²⁷, releva la necesidad de introducir la categoría de género²⁸ a los estudios históricos, transformando de este modo el propio saber.

A partir de este momento, la categoría género se vuelve un elemento indispensable que permite desentrañar y corregir el criterio de selección de los acontecimientos, el que tradicionalmente se basa en una división genérica de la experiencia histórica y que privilegia la vida masculina sobre la femenina, tanto en el espacio público como en el privado (Ramos Escandón, Carmen 1999:138).

En esta perspectiva, la historiadora Michelle Perrot, se propone realizar una revisión de la ausencia/presencia de las mujeres en la historia occidental. Sin embargo su labor se vuelve particularmente compleja, por lo que aún hoy María Dolores Ramos llama “el espinoso tema de las fuentes” (2005). Enfrentada a semejante tarea, Perrot señaló muy acertadamente: “mujeres enclaustradas ¿cómo podríamos encontrarlos” (1977) . En efecto, “para escribir la historia hacen falta fuentes, documentos, huellas. Y esto constituye una dificultad en la historia de las mujeres, ya que su presencia suele estar tachada, sus huellas borradas, sus archivos destruidos. Hay un déficit, una carencia de huellas” (Perrot, 2009:14)

Sin embargo, casi de modo contradictorio, hay una gran abundancia de discursos sobre las mujeres, avalancha de imágenes, literarias o plásticas, que la mayoría de las veces son obras de los hombres. De las mujeres se habla sin cesar, de manera obsesiva, ya sea para decir lo que son o lo que deberían ser. Un ejemplo paradigmático en este sentido es Aristóteles, quien de todos los filósofos griegos, es el que establece de manera más radical la inferioridad femenina/superioridad masculina. Las mujeres se mueven en los límites de lo civilizado y lo salvaje, del humano y la bestia. Son una amenaza potencial para la vida armoniosa de la colectividad. ¿Cómo mantenerlas alejadas? Las mujeres no son sólo diferentes: modelado inacabado, hombre fallido, son incompletas, defectuosas (...). El hombre es creador: por su aliento, el *pneuma*, y por su simiente. En la generación la mujer no es más que un recipiente del que sólo cabe esperar que sea un buen

²⁷Scott recoge, entre otras, las reflexiones de Natalie Davis (1975) y de tres historiadoras feministas para quienes: “la inclusión de las mujeres en la historia implica necesariamente la redefinición y ampliación de nociones tradicionales del significado histórico, de modo que abarque la experiencia personal y subjetiva lo mismo que las actividades públicas y políticas. No es demasiado sugerir que, por muy titubeantes que sean los comienzos reales, una metodología como ésta implica no sólo una nueva historia de las mujeres, sino también una nueva historia” (Ann D. Gordon, Mari Jo Buhle y Nancy Shrom Dye, 1976: 89, citado en Scott, 1990:

²⁸Para un detallado estudio del concepto véase

receptáculo”. El pensamiento de Aristóteles modela por largo tiempo el pensamiento de la diferencia de los sexos (Perrot, Michell, 2009:16).

Esta cuestión es destacada por Françoise Heritier: “El discurso aristotélico opone el masculino al femenino, como calor y frío respectivamente, animado e inerte, soplo y materia” (1996). Lo anterior, es como un alfabeto simbólico universal, y que luego será retomado, con modificaciones por la medicina griega, de Galeno, y en la Edad Media por teólogo Tomás de Aquino (Tommasi, Wanda, 2002: 54-55; Perrot, Michell, 2009: 16).

En esta línea, Pablo ordena a las mujeres el silencio, así en la primera Epístola a Timoteo: “Que la mujer oiga la instrucción en silencio, con toda sumisión. No permito que la mujer enseñe ni que domine al hombre”.

La Ilustración, con El Siglo de las Luces y el surgimiento del Estado moderno²⁹, continúa arrojando reflexiones que, desde las ciencias naturales y la medicina, demostrarían la inferioridad de las mujeres. Así Rousseau escribe a Augusto Comte: “Hoy no puede negarse seriamente la evidente inferioridad relativa de la mujer, mucho menos apta que el hombre a la indispensable continuidad y a la alta intensidad del trabajo mental, ya sea en virtud de la menor fuerza intrínseca de su inteligencia, ya debido a su más viva susceptibilidad moral y psíquica” (Perrot, Michell, 2009: 17).

Perrot también destaca la “avalancha de imágenes” que desde la pre-historia se nos ha ofrecido sobre las mujeres, y como el silencio de éstas imprime cada una de las imágenes analizadas. En este sentido George Duby, señala en el prólogo a *Images de femmes* que: “Las mujeres no se representaban ellas mismas. Ellas eran representadas. [...] Aún hoy, es una mirada de hombre la que se fija sobre la mujer”, esforzándose por reducirla o seducirla. Él espera que, a pesar de todo, las mujeres encuentren algún placer en esa mirada” (Perrot, Michell, 2009: 18).

3.2. Revisión de la historia de la infancia: el enclaustramiento y control de las niñas.

²⁹Como señala Noelia Igareda (2010), existe bastante unanimidad en situar el nacimiento del Estado moderno en la época de la Ilustración. Para mayor detalle véase Díaz (1998) y de Lucas (1997).

Al principio de este trabajo nos hemos referido en extenso a diversas interpretaciones sobre el surgimiento de la categoría infancia, en particular a una de las más influyentes, a saber, la de Philippe Ariès (1987).

Tanto en éste como en todos los relatos presentados en la primera parte de este trabajo se alude exclusivamente y de manera reiterada al niño, en masculino, invisibilizando a la niña y a su historia particular, o al menos surge la duda si la historia narrada comprende a niños y niñas, y los autores aplican la categoría universal hombre/niño para medir y estudiar también al sujeto femenino.

A este respecto, y a propósito del cuerpo de las mujeres en la historia, Perrot señala que en la obra de Ariès, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*³⁰, “se trata de un niño relativamente asexuado, no se sabe bien por qué: ¿representación de la época o del historiador que la describe?” (2009:32). La pregunta queda planteada, aunque nos aventuramos a pensar que el análisis constituye tanto una representación de la época como del historiador que la describe, inmerso en una cultura que hasta aquel momento, particularmente en la disciplina histórica, sesga el conocimiento. Entendemos que es a partir de Joan Scott y Michell Perrot, que comienza el andar de un desmantelamiento de “la” historia, para reconstruir una nueva historia o historiografía que hace de la categoría género una herramienta indispensable del análisis histórico.-

En esta línea, una primera aproximación que revisa la categoría niña en la historia, es el trabajo de Perrot que, a partir de las edades de la vida, hace un breve recorrido vital por *su* historia de las mujeres.

Como punto de partida, el nacimiento. Las niñas han sido menos deseadas, anunciar un varón es más glorioso que decir “es una niña”. En los pueblos de antaño las campanas replicaban más tiempo por el bautizo de un niño que de una niña (Corbin, Alain, 1994).

El infanticidio³¹ de niñas es una práctica muy antigua, y aún masiva en India y sobre todo en China, país en que a causa de la limitación a un hijo único se elimina a las niñas (con elevados índices de aborto) hasta tener un varón.

³⁰Obra en la que el autor es pionero en la diferenciación de las edades de la vida (2009: 32)

³¹En el año 1990, Amartya Sen advertía en su artículo titulado “More than 100 million women are missing”, sobre la ausencia de más de 100 millones de mujeres en el continente asiático, señalando como causa fundamental el infanticidio y feticidio femenino (Campos, 2010)

La primera infancia es relativamente asexuada. La expresión bebé funciona como una denominación neutra. Hasta los 3 o 4 años, los/as niños y niñas visten casi la misma, ropa, usan el mismo largo de cabello, juegan a los mismos juegos, viven en las faldas de las mujeres. En los asilos de infancia se confunden las niñas y los niños. Luego comienza un lento proceso de sexuación.

La niña pequeña es una desconocida, antes del siglo XX existen pocos relatos de la infancia de las niñas, con excepción de George Sand, escritora francesa que en *La historia de mi vida* (1855) escribe sobre la cotidianidad de su vida y juegos de infancia. La literatura novelesca del siglo XIX ofrece gala de un nuevo personaje: la niña. Sophie (la condesa de Segur), Alicia (Lewis Carroll), Fadette (Sand), Cosette (Victor Hugo). Y se destaca en la pintura del mismo siglo, fundamentalmente en la impresionista.

A pesar de estas representaciones, no resulta fácil delimitar la vida real de las niñas. “Están más encerradas, más vigiladas que sus hermanos, y si se agitan demasiado se las califica de varones fallados. Se las pone a trabajar más temprano en las familias populares, campesinas u obreras, retirándolas precozmente de la escuela, sobre todo si son las hijas mayores. Se las recluta para tareas domésticas de toda clase. Futura madre, la niña reemplaza a la madre ausente. Se la educa más de lo que se la instruye” (Perrot, Michell 2009: 34)

La escolarización de las niñas va a un ritmo distinto que para los niños, particularmente en los países católicos. En este sentido, el protestantismo, preocupado por que ambos sexos lean la Biblia, es mucho más igualitario³². En el mundo católico, las religiosas se hacen cargo de la educación de las niñas quienes aprenden rudimentariamente lectura, oración y sobre todo costura, formando, una mano de obra ideal para la industria textil. Desde la primera edad se establece un vínculo entre niñas y religión, ya que deben ser educadas en el “regazo de la Iglesia”, de acuerdo a lo señalado por monseñor Dupanlop (Perrot, Michell 2009: 34).

Las Leyes Ferri en el año 1881 marcan un hito, ya que establecen la escuela laica, obligatoria y gratuita para ambos sexos. Y preocupados por la reputación moral, la Escuela separa los espacios para niños y niñas.

³²En este sentido Perrot destaca como el el protestantismo contribuye a desarrollar la instrucción de las niñas. La instrucción protestante de las niñas tendría consecuencias de largo aliento sobre la condición de las mujeres, sobre su acceso al trabajo y a la profesión y sobre las relaciones entre los sexos. (2009:78).

A diferencia de la niña, la “muchacha” será más visible, ha originado mayor cantidad de trabajos³³, así por ejemplo en la literatura, Jane Austen, Balzac y Proust, entre otros, destacan a la muchacha quien fascina por su frescura, indecisión y misterio. Su existencia, comienza en un momento clave, la pubertad, la que en general en el mundo occidental es poco celebrada, y en que más bien prima el silencio del pudor, ante la vergüenza de esta pérdida involuntaria de sangre, a diferencia de la sangre del guerrero varón que es símbolo de gloria. La diferente valía de los sexos también jerarquiza las secreciones. Y no será hasta la década de los setenta que las madres hablen expresamente con sus hijas sobre la menstruación.

Una obsesión respecto de ellas, será la virginidad, que debe ser custodiada, ya que la Iglesia la consagra como valor supremo, celebrando el modelo de María, madre y virgen. Protegerla es una obsesión familiar y social, ya que la violación es un riesgo mayor. Rito de iniciación que se toleró en la Edad Media, Duby y Rossiaud, describen a las bandas de jóvenes en busca de su víctima, la que, de paso, una vez atacada siempre será sospechosa de ser chica fácil. Además, en caso de ser violada por muchos hombres, no habrá quien la despose, será condenada a la deshonor y a la prostitución (Rossiaud, Jacques 1976). Además, en el siglo XIX los tribunales sólo condenan la violación colectiva, como si en caso de ser violada por una sola persona, la muchacha o mujer casi siempre se presume consentidora

Por último, la clase se erige como un factor que marca la condición de vida de las muchachas. La mayor libertad de la muchacha aristócrata contrasta con la custodia de la burguesa, mientras la joven de clase popular entra muy temprano en la servidumbre y se ve expuesta a trabajos duros. (Perrot, Michell 2009: 35-36).

Como hemos indicado, la educación marca una importante diferencia entre niños y niñas, es importante formarlas, pero hay que sospechar del saber. Fénelon, en su tratado *La educación de las niñas* (1687) critica la ignorancia de las muchachas y promueve su formación, pero respecto del saber deberían “sentir un pudor casi tan delicado como el que inspira el horror del vicio” (Collin, Françoise; Pisier, Évelyne y Varikas, Elena 2000: 267).

³³Para un estudio más profundo de las muchachas véase Gabrielle Houbre, *La Discipline de l'amour*, París, Plon, 1997; G. Houbre (dir.), "Le temps des jeunes filles", en *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, núm. 4, 1996; G. Houbre et al, *Le Corps des jeunes filles, de l'Antiquité à nos jours*, París, Perrin, 2001.

Los filósofos de la Ilustración en general no piensan de modo muy diferente. Jean J. Rousseau un autor paradigmático en la materia, dedica parte de su obra a la educación de los niños, oportunidad en que desarrollará su perspectiva respecto de las niñas.

3.2.2 Las mujeres y las niñas en el discurso de Jean J. Rousseau

Tal como se ha señalado, Rousseau constituye un autor paradigmático, su pensamiento ha fijado las bases del patriarcado moderno, y su elección en el presente trabajo “no obedece al azar, sino a la relevancia que tiene su reflexión con respecto a la conceptualización del nuevo ideal de feminidad y de la nueva familia patriarcal” (Cobo, Rosa 1994: 24).

En esta línea y desde una perspectiva de género, la reelaboración que Rousseau hace de los grandes conceptos políticos y éticos de la Ilustración, a saber, universalidad, razón, derecho natural y contrato social, muestra que: “1) los derechos establecidos por la Ilustración no incluyen a las mujeres; 2) esos conceptos políticos y éticos surgen de una estructura social dividida por género-sexo. Una gran parte del pensamiento ilustrado, cuyo representante más sólido es Rousseau, argumenta la necesidad de exclusión de las mujeres de la vida pública, poniendo así las bases del patriarcado moderno” (Cobo, Rosa, 1995: 24).

Un ejemplo paradigmático de lo anterior, lo constituye el Libro V de su obra *El Emilio o de la Educación*, en el que Rousseau “construye dos modelos ideales de educación, cada uno de los cuales tiene como fundamento un concepto específico de la naturaleza humana. Asimismo, los dos conceptos de naturaleza y de educación deben relacionarse con los dos espacios sociales, público y privado, en los que está dividida la sociedad”. (Cobo, Rosa 1995:29)

El autor tiene una concepción esencialista de la naturaleza humana, y en su caracterización de los rasgos esenciales para cada sexo proporciona la idea de que la naturaleza femenina tiene un rango inferior a la masculina (Cobo, Rosa, 1995:205).

Cabe señalar que este texto es un tratado de educación para varones y un conjunto de normas de conducta para las mujeres. En concreto, en el capítulo V de *Emilio*, titulado *Sofía*, retrata a la mujer ideal, compañera de Emilio. Señala cómo debe ser educada para que pueda

cumplir de modo óptimo los roles que la sociedad le asigna, en particular, su “destino especial que es agradar al hombre” (Rousseau, 1973:244)

“Si la mujer está hecha para agradar y ser subyugada, es importante inculcar en ellas virtudes tales como modestia, recato, virtuosismo, decoro y dedicar atención al resto” (Rousseau, 1973: 246).

Es decir, a las mujeres se las debe educar para satisfacer los deseos del varón. “Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar de ellos, educarlos cuando niños, cuidarlos cuando mayores, aconsejarlos, consolarlos hacerles grata y suave la vida”, son para el autor, obligaciones que acompañarán a la mujer durante todos los tiempos .Y en esta tarea, la madre asume un rol protagónico, tanto así que “la buena constitución de los hijos depende de las madres” (Rousseau, 1973:, 249).

Asimismo, el control en las niñas debe guiar la buena crianza, ya que deben ser propensas a contenerse desde muy temprano en sus impulsos, pasiones, aprendizajes, entre otros. “(...) no debéis consentir que no conozcan el freno durante un solo instante de su vida. Acostumbrarlas a que se vean interrumpidas en sus juegos y a que las llamen para otras ocupaciones sin que murmuren” afirma de modo imperativo el autor (Rousseau, 1973:, 251)³⁴.

Sus vestidos y coqueterías deben ser precisos, “el verdadero buen gusto requiere poco tocador”, y sus madres tendrán que incentivar sus labores domésticas, no sea que descuiden el espacio que la naturaleza les ha asignado. “Procurad que amen las labores de su sexo...que sepan cuidar y gobernar su casa, y se les olvidará a no tardar el abuso del tocador” (Rousseau, 1973: 252)

El control de la niña/muchacha/mujer, se levanta como un factor determinante en el discurso del autor. En el capítulo dedicado a Sofía, “no sólo se narran las nuevas cualidades de la naturaleza femenina, sino también las técnicas de regulación de sus deseos. El nuevo ideal femenino de la domesticidad gana autoridad sólo a condición de reprimir sus deseos. El dominio doméstico priva a la mujer de autonomía y constriñe su subjetividad” (Cobo, Rosa 1995:209).

A diferencia del niño o el Emilio, cuya educación se orienta a la formación de un sujeto libre y autónomo en la sociedad. Respecto de él, rechaza todo tipo de dependencia, a diferencia

³⁴Cobo pone de manifiesto algunas incongruencias metodológicas del autor, por ejemplo, “si la naturaleza de la mujer está dirigida al sometimiento del marido, no parece lógico que su socialización deba fundarse en la interiorización de la coacción, puesto que ya estaría implícita en su naturaleza. El tipo de educación que imagina Rousseau para Sofía no parece que tenga por objeto reforzar su naturaleza, sino más bien violentarla” (1995: 235)

de las mujeres, la opinión de los otros no es relevante. “Que no se deje arrastrar ni por las pasiones ni las opiniones de los hombres; que él vea con sus ojos, que sienta con su corazón; que ninguna autoridad le gobierne fuera de sus propia razón” (Rousseau, 1973).

Se observa el contraste entre su propuesta de educación liberadora para Emilio, y autoritaria y represiva para Sofía³⁵. Educación orientada a la formación del buen ciudadano, para ser el sujeto político de *El contrato social*, el que requerirá todo el tiempo para el ejercicio de la ciudadanía, y eso es sólo posible si las mujeres liberan a los hombres de las tareas de reproducción y mantenimiento de la familia. Hombre público versus mujer doméstica, reforzamiento de la familia patriarcal (Cobo, Rosa, 234)³⁶.

En síntesis, el *Contrato Social* de Rousseau requiere un individuo libre, cuyo modelo de hombre describe en el Emilio. Por su parte, el *Contrato Sexual*, en expresión de Carole Pateman (1998), se sostiene gracias al ideal femenino que el ginebrano describe en Sofía.

Se aprecia en el autor la emergencia de un discurso que refiere a una nueva feminidad normativa, y que surge como correlato de un “nuevo pacto patriarcal” (Amorós, Celia, 1995: 17)³⁷.

3.2.3 Las críticas a Rousseau. Respuesta de Wollstonecraft.

El carácter patriarcal de las teorías de Rousseau fue objeto de diversas críticas en su época³⁸. Entre éstas, destacamos las planteadas por Mary Wollstonecraft, ilustrada inglesa quien se referirá expresamente al modelo de mujer de *Emilio* para señalar las contradicciones del filósofo (Cobo, Rosa, 1995:251).

En *Reflexiones sobre la educación de las niñas* (1787) y *Cartas sobre la educación* (1790), la autora plantea una crítica explícita a la educación que se da a las niñas, y no solamente en el cuanto a la orientación moral en aras de prepararlas para el matrimonio, sino por la baja consideración que se tiene respecto de sus facultades intelectuales. Y será en estos textos en los que descansan los

³⁵Cabe hacer presente que, el Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres es, sin duda el soporte de y el fundamento teórico y político del Contrato Social y de Emilio (Cobo, 1995:90). Cfr. Calderón (2004).

³⁶Cobo señala que las razones del dominio del varón son varias y todas apuntan a la misma dirección: el reforzamiento de la familia patriarcal (1995:234).

³⁷

³⁸

gérmenes de su obra más conocida, y que publica en el año 1792, *Vindicación de los derechos de la mujer*. “Se trata de uno de los textos fundacionales del feminismo, y a partir del cual no podrá desvincularse de la Ilustración³⁹” (Cobo, Rosa 1995: 251-252).

La obra constituye “un alegato pormenorizado contra la exclusión de las mujeres (...) decanta la polémica feminista ilustrada, sintetiza sus argumentos y, por su articulación como proyecto, se convierte en el primer clásico del feminismo en sentido estricto” (Valcárcel, Amelia 2004:6).

Las críticas de la autora inglesa se dirigen fundamentalmente a la obra de Rousseau, por su relevancia “respecto del nuevo ideal de feminidad y de la nueva familia patriarcal”. Y para llevar a cabo su tarea, asume el mismo sistema discursivo rousseauiano, mostrando sus propias contradicciones, asignándole un nuevo sentido a conceptos tales como estado de naturaleza, virtud y educación (Cobo, Rosa 1995: 253)

Para comprender en su cabalidad el texto de *Vindicación* y sus críticas a Rousseau, es importante tener presente la noción de razón que la autora sostiene, cuya génesis descansaría en el *bons sens* cartesiano, pero con un nuevo añadido que ya había sido indicado por Poullain de la Barre, a saber, “el buen sentido se extiende al espacio social para operar como desenmascaramiento de prejuicios, tradiciones, costumbres y valores morales y sociales. Se trata de una razón radicalmente ilustrada concebida como instrumento de desenmascaramiento de tradiciones” (Cobo, Rosa 1989:215).

En primer lugar, Wollstonecraft pone de relieve el carácter artificial del modelo femenino que plantea Rousseau. Sofía como esquema ideal, habitaría en la imaginación del autor, pero adolece de realidad histórica (Cobo, Rosa 1995:253- 254).

En este sentido la autora señala: “creo con firmeza que todos los escritores que han tratado el tema de la educación y los modales femeninos, desde Rousseau hasta el doctor Gregory, han contribuido a hacer a las mujeres más artificiales, caracteres débiles que de otro modo no habrían sido y, como consecuencia, miembros más inútiles de la sociedad” (Wollstonecraft, Mary 1994:131).

³⁹Hay acuerdo en considerar al feminismo como un producto de la Ilustración, eso sí, de carácter intempestivo o inoportuno. Así Amorós se refiere al movimiento como un producto “precoz” de la Ilustración (2000:23) y Valcárcel como el “hijo no querido del igualitarismo ilustrado” Lo anterior no excluye a pensadoras feministas anteriores, sin embargo, como movimiento en estricto rigor surge de la mano de la Ilustración

Para la inglesa, el principal error de Rousseau descansa en que “analiza las costumbres y los hábitos de las mujeres como si fuesen rasgos innatos o facultades naturales. (...) no tiene en cuenta que desde que nacemos nuestros gustos están dirigidos y que esta socialización orienta a las niñas hacia la coquetería y el artificio” (Cobo, 1995:255).

Precisamente es la educación diferenciada por el sexo, la que orienta a las niñas a la dependencia y a la obediencia. “Se las trataba como mujeres, casi desde su mismo nacimiento, y oían halagos en lugar de instrucciones. Con este debilitamiento mental, se suponía que la Naturaleza había actuado como una madrastra cuando formó esta idea tardía de la creación” (Wollstonecraft, Mary 1994:221).

En este mismo sentido agrega que: “(...) me aventuraré a afirmar que una niña cuyas emociones no hayan sido desalentadas por la pasividad, o su inocencia manchada por la vergüenza falsa, siempre será juguetona y la muñeca nunca llamará su atención a menos que el confinamiento no le deje otra alternativa (Wollstonecraft, Mary 1994:98).

Otro buen ejemplo, es la regulación en los juegos: “En resumen, los niños y las niñas jugarían juntos sin causarse daño, si la distinción de sexos no fuese inculcada mucho antes de que la naturaleza marcara alguna diferencia” (Wollstonecraft, Mary 1994:98).

En contraposición a la línea argumentativa de Rousseau, y en un sentido liberador, la inglesa propone que la educación permita el mayor despliegue espiritual e intelectual para las mujeres, sin limitaciones de género.

“En consecuencia, la educación más perfecta es, para mi opinión, un ejercicio del entendimiento, calculado lo mejor posible para fortalecer el cuerpo y formar el corazón. O, en otras palabras, para posibilitar al individuo la consecución de hábitos de virtud que le hagan independiente. De hecho, es una farsa llamar virtuoso a un ser cuyas virtudes no resultan del ejercicio de su propia razón” (Wollstonecraft, Mary 1994:131).

Por otra parte, una de las cualidades más enaltecidas por el ginebrino, la docilidad y sometimiento al varón –Rousseau habla de la subyugación- es criticada por Wollstonecraft: “Al insistir en la obediencia ciega, se violan todos los derechos sagrados de la humanidad, o bien los derechos más sagrados pertenecen sólo a los hombres”. (1994:223).

En relación al conocimiento y los dos espacios que a su respecto establece Rousseau en el Emilio “uno para el varón, donde se haya situada la abstracción, la especulación y la facultad de

crear sistemas, y otro para la mujer que contiene las facultades de observación, penetración de espíritu y sutileza”⁴⁰ (Cobo, Rosa. 1995:257), Wollstonecraft critica no sólo “a Rousseau sino a la apropiación histórica de la razón por parte de los varones” (Cobo, Rosa 1995: 258).

En este sentido señala: “Si son realmente capaces de actuar como criaturas racionales, no las tratemos como esclavas o como animales que dependen de la razón del hombre cuando se asocian con él, sino cultivemos sus mentes, démosle el freno saludable y sublime de los principios y permitámosles obtener una dignidad consciente al sentirse sólo dependientes de Dios. Enseñémosles, en común con los hombres, a someterse a la necesidad, en lugar de dar un sexo a la moral para hacerlas más placenteras” (Wollstonecraft, Mary 1994: 151).

En síntesis, para la autora inglesa, las mujeres y hombres son iguales, en tanto que pertenecen al género humano. “Si todos somos hijos de Dios no es razonable pensar que la mitad de los hijos esté sometido y oprimido por la otra mitad” (Wollstonecraft, Mary, 1994). Se devela el carácter irracional del argumento rousseauiano, quien atribuye sólo a los hombres la universalidad de la razón. Y que además, desde los deberes morales de la niña/mujer concluye sus atributos naturales, incurriendo en la ya conocida falacia naturalista (Cobo, Rosa 1995).

Para Wollstonecraft el individuo es portador de derechos naturales que tienen su génesis en la razón. Y si ambos sexos tienen los mismos derechos naturales, ambos deberán tener los mismos derechos sociales. “Al postular la unidad de la especie, está reclamando la superación de los géneros como construcciones sociales. La principal crítica de la autora a Rousseau consiste en poner de manifiesto que la mujer natural rousseauiana es, en realidad, la mujer social” (Cobo, Rosa 1995:256).

Esta “ficción doméstica”, en palabras de Nancy Armstrong, es la que Wollstonecraft desenmascara en su obra, y cuyos principales argumentos hemos querido dejar expuestos en este trabajo.

4. Control Socio-Penal⁴¹ de las Niñas y Adolescentes

-Algunas consideraciones previas

⁴⁰Recuérdese que el objeto de conocimiento para la mujer es el hombre (Cobo, 1995:257)

⁴¹Sobre el uso de la expresión control socio-penal, nos remitimos a lo señalado en el punto 2 del presente trabajo.

Los antecedentes aportados desde la historiografía y la filosofía política, evidencian como el control ha constituido un elemento clave en la construcción y percepción de la identidad femenina, particularmente a través de los procesos de socialización de las niñas, cargados de estereotipos y expectativas de lo que se espera de una mujer.

En efecto, “son precisamente las instancias de control, las que juegan un rol fundamental en la transmisión de la ideología sexista: la familia, la educación formal (la escuela), la religión, los medios masivos de difusión; es decir mecanismos de construcción del orden que se materializan en personas o instituciones tendientes a neutralizar y normativizar de diferentes maneras, ya sea a través de cooptación, coerción o exclusión, lo que supone una multitud de formas de acción social con la finalidad de alcanzar el objetivo del orden” (Magaña, Diana 2007: 13).

En el marco teórico del control social, y desde una perspectiva criminológica “pareciera que el hecho que las mujeres delincamos menos debería ser un dato catalizador de teorías críticas acerca de la socialización de los niños que insiste en convertirlos en adultos agresivos, racionales, independientes y dominantes, y aún más críticas de los valores masculinos sobre los cuales se han construido nuestras sociedades guerreristas, agresivas, frías y autoritarias. Pero no es así, los valores viriles no son cuestionados. Tal vez porque a ningún criminólogo le interesa saber el porqué se nos controla más y mejor a las mujeres, para no tener que admitir que todos los hombres se benefician del control que sobre nosotras se ejerce o, si no, puesto que está comprobado que la socialización que se le da a las mujeres es efectiva en cuanto a su menor involucramiento en el delito, ¿por qué no se socializa a los hombres de la misma manera para no delinquir? (Facio, Alda y Camacho, Rosalía 1993: 42)

Este control social más severo respecto de las mujeres ha sido calificado como un conjunto de procesos de producción de la “mujer normal y estarían destinados a prevenir y sancionar las conductas consideradas desviadas” (Larrandart, Lucila 1991:3).

La mayoría de los/as criminólogos/as, se sirven de la clasificación de control formal e informal⁴² para, dejar en claro como el último es particularmente intenso respecto de las mujeres

⁴²Señalan que el control social, podrá ser informal o formal, es decir “los procesos de control social están integrados por elementos básicos que operan como componentes de la orientación activa sobre el sujeto o la sujeta a controlar y los mismos incluyen la internación, la socialización, la educación, la presión del grupo primario, la opinión pública, así como las acciones de todas las instancias formales especializadas, tales como: la policía, la ley y otros poderes del Estado” (Aponte, 2005:2). Y sobre el control informal en particular, Elena Larrauri señala que son “todas aquellas respuestas negativas que suscitan

y ello explicaría su menor desviación o censura social (Morris, Ruth 1963, 1964 y 1965; Larrauri, Elena 1994; Miralles, Teresa 1983, Aponte, Elena 2004; Antony, Carmen 2005).

Así Teresa Miralles señala que: “(...) cuando la mujer se desvía del rol impuesto, la institución familiar despliega su actuación para eliminar la desviación y forzar la adaptación. Este es el primer control que se coloca ante la mujer; si lo acepta, es decir, si se reintegra dentro del orden familiar en su rol, difícilmente llegará a la delincuencia (que supone la entrada al control formal)” (1983: 132)

Sin embargo, y siguiendo a Facio y Camacho en este punto, consideramos que esta división⁴³ no explica realmente el fenómeno del control social con respecto a los hombres y menos respecto de las mujeres. En efecto, si la misma ley civil, penal o laboral concede por ejemplo al esposo poderes discrecionales sobre la esposa, entonces ¿por qué se llamará al control concedido por la misma ley, un control informal? (1993: 46).

Miralles continúa en su explicación del menor control penal respecto de las mujeres y señala que: “A la cárcel, control límite, va el residuo de las mujeres cuando su desviación no ha sido absorbida por los demás tipos de control. A él van las mujeres más desfavorecidas: las más pobres, más negras, mas gitanas y más jóvenes” (1983: 132).

Camacho y Facio, critican la calificación de cárcel como control límite, señalan que es una consideración que “parte de la vida de los hombres adultos y también parte de una determinada posición política, pues para ellos la familia y el hogar son lugares en donde se ejerce el poder y el control familiar, mientras que la cárcel es el lugar donde se ven despojados de ese poder que tiene en sus hogares” (1993:46).

Para las mujeres no es lo mismo y así lo reafirma la misma Miralles: “La mujer que vive en el núcleo cerrado familiar, en la esfera doméstica, es, igual que la reclusa de una cárcel, olvidada socialmente (...)” ambos espacios comparten como características: la privación de identidad y de tomar el propio lugar – lugar que le es impuesto-, colocación fuera de la circulación social,

determinados comportamientos que vulneran normas sociales, que no cumplen las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol. Estas respuestas, no están reguladas en un texto normativo, de aquí que se hable de sanciones informales (1994:1).

⁴³En este mismo sentido Magaña ha señala que la referida clasificación “agotó todas sus posibilidades interpretativas al constituirse en un concepto omnipresente capaz de contener a toda la diversidad de formas de control dirigido a los múltiples actores sociales” (2007:9). En esta misma línea véase Luis González Placencia (1998).

limitaciones físicas –celda/familia nuclear- y coerciones físicas, económicas e ideológicas” (1983:135)

Por último, en cuanto a que las mujeres son castigadas en la cárcel sólo cuando han fallado los otros medios de control. Cabe señalar que esta es una reflexión que ha sido compartida por algunas autoras⁴⁴, aunque con matices, en cuanto a que se trataría de un factor preponderante, no de carácter exclusivo y excluyente. En efecto, “numerosos estudios (Chesney Lind, Meda 1987; Carlen, Pat 1983) han mostrado que el peso de la ley acostumbra a recaer en mujeres que no tienen ninguno de los controles tradicionales, esto es, que las mujeres que tienen más probabilidades de acabar presas son aquellas que no están casadas y carecen de quien pueda hacerse “cargo” de ellas) y las jóvenes que no tienen una familia (y carecen de quien las puede cuidar)” (Larrauri, Elena 1994:2).

En relación a lo anterior, Facio y Camacho señalan que “De nuevo es falso para las mujeres que su status de delincuente lo obtienen cuando falla el entorno informal. Tampoco es cierto que todas las mujeres que van a la cárcel son aquellas cuya desviación no fue absorbida por los demás tipos de control. En la cárcel hay muchas mujeres que están ahí precisamente por ser fieles esposas, abnegadas madres, obedientes hijas, apasionadas amantes: todas aquellas que cometieron delitos porque su hombre se los pidió o exigió, porque su amor de madre así las hizo actuar o porque no podían concebir perder a “su amor”. En estos casos, los medios de control social de la mujer, lejos de absorber la “desviación”, la empujan a cometer el delito” (1993:46-47).

De las reflexiones anteriores, se aprecia que la comprensión del fenómeno delictivo femenino, es una tarea compleja. Tanto así que autoras como Pat Carlen han señalado que “Ninguna teoría por sí sola (feminista o no) puede explicar adecuadamente los tres rasgos sobresalientes de las mujeres que delinquen y de las mujeres encarceladas: que los delitos de las mujeres son fundamentalmente delitos típicos de la gente que carece de poder; que las mujeres encarceladas pertenecen desproporcionadamente a grupos étnicos minoritarios; y que la mayoría de las mujeres encarceladas han vivido en la pobreza la mayor parte de sus vida” (1992:53)

⁴⁴En este mismo sentido apuntan las reflexiones de Marina Graziosi quien señala que el control penal parecería tratar principalmente a las mujeres sin “una sólida guía familiar”. Y lo refuerza afirmando que: “Se trata de un control ‘extremo’ que surge y se aplica sólo cuando todos los otros, el doméstico, el religioso, el dictado por la ética femenina de la responsabilidad son defectuosos o fallan. Son en suma solamente las mujeres que escapan a estos diversos órdenes de control las que resultan más fácilmente criminalizadas (1999:89).

Y “si bien es cierto que la mujer no comete los mismo ni la misma cantidad de delitos que los hombres, creemos que el poco desarrollo doctrinario con respecto a sus transgresiones y las causales de éstas, se debe más a que los estudiosos, en cualquier disciplina, no se han preocupado por estudiar la realidad de las mujeres. Al menos, no como protagonistas de sus propias vidas, sean éstas de dóciles esposas o de malvadas vampiresas” (Facio, Aldo y Camacho, Rosalía 1993: 47).

Para relevar esta “invisibilización” es que en los párrafos siguientes nos proponemos hacer un análisis exploratorio de la presencia/ausencia de la mujer en general, y de la niña/adolescente en particular en el “imaginario penal” (Graziosi, Marina 1999).

5. Control Penal y Niñas/Adolescentes

5.1 Antecedentes: La mujer y el Poder Punitivo. Primeras Teorías Criminológicas.

Desde sus orígenes, el poder punitivo ha sido un poder con implicaciones de género⁴⁵, es decir, se ha estructurado en la dominación y subordinación de la mujer (Antony, Carmen 2005:12).

En esta línea, Zaffaroni señala dos momentos representativos del poder punitivo vinculados con su consagración en la Edad Media y su resurgimiento a mediados del siglo XIX (1992:5).

En efecto, “la posición subordinada de la mujer se acentuó y consolidó con el modelo corporativo de sociedad, y el instrumento de éste fue el poder punitivo -con sus marchas y

⁴⁵Sobre el concepto de género véase Oliva (2005); Scott (1996); Osborne (1993) y Rivera (1994)

contra-marchas- hasta los siglos XI y XII, con la inquisición” (Zaffaroni, E. Raúl, 1992:6) y cuyo discurso legitimador lo podemos encontrar en la obra de los dominicos Heinrich Kramer y James Sprenger, el *Malleus Maleficarum* o El Martillo de las Brujas de 1484, consagrada oficialmente por el Papado, y que corresponde a la primera teorización extensa y detallada del modelo integrado de la criminología etiológica, derecho penal, procesal penal y criminalística (Zaffaroni, E. Raúl 2006:84).

Esta guía oficial de la caza de brujas, se refiere insistentemente a la mujer y justifica su comportamiento desviado desde su inferioridad y peligrosidad (Antony, Carmen 2005:12).

Inferioridad que se originaría en su propia genética: “La razón natural está en que la mujer es más carnal que el hombre, lo que se evidencia por sus muchas abominaciones carnales. Y conviene afirmar que hubo una falla en la formación de la primera mujer, por haber sido ella creada a partir de una costilla curva, o sea, una costilla del pecho cuya curvatura es, por así decir, contraria a la rectitud del hombre. Y como, en virtud de esa falla la mujeres animal imperfecto, siempre decepciona y miente”.

Y tal falla, explicaba para los autores que las mujeres sean “intelectualmente como niños” y “por ser más débiles en la mente y en el cuerpo, no sorprende que se entreguen con mayor frecuencia a los actos de brujería” (Ibídem).

De este modo se justificó la fuerte persecución y represión contra las brujas, llevándolas a la hoguera⁴⁶.

“Pero no solamente las brujas fueron objeto de represión, también lo fueron las mujeres prostitutas, las ebrias, las mendigas, las mujeres sin oficio o solteras, las independientes, las sexualmente activas o simplemente las que conocían las prácticas curativas”⁴⁷, es decir las diferentes o desviadas, que contravenían el arquetipo femenino de humildad, discreción, pureza subordinación, aislamiento, piedad y templanza (Antony, Carmen 2005:14-15).

Estas mujeres deberán ser tuteladas bajo parámetros de corrección moral. De tal modo la Inquisición abre las puertas a la ideología tutelar que cubrirá con especial atención el tratamiento penal de las mujeres y las niñas/adolescentes.

⁴⁶Más del 80% de los/as condenados/as eran mujeres, y se estima que en el siglo XVII en 32 años se ejecutaron a 17.000 “brujas” (Rodríguez, 1993: 176, citado en Antony, 2005:13).

⁴⁷Resulta ilustrativo el caso de Agnes Simpson en 1591 quien fue llevada a la hoguera “por haber intentado aliviar los dolores de parto con opio y láudano” (Giberti, 1992, citado en Antony, 2005:13)

El segundo momento de resurgimiento del poder punitivo al que se ha hecho alusión, se ubicaría en el contexto del nuevo discurso “científico” positivista (segunda mitad del siglo XIX) que desarrolla diversas teorías que buscarían “justificar científicamente las desigualdades sociales como necesaria diversidad natural” (Pavarini, Massimo 1983:41).

Y en la interpretación causal del obrar humano permitió que el paradigma epistemológico de la criminología positivista fuese de tipo etiológico, esto es el de una ciencia que explica la criminalidad examinando las causas y los factores, lo que implicaba la aceptación a priori de una hipótesis no demostrada, a saber, que la diversidad tiene un fundamento ontológico-natural⁴⁸. Teorías y presupuestos que se desarrollaban sin poner en cuestión el problema del orden social, es decir, haciendo ciencia acrítica, lo que permitía fácilmente legitimar el orden constituido (Pavarini, Massimo 1983, 44-45).

Es interesante, tener presente, a la luz de lo revisado en el presente capítulo, como se entrelazan los elementos más destacados que plantearon los pensadores iluministas del patriarcado (naturaleza, superioridad, subordinación, espacio doméstico, etc.) y las teorías positivistas que, un siglo más tarde, explicarían el lugar de la mujer y su comportamiento desviado. Autores como Auguste Comte y Cesare Lombroso, desarrollarán sus teorías a la luz de este paradigma y encontrarán en la mujer un interesante objeto de estudio.

Así Comte, en su lección 50 publicada originalmente en el tomo IV de su curso de Filosofía Positiva (1839), afirmaba que: “un análisis biológico demuestra fehacientemente que la mujer permanece en un estado infantil perpetuo y que, de manera aquella observada en los animales inferiores, ella posee una preponderancia de sus facultades afectivas”. Y en “La influencia del positivismo en la mujer” publicado el año 1848, señala que “el progreso de la condición social de la mujer debe seguir la siguiente dirección: hacer su vida cada vez más doméstica, disminuir al máximo el trabajo fuera de la casa y capacitarla, de manera más completa, en su rol de educadora de la naturaleza moral de los hombres (Guerra, 2006: 67).

⁴⁸En este mismo sentido Baratta señala que: “Tanto la criminología positivista como la tradicional se sirvieron y siguen sirviéndose del paradigma etiológico, propio de las ciencias naturales. Según este paradigma, la criminología sería una ciencia explicativa que tendría por objeto las causas o las condiciones de la existencia de comportamientos criminales y de individuos “criminales”, entendidos como seres *diferentes* de los otros. La criminalidad se entiende, pues, como una *cualidad ontológica* de comportamientos y de personas”.

Sin embargo será Lombroso quien tratará de dar una de las primeras explicaciones, al comportamiento delictivo de la mujer, en su obra *La Donna Delinquente*, escrito junto a su cuñado Giovanni Ferrero en el año 1892.

Los autores sostienen que la mujer tiene una mayor pasividad⁴⁹, lo que viene determinada fisiológicamente. Por ello serían más obedientes a la ley, lo que explicaría su baja participación en hechos delictivos. Al mismo tiempo, son potencialmente amorales, es decir engañosas, frías, calculadoras, seductoras y malévolas (Van Swaaningen, Rene 1989: 85-86)

Y en el caso de las mujeres, la teoría del atavismo lombrosiano, no las conduciría a cometer delitos sino a la prostitución, lo que constituiría, para estos autores, la forma obvia de desviación femenina (Antony, Carmen 2005:22).

“El concepto de la *verdadera naturaleza* de la mujer es absolutamente fundamental en la obra de Lombroso y Ferrero, de modo que cualquier característica social de la mujer es reflejo de su naturaleza” (Miralles, Teresa 1983:123). En este sentido, cada una de las características atribuidas a la prostituta deviene contra la naturaleza femenina. Así el autor destacó de la prostituta “su frigidez, su mayor virilidad, su carencia de sentimientos maternales, el temor a la gravidez, la ociosidad, generalmente de clase pobre, amantes del adulterio, desordenadas de vida social pervertida, malsano gusto por los placeres y el vicio (...)” (Lombroso 1903, en Antony 2005:22)⁵⁰

De este modo, apartir del estudio de Lombroso y Ferrero, la mujer delincuente es vista como biológicamente anormal no solamente porque es “rara, sino que no es una mujer completa. Y de ahí se desprende un doble oprobio: la condena legal por el delito y la condena social por la anormalidad biológica o sexual. Los autores italianos llegan a afirmar que: “Por ser una doble excepción la mujer criminal es un monstruo” (Miralles, Teresa 1983:124).

⁴⁹Señalan Lombroso y Ferrero que “se ha notado la tendencia conservadora de las mujeres en todas las cuestiones de orden social, un conservadurismo cuya causa proviene de estar forzada a la inmovilidad del óvulo comparado con el del zoosperma” (1895: 109, citado en Miralles, 1983:123)

⁵⁰“La mujer delincuente presenta para estos autores las cualidades de la criminalidad masculina y las peores de las características de la feminidad: la astucia, el rencor y la falsedad. De modo que la mujer es una combinación antinatural de ambos sexos” (Smart, 1976: 33, en Miralles, 1983: 124).

Sin perjuicio de las críticas de que fueron objeto las explicaciones lombrosianas⁵¹, la base determinista de carácter biológica presente en esta primera teoría es recogida y refinada en posteriores desarrollos teóricos.

Como señalan Meda Chesney Lind y Randall G. Shelden: “Si bien muchas teorías del crimen cometido por hombres comenzaron gradualmente a incluir otros factores, las teorías sobre el crimen femenino siguieron continuaron por muchos años centrándose exclusivamente en la anatomía, y particularmente en su sexualidad” (2004:101).

En esta línea desarrolla su trabajo W.I. Thomas en su libro *The Unadjusted Girl* (1923), quien continúa con el enfoque lombrosiano, aunque con una mirada más benevolente hacia el delito cometido por las mujeres. Respecto de las niñas, señala que pueden ser salvadas mediante una intervención temprana, particularmente respecto de su sexualidad. El autor, basado en un estudio de registro en las instituciones *Girl's Protective Bureau* y *Cook County Juvenil Court* de Chicago, explicaba que la mayoría de los casos involucraban a mujeres jóvenes que habían sido puestas en custodia por “detenciones masivas bajo la sospecha de enfermedad venérea”. Por ello no sorprende que el autor determinara que todo delito femenino puede encontrar una causa relativa en los problemas sexuales (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:101).

En esta línea argumentativa, para Thomas, la definición de la mujer joven como propiedad sexual⁵² está determinada culturalmente. Señala que el rol que se espera que represente en la vida está indicado por su familia, y las sociedades han endosado un carácter de sacrificio social a la juventud de la mujer. Es el sujeto de una idealización. Virginitad y pureza pasan a tener un valor mágico (1928:98)

En cuanto a la caracterización de la delincuencia femenina, el autor además observa que las mujeres delincuentes son mujeres que quieren ser activas, que en realidad quieren ser hombres (Van Swaaningen, René 1990: 86)⁵³

En cuanto a las razones que moverían a las mujeres jóvenes a involucrarse en actividades sexuales, el autor señalaba que éstas utilizan el sexo como “capital” para obtener otros bienes valiosos tales como ropas, dinero y otros. Y la raíz del problema descansaría en la “mala familia”,

⁵¹En este sentido por ejemplo las críticas planteadas por el criminólogo holandés C. Loosjes, quien defendió que la baja prevalencia de la delincuencia femenina se explicaba por razones ajenas a su presunta patología, tales como su situación socio-económica, entre otras (Van Swaaningen, 1990:86).

⁵²N. del T., en el original “*sexual property*”.

⁵³La hipótesis de que la delincuencia femenina está causada por un exceso de masculinidad es una creencia extendida, a la cual adhieren autoras feministas como Freda Adler en su obra *Sister in Crime* de 1975 (Van Swaaningen, 1990:86).

y su solución para el autor es clara y rotunda: el Juzgado de Familia. Tal reflexión, se enmarca en un contexto más amplio, a saber, en una línea de trabajos desarrollados durante lo que se conoce como *The Progressive Era*⁵⁴ (1890-1920), un tiempo donde las reformas sociales de la clase media estaban básicamente destinadas a tratar el fenómeno migratorio⁵⁵, y en que los autores tendían ser salvadores de los niños, destacando la necesidad de controlar la inmoralidad de las niñas de clase obrera (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:102).

Tal era su fe en la institucionalidad judicial que llegó a afirmar que: “La Corte es más sabia que los propios padres de los niños e incidentalmente hace mucho más también por influir en la vida del hogar” (Thomas, 1928: 119).

Asimismo, esperaba que los Juzgados de Familia pudieran remediara los problemas que él observaba en los reformatorios.

En una línea similar, se ubica el trabajo de Sheldon y Eleonor Glueck, quienes en su obra *Five Hundred Delinquent Women* (1934)⁵⁶, analizan el encarcelamiento de quinientas mujeres, a quienes califican como un “grupo lamentable” – la mitad había sido prostitutas y cuatro quintos de éstas padecían enfermedades venéreas- y consideran que un trabajo exhaustivo con ellas, incluyendo el cumplimiento de largas condenas en reformatorios y la esterilización voluntaria, constituía un avance progresivo. Asimismo documentaron los vínculos existentes entre las adolescentes involucradas con la justicia penal juvenil y su posterior relación con la justicia penal adulta. Así por ejemplo observaron que la mitad de su muestra adulta había sido arrestada cuando joven, ya sea por “inmoralidad” o “tenacidad⁵⁷” y que las mujeres “nacidas y criadas en orfanatos pobres componían un grupo común” (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:102).

Otro autor importante que contribuyó a la creencia de que la delincuencia femenina está fisiológicamente determinada fue Otto Pollack, quien en su libro *The Criminality of Women* (1950) sugirió que las mujeres cometen crímenes al igual que los hombres, pero su crimen es más fácil de ocultar (Stenglein, Gudren y Sánchez-Bayón, Antonio 2012: 77). En este sentido, mantuvo

⁵⁴Para más detalle véase por ejemplo, Samuel Haber, *Efficiency and Uplift: Scientific Management in the Progressive Era, 1890-1920*, Chicago (1964) citado en Platt, año XXX, 22.

⁵⁵

⁵⁶Un trabajo de campo, en el que hacen un seguimiento a la “carrera delictiva” de 500 mujeres que han cumplido sentencia en el *Massachusetts Reformatory for Women, Framingham, Massachusetts*, y que a pesar de tratar en su mayoría sobre mujeres adultas, el trabajo contiene valiosa información sobre la delincuencia juvenil femenina (dos quintos de su población eran menores de veintiún años)

⁵⁷N. del T. En el original aparece “stubbornnes”.

que las mujeres criminales eran más engañosas que los hombres, basando esta habilidad de la mujer en el rol pasivo que ésta adopta en la relación sexual. Las mujeres son capaces de ocultar o aparentar la excitación sexual, mientras que el hombre no, ellos tienen que lograr una erección. De tal modo que las mujeres tienen una habilidad “natural” para el posible ocultamiento de su patrón de conducta. Y que conductas tales como el engaño son aprendidas durante la niñez (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:103).

Adicionalmente, plantea la denominada “hipótesis de la caballerosidad”, es decir, que la actitud caballeresca de los hombres hacia las mujeres, basada en una concepción errónea de las mujeres como criaturas apacibles y pasivas, conduce a tratar a las mujeres delincuentes con más indulgencia que sus homólogos masculinos (Smart, Carol 1977: 95; Van Swaaningen, René 1990: 86).

En cuanto a las jóvenes delincuentes, señaló que la “madurez biológica precoz” juega un rol importante en la delincuencia sexual femenina. Y lo explicaba de la siguiente manera:

“El varón debe ser activo mientras la mujer debe ser pasiva. En el intento de obtener satisfacción en el deseo sexual, la inmadurez fisiológica no parece ayudar al niño, pero a las niñas (...) la sola apariencia de madurez sexual encierra la oportunidad de perpetrar delitos sexuales, conductas que no son normales de acuerdo al desarrollo sexual de sus pares” (Pollak, Otto 1950:125, citado en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:103).

Los fundamentos ideológicos sostenidos en trabajos como el de Lombroso o Pollak, influyen con fuerza en la obra de Cowie, Cowie y Slater, *Delinquency in Girls* (1968). Un estudio siquiátrico que discurre sobre las características de 318 niñas de una institución juvenil en Gran Bretaña durante el año 1958. Señalan los autores que estas niñas debieron ser separadas de la sociedad y puestas bajo la seguridad de una escuela residencial más que para proteger a la sociedad, por su propio bien”. Y la mayoría fue encarcelada por ofensas que, desde el punto de vista de los autores, constituían delitos sexuales, incluyendo una variedad de ofensas de estatus (necesidad de “cuidado y protección”, “ser refractarias”, y “fuera de control”) (Cowie, Cowie y Slater, 1968:166, citado en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:104)

Efectivamente, para los autores la delincuencia femenina toma predominantemente la forma de una conducta sexual (por ejemplo promiscuidad), lo que requiere un mayor grado de maduración que los delitos de los niños. Y en cuanto a las causas de la delincuencia femenina, sin

perjuicio de explorar factores ambientales o sociales, enfatizan el determinismo biológico. En este sentido señalan que:

“Las diferencias entre los sexos en la predisposición hereditaria (a la delincuencia) se podría explicar por los genes vinculados al sexo. Además, el modo de la personalidad femenina, más tímido, más carente de emprendimiento, puede protegerla contra la delincuencia” (Cowie, Cowie y Slater, 1968:167, citado en Smart, Carol 1977:92).

En la misma línea –determinismo biológico- los autores confunden sexo y género, al señalar que la masculinidad de las mujeres explicaría su comportamiento delictivo (Smart, Carol 1977:93):

“¿Hay alguna evidencia de que *la masculinidad o la femineidad de la constitución corporal* juega una parte en la predisposición a la delincuencia y en la determinación de la forma que adopte?

En respuesta a esta pregunta concluyen: “Delincuentes de ambos sexos tienden a ser más grandes (...) que los estándares de población (...) Rasgos notablemente masculinos en chicas delincuentes han sido comentadas por los observadores psicoanalíticos. . . . *Podemos estar seguros que han tenido una base física*⁵⁸. (Cowie, Cowie y Slater, 1968:171, citado en Smart, Carol 1977:93).

De este modo, se trataría de un modelo explicativo que se funda en patologías individuales, al que le corresponderá una ideología orientada al control, que servirá para localizar las causas de los “problemas” en individuos específicos y que suministra el conocimiento y la comprensión pertinentes a desarrollar las tecnologías apropiadas y las políticas sociales para el control de desviación miembros. Así la teoría criminológica se convierte en un medio de proporcionar nuevas tecnologías para el control o, en su defecto, un medio de legitimar las actuales políticas, que quedan justificadas como forma de tratamiento en lugar de castigos (Smart, Carol 1977:94).

Otra exponente de una intervención exhaustiva, fue Gisela Konopka, quien enfatizaba la necesidad de “tratamiento” para evitar el desajuste individual (Alvarado, Ruth 2012:50).

⁵⁸Las cursivas de ambos párrafos son de Smart (1977:93).

En el libro *The Adolescent Girl in Conflict* (1966), centró su estudio en niñas con problemas y advierte que muchos de los comportamientos que las conducen al sistema de justicia juvenil se relaciona con “alguna perturbación o conducta desfavorable en el área sexual”, conductas que al ser “cercanas a un sentimiento personal en la mayoría de la gente, especialmente en las mujeres”, a causa de su propia ambivalencia sobre la sexualidad, generan un “miedo oculto al sexo”, lo que podría estar detrás del “casi negligente y a veces cruel tratamiento de las niñas en muchas instituciones y comunidades”. En los casos estudiados identificó ciertas claves comunes a la delincuencia juvenil femenina, tales como el “inicio dramático de la pubertad”; el “complejo proceso de identidad” (particularmente el conflicto madre - hija); “el cambio de posición cultural de la mujer” (respecto del cual Konopka se refiere a los estereotipados y mal pagados trabajos a los que podían acceder las mujeres de clase obrera y a las pocas salidas legítimas de los impulsos agresivos); la “desaparición de una figura de autoridad adulta” y la consecuente soledad (Konopka, Gisela 1966, citado en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 105).

La comprensión más sofisticada de Konopka sobre la realidad de las niñas- aún asumida últimamente- es que éstas y las mujeres son controladas por sus factores biológicos y su sexualidad. En síntesis, su enfoque así como el de muchos de los primeros autores en tratar la delincuencia femenina, asume que la mayoría de esta delincuencia es más bien “sexual” o “relacional” (parental) que “criminal”⁵⁹. Y estaban convencidos/as que una intervención social administrada por individuos sensibles e informados podría ayudar a las mujeres jóvenes con sus problemas (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 105).

En general, este tipo de estudios, apuestan por una intervención judicial exhaustiva de corte paternalista fundamentada en las normas tradicionales sobre la familia. Así por ejemplo Clyde Vedder y Dora Somerville en su libro *The Delinquent Girl* (1970) señalaban:

⁵⁹El trabajo norteamericano de Vedder y Somerville *The Delinquent Girl* (1970) señala que aproximadamente un 75% a 85% de los delitos cometidos por las niñas revestían el carácter de ofensas sexuales. Sin embargo este patrón era confuso porque en la mayoría de los casos gran parte de los cargos como huir de casa, incorregibilidad e ingobernabilidad, entre otros, se incorporaban en el registro oficial. Asimismo observaron la sobre representación de las niñas afroamericanas en situación de privación de libertad en las áreas metropolitanas, lo que da cuenta del cruce de discriminaciones múltiples (género-raza) (Chesney Lind, 2004:104)

“Mientras estudiábamos a las niñas delincuentes, debimos mantener este pensamiento en mente: cuando entrenas a un hombre, entrenas a un individuo; cuando entrenas a una mujer, entrenas a una familia” (citado en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:104). Asimismo, en general este tipo de investigaciones, rara vez cuestionaron la equidad de los juzgados de familia exclusivamente preocupados con la sexualidad femenina. La mayoría asumió que la población de los juzgados reflejaba exactamente la “naturaleza” de la delincuencia femenina. Por lo tanto, el tema en estos trabajos fue como diagnosticar y tratar a los miembros de esta población y devolverlas a sus roles “propios”, y de ese modo protegerles de los ambientes que pudieran atraerlas a la actividad sexual. Obviamente, esta aproximación tendía a negar el rol que juega la clase social o etnia, sin perjuicio, que ambos factores fueron usados como relevantes al momento de explicar el comportamiento delictivo masculino. Asimismo, subestimaron el rol de los agentes del sistema de justicia juvenil (policía, oficiales y jueces) en la forma en que moldean el problema de la delincuencia femenina (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:106)

Asimismo, en cuanto a la generalidad de las teorías reseñadas, Smart señala que sus contenidos ideológicos tienen –indirectamente– implicaciones sociales, ya sea por la confirmación del “sentido común” y las creencias situadas culturalmente o por la alteración de la conciencia de la gente en su vida cotidiana a través de una crítica y la desmitificación de valores aceptados y creencias. E incluso influirán en la propia percepción que los actores tienen de sí, en este caso las jóvenes infractoras (1977: 95-96)

Sin perjuicio de lo anterior, lo más preocupante en este sentido, es la manera en que determinadas teorías “científicas” de la delincuencia femenina - que operan con las concepciones de las ciencias sociales que indican un mayor interés en las técnicas de control que en la emancipación o liberación, enfatizando la naturaleza biológica y patológica de las infracciones penales- pueden haber influido y/o legitimado las conceptualizaciones de los responsables políticos de tal modo que la delincuencia femenina es, o sigue siendo interpretada como una enfermedad biológicamente arraigada (Smart, Carol 1977:96).

Y que un sistema penal adopte en la práctica este concepto de tratamiento, puede ser indicativo no sólo de un reconocimiento de la “eficiencia” de ciertos medios de control

criminal, sino que también de un cambio en la concepción de la base motivacional de la criminalidad, lejos del concepto clásico de responsabilidad, orientándose a un enfoque más positivista que enfatiza la patología individual. Un muy buen ejemplo de adoptar la analogía del “enfermo” para comprender lo que se define como la motivación criminal, es la transformación de *Holloway*⁶⁰ de una prisión a un hospital psiquiátrico en el que las mujeres reciben tratamiento psiquiátrico relacionado más bien con sus “necesidades” psicológicas que con sus infracciones. La hipótesis que subyace a esta política es que, en el caso de las mujeres, la desviación criminal es prueba de un desequilibrio mental. De tal modo que su condición de dependiente será usualmente confirmado y su capacidad de controlar o de cambiar su estilo de vida será dañada. (Smart, Carol 1977:96).

Como ya lo hemos indicado, estos mitos sobre la naturaleza fisiológicamente determinada de la delincuencia femenina acabaron por tener consecuencias efectivamente reales. En los medios de comunicación, en la policía, en el sistema judicial, etc. Por ello aún recibirá la etiqueta de “loca” más que la de “delincuente”: si una mujer infringe la ley es que algo marcha bien en su cabeza (Van Swaaningen, René 1989:86)

5.2 Teorías Sociológicas y Control Penal: la invisibilización de las niñas.

Acabamos de revisar las primeras teorías de la criminalidad femenina y posteriores revisiones teóricas, fuertemente influenciadas por la noción de que la anatomía de la mujer y en especial su sexualidad jugaban un rol preponderante en la delincuencia femenina de las chicas.

En este apartado, se revisarán, de manera general, algunas de las principales teorías, las que en su mayoría, surgieron para explicar la delincuencia masculina. El objetivo de esta revisión es comprender si estas teorías sirven igualmente para explicar la delincuencia femenina y explorar el tratamiento que se ha dado a las mujeres y adolescentes en ellas (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 106).

⁶⁰Sobre *Holloway* véase cita de Faulkner (1971), página 122.

5.2.1. Teorías de la Ecología Social

Este recorrido se inicia con las primeras escuelas sociológicas⁶¹, cuyos estudios introducen factores ambientales (sociales, ecológicos), con el fin explicar por qué determinadas organizaciones sociales (barrio, países) presentan una tasa de delincuencia mayor que otras (Cid, Jose y Larrauri, Elena 2001: 16).

Las variaciones de estas primeras teorías sociológicas han sido denominadas de la ecología social, cuyo punto de partida se ubica en la Escuela de Chicago. En este sentido “los estudios propiamente criminológicos fueron fundamentales en Chicago a partir de que al Departamento de Sociología se uniera Robert Park (1864-1944) en 1915, y posteriormente también Ernest Burgess (1886-1951), en 1921” (Anitua, Gabriel I. 2006: 257). El principal apoyo empírico a la relación entre las áreas desorganizadas y delincuencia viene del trabajo sobre delincuencia juvenil publicado en el 1942 por Clifford Shaw y Henry McKay *Juvenile delinquency and urban areas*. “Esta obra fue quizá la contribución más importante de la Escuela de Chicago a la criminología (...) Además, sería una de las primeras investigaciones que insista en la importancia de, junto al análisis de estadísticas, darle la voz a los jóvenes delincuentes para saber cuáles son sus propios motivos para llegar a cometer delitos” (Anitua, Gabriel I. 2006:79-80). Desarrollar un poco más

Desafortunadamente, Shaw y McKay se centraron exclusivamente en la delincuencia masculina de Chicago y se refirieron repetidamente a las tasas como “tasas de delincuencia”. Asimismo los estudios de Shaw (1930, 1938) analizaron sólo experiencias masculinas con la ley. En la misma línea se ubica el estudio que realizó Trasher (1927) quien analizó más de mil pandillas juveniles de Chicago y sólo dedicó una página de su libro- de más de trescientas- a discutir el caso de cinco o seis pandillas de mujeres. Y respecto de su baja participación en las pandillas señala dos factores, “el primero, los patrones de comportamiento social de las mujeres, cargado de un gran peso de tradiciones y costumbres, contrarias a las pandillas y sus actividades; y en segundo lugar, las niñas, incluso en áreas urbanas más desorganizadas, están vigiladas y cuidadas mucho más de cerca que los niños y usualmente son correctamente

⁶¹Cabe señalar que con las primeras perspectivas sociológicas, entra en cuestión el hecho de que las personas delincuentes sean el objeto de estudio adecuado, “ya que estudiar las características físicas y biológicas de la persona delincuente implica admitir que ésta es distinta de la persona no delincuente” (Cid y Larrauri, 2001:15)

incorporadas a los grupos familiares o a alguna otra estructura social” (Trasher, 1927:228, en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 108).

5.2.2. Teorías de la Tensión/Teoría de la Anomia

El núcleo de esta teoría fue expuesto por Robert Merton en “*Anomie and social structure*”, un artículo publicado en 1938.

El autor, considerado el más representativo de la corriente estructural-funcionalista⁶², se plantea lo siguiente:

“Nuestro primer propósito es descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista” (Merton, 1972: 140-141).

Esta teoría también se denomina “teoría de la anomia”, lo que literalmente significa ausencia de normas pero que el autor norteamericano utiliza, no en el sentido que la sociedad carezca de normas para regular el comportamiento de los individuos, sino para explicar que en sociedades anómicas, junto a la presión que reciben las personas para obedecer las normas, existen presiones en el sentido contrario, y que explicarían las altas tasas de delincuencia (Cid, Jose y Larrauri, Elena 2001: 125).

Utiliza como ejemplo la sociedad norteamericana y su insistencia en el éxito económico como meta, generando una presión anómica, particularmente en quienes están peor ubicados en la estructura social, que les empujaría a utilizar procedimientos no aceptados/ilícitos para obtener la riqueza.

La teoría de Merton como fuera, no identifica adecuadamente el crimen y la delincuencia de las niñas y mujeres. Como señala Alice Morris (1987) las mujeres tendrían los mismos objetivos que los hombres, pero al no tener su mismo estatus – inferior por diversas formas de discriminación- las mujeres tienen menos oportunidades de conseguir el mismo éxito material. De este modo, siguiendo las categorías conceptuales de Merton las mujeres y las niñas deberían delinquir más que los hombres, y la realidad da cuenta de la tasa precisamente inversa (Bell,

⁶²“La explicación estructural-funcionalista trata de hallar la respuesta a la conducta desviada no en fenómenos o causas dependientes del individuo o de zonas particulares de la sociedad caracterizadas por una situación de desorganización social, sino en conflictos y contradicciones que involucran a toda la sociedad” (González Zorrilla, 1983:190).

Sandra 2011:167).

5.2.3 Teoría de la Oportunidad

Uno de los principales aportes a la teoría de la anomia, está constituido por la teoría de la oportunidad o también conocida como teoría de desigualdad de oportunidades. (buscar en texto de Anitua o pensamiento criminológico) Desarrollada a fines de la década de los 50 por Richard Cloward y Lloyd Olhin, quienes, tomando como punto de partida a Merton, señalan que la presión anómica que está en la base de las respuestas delictivas que estudian- jóvenes de clase baja- deriva de la discrepancia entre las aspiraciones culturales inducidas y la posibilidad de lograr tales objetivos por medios lícitos. Del análisis de Merton, parecería indicar que una vez que los medios lícitos se encuentran bloqueados, ya nada le impediría a una persona que se encuentra en tal situación a recurrir a los medios ilícitos. Sin embargo, y aquí reside la mayor innovación a la teoría de la anomia, Cloward y Olhin señalan que no solo las oportunidades lícitas pueden estar bloqueadas, sino que también es posible que la persona carezca de una estructura de oportunidades ilícitas que le sirva como vía alternativa para cumplir sus objetivos. En síntesis, para delinquir no sólo deben estar bloqueados los medios lícitos, sino que además se debe tener acceso y aprender a utilizar los ilícitos (Cid y Larrauri, 2001:134).

En su trabajo de campo, Cloward y Olhin estudiaron a los jóvenes de clase baja y en particular, una estructura alternativa de socialización y aprendizaje, las bandas juveniles.

En sus estudios, los autores se enfocaron solamente en el comportamiento delincuencia masculino. Y parte de la explicación de ello descansaría en la idea que bajo las condiciones de la sociedad moderna, el hombre adulto, está generalmente alejado del hogar, ya sea trabajando o por abandono del núcleo familiar. En consecuencia, señalan Cloward y Olhin que estos chicos, “criados en un mundo femenino y con poca certeza acerca de su propia identidad, tienden a protestar contra la feminidad. Esta protesta puede tomar la forma de una conducta fuerte y agresiva, e incluso maliciosa, irresponsable y destructiva. Estos actos evocan la desaprobación de la madre lo que provoca una determinación de la independencia y de la masculinidad. Este proceso es designado como la protesta masculina o la masculinidad compulsiva” (1960:49, citado en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:112).

De este modo, bajo una lectura acrítica de los roles de género, estos autores no sólo se concentran en la delincuencia masculina sino que además culpabilizan a las madres, particularmente a las mujeres solas jefas de hogar (Bell, Sandra 2011:169).

Y como han señalado Regoli y Hewitt, “el hecho que algunas chicas se conviertan en delincuentes, aparentemente no fue del interés de Cloward y Olhin” (1994:345, en Bell, Sandra 2011:169)

5.2.4. Teoría de las Subculturas

Una de las variantes más destacadas de la teoría de la tensión/anomia, y que en rigor constituye una nueva teoría criminológica, es la teoría de las subculturas criminales (Cid y Larrauri, 2001:132)⁶³.

Esta teoría, cuyo representante más importante es Albert Cohen, obtuvo gran notoriedad y resulta sumamente interesante ya que situó como el eje central de su explicación, el problema de la criminalidad juvenil (Vásquez, Carlos 2003).

En la primera parte de su clásico libro *Delinquent Boys: The Culture of the Gang* (1955) Cohen ofrece una clarificadora explicación sobre el significado de la subcultura delictiva:

“Cuando la Sra. Jones dice: ‘Mi Johnny es en realidad un muy buen muchacho pero comenzó a frecuentar malas juntas y se metió en problemas’, ella está realizando una serie de suposiciones que, al ser expuestas de manera más explícita, constituyen las bases de una importante escuela de pensamiento en el estudio científico de la delincuencia juvenil. Ella está afirmando que la delincuencia no es ni una disposición innata ni tampoco algo que el niño ha ingeniado por sí mismo, sino que los niños *aprenden* a convertirse en delincuentes por medio de transformarse en miembros de grupos en los cuales la conducta criminal ya se encuentra establecida y ‘es lo que hay que hacer’...En el lenguaje de la sociología contemporánea, ella está diciendo que la delincuencia juvenil es una subcultura” (Cohen, Albert 1955)

⁶³Cabe hacer presente que para Cid y Larrauri, los desarrollos teóricos de Cloward y Olhin también contribuyen a la formación de esta teoría, sin embargo por razones metodológicas en este apartado sólo nos referiremos a la obra de Cohen.

Cohen señala que para el joven de clase obrera existen tres vías posibles de solución para superar los problemas asociados a su falta de estatus, es decir la falta de reconocimiento por parte del grupo de referencia, a saber: esforzarse por ser un chico aplicado y lograr el reconocimiento del grupo;; renunciar a las aspiraciones y asumir el rol de “chico de barrio” o acoger la vía de la subcultura delictiva. Para que esta tercera respuesta sea factible, requiere que el chico asuma como grupo de referencia a chicos con similares problemas de adaptación. Desde ahí el joven explorará conductas transgresoras en relación al antiguo marco de referencia y que espera sean aceptadas en el nuevo. Cuando advierte que el acto puede ser asumido por el grupo como una nueva forma de estatus, es cuando se lanza a la innovación cultural, ya que será en este momento en que su problema de estatus se resuelve, pues su acto transgresor se reconoce como valioso por sus pares, quienes también tienen capacidad de realizarlo (Cid y Larrauri, 2001: 156)⁶⁴.

En su obra Cohen siempre refiere a joven o jóvenes en masculino, es decir, excluye a las chicas de su tratamiento. En efecto, para él la subcultura delictiva es una respuesta adaptativa a los problemas que enfrentan los niños. Mientras que los chicos están interesados en sus logros y en ser “masculinos”⁶⁵, las chicas están interesadas en sus relaciones con los chicos. Cohen señala que es en el área de las relaciones en la que una niña/adolescente encuentra su realización como tal. No es accidente que los chicos coleccionen estampillas y las chicas chicos (1955).

Y cuando reconoce la delincuencia femenina, él la define básicamente como delincuencia sexual. Señala: “La delincuencia sexual es una de las respuestas más significativas al problema más característico del rol femenino: el establecimiento de relaciones satisfactorias con el sexo opuesto” (Cohen, 1955).

Bajo estos presupuestos, Cohen concluye que la respuesta de los delincuentes “no obstante ser condenada por otros en el terreno moral tiene, al menos una virtud: confirma irrefutablemente, a los ojos de todos los involucrados, su esencia masculina. El delincuente es el macho dominante” (1955: 139-140).

⁶⁴Es interesante señalar que: “en la medida que la delincuencia es un medio de conseguir estatus, la teoría de Cohen puede explicar que la actividad delictiva de las bandas juveniles sea principalmente expresiva, es decir, con ella no se trata de obtener por medios ilícitos objetivos poco accesibles por vías legales (delincuencia instrumental), sino una forma de encontrar – exhibiendo capacidades- reconocimiento por parte de su grupo de referencia” (Cid y Larrauri, 2001: 156)

⁶⁵N. del T.: En el original se indica “*male*” que también puede ser traducido como “macho”.

Otras teorías tales como “La cultura de las clases bajas” de Walter Miller (1958), la teoría de la Asociación Diferencial desarrollada por Edwin Sutherland⁶⁶ o la Teoría del Control o del Vínculo Social representada por Travis Hirschi ⁶⁷ (1969) también han orientado sus investigaciones hacia el hombre. El trabajo de Miller, incluso, ha sido criticado por culpar, al menos de manera indirecta, a las mujeres sostenedoras del hogar de las conductas delictivas de sus hijos (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:114)

5.2.5. Teoría del Etiquetamiento (*Labeling Approach*) o de la Reacción Social.

Esta teoría surge en Estados Unidos a mediados de los años 60. Sus representantes y obras más conocidas son Lemert (*Social Pathology*, 1951; *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, 1967); Erikson (“*Notes on the sociology of deviance*”, 1962); Kitsuse (“*Societal reaction to deviant behavior: problems of theory and method*”, 1962); Becker (*Outsiders*, 1963) y Schur (*Labeling Deviant Behavior*, 1971; *Radical Non-Intervention: Rethinking the Delinquent problem*, 1973) (Cid y Larrauri, 2001:199).

Esta perspectiva tuvo un gran impacto para la evolución futura de la criminología y representó un cambio de orientación respecto de la anterior criminología dominada por el paradigma causal. Ya que hasta aquel momento la criminología había estudiado las causas del comportamiento delictivo, sin embargo, los autores del etiquetamiento defienden la importancia de estudiar el proceso de definición por el cual la sociedad interpreta un comportamiento como desviado, define ese comportamiento como desviado y reacciona frente a él. Lo anterior constituye un viraje teórico, ya que implica aceptar la premisa de que no hay comportamientos intrínsecamente desviados, sino que ese carácter se atribuye por cómo se reacciona frente a él, es decir, por la reacción social (Cid y Larrauri, 2001: 200). En efecto, con la aparición de dicho enfoque se produjo en el desarrollo de la teoría criminológica el primer salto cualitativo que desviará a ésta de su atención sobre el autor del delito y amplía el objeto de estudio, pues

⁶⁶Teoría que el autor inició en su clásico *Criminology* (1947) y que completó en su cuarta edición el año 1947 (Cid y Larrauri, 2001:99). Y cuya influencia fue fundamental para las teorías de Cloward-Olhin y Cohen, quienes integran elementos de la teoría de la Anomia y de la Asociación Diferencial, por ello no es de extrañar que la obra de Cloward-Olhin esté dedicada a Meron y Sutherland.

⁶⁷“Las teorías del control surgen a finales de la década de los sesenta en Estados Unidos. Y a pesar de diversos precedentes, el nombre con el cual acostumbran a asociarse estas teorías es el Travis Hirshi (*Causes of Delinquency*, 1969)

conllevó el estudio del funcionamiento de sistema penal para comprender como éste a su vez constituye el objeto de estudio (Bergalli, 1980: 49; Cid y Larrauri, 2001:16).

La teoría de la etiquetación ha entregado a los críticos del “delito de status” y otros intentos por etiquetar a las mujeres como desviadas, con una perspectiva poderosamente teórica. En este sentido, Shur en su obra *Labeling Women Deviant* (1984) postuló que la ausencia de poder en las mujeres ha provocado una extensa colección de etiquetas que han sido usadas en su contra para caracterizarlas como “desviadas” y para devaluar y objetivizar la “misma condición de mujer” (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:117). Asimismo influye decisivamente en trabajos de criminólogas feministas, quienes analizan, entre otros temas, la posición desventajosa de la mujer y su relación con los aparatos de control formal e informal, la percepción social de su comportamiento, los procesos de etiquetación que lleva a cabo el sistema judicial y como los conceptos propios de hombre y mujeres son afectados de distinta manera la referida etiquetación (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 117; Antony, Carmen 2005:30-31).

5.2.6. Criminología Crítica

La corriente de la criminología crítica se desarrolla fundamentalmente durante la década de los setenta, y surge en un contexto social conflictivo caracterizado por la guerra de Vietnam, las movilizaciones por los derechos civiles y las luchas de las mujeres por la igualdad y el aborto⁶⁸(Cid y Larrauri, 2001: 225). Asimismo se ponía en crisis la estructura social en su totalidad y desde el punto de vista criminológico, se produce la ruptura definitiva con la viejacriminología que había legitimado con sus teorías el orden legal constituido (Bergalli, Roberto 1983: 183).

En efecto, se ha dicho que la teoría del *labeling approach* o reacción social –y que nutre a la criminología crítica- importó una alteración de paradigma del tipo que Kuhn denomina “revoluciones científicas”, ya que el objeto de la criminología se trasladaba de las condiciones de los comportamientos desviados a las condiciones de los procesos de criminalización, de la criminalidad al derecho penal, con lo que la criminología misma se transformaba en sociología

⁶⁸Es precisamente durante la década de los setenta que surge el feminismo radical, que se fundamentó - particularmente- en las obras de Kate Millet, *Política Sexual* y de Sulamith Firestone, *La dialéctica de la sexualidad*, ambas del año 1970 (Pérez, 2011: 215).

del derecho penal⁶⁹. Ahora bien cuando la consideración de los procesos de definición y de reacción social es acompañada por una desigual distribución del poder de definición y reacción, y paralelamente los sistemas de justicia penal son interpretados en el contexto de las relaciones sociales de inequidad y en conflicto, se puede decir que estamos ante una criminología crítica (Baratta, 2000).

Dentro de este contexto, el proceso de criminalización y la percepción o construcción social de la criminalidad se revelan estrictamente “vinculados a las variables de la que dependen en la sociedad, a saber, las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, de dominación y explotación, de centro y periferia (marginalidad). El sistema de justicia criminal y su ambiente social (la opinión pública) son estudiados por la criminología crítica, que pone en evidencia e interpreta, a la luz de una teoría crítica de la sociedad, el reparto desigual de los recursos del sistema (protección de bienes e intereses, así como la desigual división de los riesgos y de las inmunidades frente al proceso de criminalización⁷⁰ (Ibídem).

En una perspectiva crítica/marxista, Quinney señala que, en su intento por mantener el orden existente, los poderosos cometen varios crímenes que él clasifica como crímenes de control, crímenes de dominación económica y crímenes de gobierno. Al mismo tiempo, las personas oprimidas realizan diversos tipos de crímenes relacionados con la adaptación y la resistencia, incluyendo crímenes depredadores, crímenes personales y crímenes de resistencia (1977:33-62, en Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 89).

Para Chesney Lind y Randall, gran parte del comportamiento “delictivo” de las chicas puede ser entendido como un intento de las personas oprimidas para adaptarse y resistir los problemas creados por las instituciones capitalistas, especialmente la familia (dado el hecho que muchas niñas comienzan sus “carreras” delictivas huyendo de casa a causa de una situación familiar opresiva). Muchas de estas niñas se adaptan a estas posiciones desventajosas adoptando

⁶⁹El estudio histórico y sociológico de los sistemas de la justicia criminal destacaba, en particular, su carácter altamente selectivo, tanto en lo que concierne a la producción de las normas penales (criminalización primaria) como en lo que respecta por parte de los órganos de la justicia criminal (policía, ministerio público y jueces) y de la opinión pública (Baratta, 2000:).

⁷⁰Para Cid y Larrauri, la incorporación de la perspectiva de la Economía Política, constituye un elemento novedoso por parte de esta perspectiva, en efecto, señalan: “Ciertamente la criminología crítica se nutre de teorías anteriores, especialmente de la incorporación de la teoría de la anomia y de la perspectiva del etiquetamiento, pero al incorporar la variable de la economía política como el factor fundamental para explicar el delito y el funcionamiento del sistema penal puede afirmarse que realiza una aportación original” (2001:227)

un comportamiento criminal “adaptativo” y “depredador” (por ejemplo, hurtos en tiendas comerciales, prostitución, consumo de drogas) (2004).

Desde una perspectiva sensitiva al género se ha criticado a esta corriente criminológica, ya que se ha dicho que en su análisis fija la atención en situaciones definidas por lo público, oficial, visible y limita su concepto de “actores sociales” a los que son visibles en la esfera pública –las clases sociales por ejemplo- mientras deja de lado esferas de la vida social que son invisibles, no oficiales, privadas/domésticas. De este modo, y “ya que los hombres se han reservado el campo de lo público, es posible afirmar que, cuando los criminólogos críticos hablan de adoptar el punto de vista de las clases marginadas, están hablando de adoptar el punto de vista de los hombres de las clases marginadas” (Facio, Alda y Camacho, Rosalía 1993: 41).

En un sentido diverso, Carmen Antony señala que si bien es cierto que la Criminología Crítica no ha estudiado la delincuencia femenina, al ocuparse de la ley y la selectividad del control social ha proporcionado los elementos teóricos para iniciar los trabajos e investigaciones criminológicas con perspectiva de género. De este modo- continúa la autora- “estudiar los proceso de criminalización de la mujer, las diferentes formas de victimización que sufre, el comportamiento de los operadores del sistema penal surgieron bajo el alero de la criminología crítica (...)” (2005:32).

De este modo, contraria a Facio y Camacho, Antony es de la opinión que: “la base teórica de la corriente crítica nos permitió avanzar en este campo”, y le atribuye un rol protagónico al movimiento feminista, en efecto, agrega: “naturalmente con el fuerte apoyo de los grupos feministas que venían alzando sus voces fuertemente y cuyos aportes contribuyeron a ampliar el objeto de estudio de la criminología crítica” (2005:32)

En este mismo sentido, Baratta siguiendo a Smaus, señala que una utilización correcta del paradigma de la definición o de la reacción social, constituye la condición para el uso adecuado del paradigma de género en el campo criminológico. Esto significa- continúa el autor- que una criminología feminista puede desarrollarse, de modo científicamente oportuno, solamente en la perspectiva epistemológica de la criminología crítica (2000).

5.2.7. Criminología Feminista

Sin duda las investigaciones feministas sobre los roles atribuidos a cada género fueron pioneras al denunciar las prácticas cotidianas que, enfatizando los valores masculinos, reprimen, discriminan y desvaloran las experiencias femeninas, y producen una desigualdad real entre hombre y mujeres (Antony, Carmen 2005:33)

“Desde los años setenta una creciente literatura jurídica, sociológica y criminológica ha analizado la posición desigual de las mujeres en el derecho penal. Tanto en cuanto autoras de delitos, como en cuanto víctimas de ellos” (Bodelón, Encarna 2003: 452).

En este sentido, se ha señalado que la fundación de la criminología feminista puede ser fijada –algo arbitrariamente- en el año 1976 con la publicación del libro de Carol Smart *Women, Crime and Criminology: A feminist Critique*. Aunque un grupo de trabajos anteriores⁷¹ había abordado algunos de los temas generales que ella planteaba, el libro de Carol Smart los unió en una crítica sistemática al tratamiento de las mujeres “delincuentes” en las corrientes principales de la criminología y alabando de las experiencias de las mujeres como víctimas en un intento de exponer algunas orientaciones para el nuevo campo de investigación feminista (Britton, Dana 2013: 39).

En esta perspectiva crítica Smart señala que: “en muchos estudios criminológicos, la mujer apenas se menciona, su propia existencia se ignora o se considera tan insignificante como para tomarse en cuenta. El desviado, el criminal o el autor siempre es masculino, siempre es su racionalidad, su motivación, su alienación o su víctima (...) la experiencia del mundo de ella no se expresa aún cuando puede ser, y frecuentemente es en efecto, diferente de la experiencia masculina” (1976:177).

Muy destacados también han sido los aportes de aquellos trabajos socio-jurídicos y criminológicos que han demostrado como las mujeres criminalizadas sufren marginación y discriminación específicas. Pensemos por ejemplo en los estudios relativos a la situación de la mujer en prisión y el tratamiento de éstas en tribunales. Desde una perspectiva feminista, “en ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a

⁷¹ Entre estos trabajos es posible mencionar, “*The etiology of female crime: A review of the literature*” (Klein, Dorie 1973); *Sisters in Crime* (Adler, Freda 1975); *Women and Crime* (Simon, Rita 1975)

consolidarla estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual” (Bodelón, Encarna 2003:454)

En este sentido y a propósito de las mujeres en prisión Pat Carlen ha señalado que “son las condiciones materiales de esas mujeres unido al sentimiento de haber sido tratadas socialmente de manera injusta la que las lleva a cometer actos delictivos (1985: 10) Y sostiene además que no puede existir *una* teoría sobre la criminalidad femenina porque no existe la típica mujer criminal ni en la teoría ni en la práctica, desarticulando de este modo el mito de que las mujeres delincuentes son esencialmente masculinas, desadaptadas a sus roles femeninos “naturales” o enfermas mentales (Antony, Carmen 2005:34).

En relación a las mujeres infractoras, los primeros estudios que podrían ser considerados en la esfera de la criminología feminista, aparecieron el año 1975 con la publicación de *Sisters in Crime* de Freda Adler y *Women and Crime* de Rita Simon. Y aunque estos libros difieren ligeramente en cuanto al enfoque, ambos siguen el mismo argumento teórico general, y que ha llegado a ser conocido como la teoría de la emancipación (Britton, Dana 2013:41).

Ambas autoras sostienen que las tasas más bajas de participación en actividades criminales por parte de las mujeres podría ser explicado por su confinamiento a roles domésticos y por la discriminación que limita sus aspiraciones y oportunidades (Daly and Chesney-Lind, 1988, en Britton, Dana 2013:41).

Teniendo lo anterior presente, y cuando el número de niñas y mujeres detenidas en los Estados Unidos aumentó dramáticamente entre 1960 y 1975, a muchos les pareció que ello era consecuencia de la creciente y significativa “emancipación” que las mujeres habían experimentado en las últimas décadas. Y en este sentido argumentó Adler, quien señaló que el movimiento feminista había cambiado las actitudes tradicionales ante el comportamiento aceptable de las mujeres y también abrió oportunidades previamente no disponibles para las criminales femeninas. El movimiento permitió a las mujeres ganar en la arena financiera y Adler creía que, también en la esfera criminal (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 126).

Con especial referencia a la delincuencia de las niñas Freda Adler señaló que: “Las niñas están involucradas en más alcohol, robos, pandillas y peleas al perseguir la adopción de roles masculinos. Además, encontramos aumentos en el número total de desviaciones femeninas. El alejamiento desde la seguridad de los roles tradicionales femeninos y la prueba de roles

alternativos inciertos coincide con las vicisitudes de la adolescencia, creando factores de riesgo criminógenos con propensión a aumentar (Adler, Freda 1975:95).

Sin embargo, un examen cuidadoso de la evidencia disponible –usando tanto los datos de detenciones como auto-reporte- no encontraron tal relación. En cambio, los estudios que preguntaron a las chicas delincuentes y no infractoras acerca de sus actitudes en relación al género determinaron que las chicas delincuentes exhibían actitudes más tradicionales en relación con el rol de la mujer (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 130).

Chesney Lind y Randall sugiere que las teorías sobre la delincuencia femenina deben superar las construcciones de sentido común de la feminidad e ir hacia una apreciación más amplia del rol de las situaciones y vidas de las niñas en sus problemas con el sistema de justicia juvenil (2004: 131)

Esta es la esperanza que proporciona la (s) criminología (s) feminista (s)⁷², que, en aras de hacer un adecuado trabajo de investigación, sugieren que el enfoque de género va más allá de simplemente sumar otra variable al estudio empírico del derecho y las instituciones jurídicas (por ejemplo, “agregue mujeres y mezcle”). Se trata de una tarea más amplia y ambiciosa, que plantea preguntas sobre cómo el género organiza las disciplinas de los estudios criminológicos y socio-jurídicos. En este sentido varias académicas feministas han tratado de explicar las causas del crimen, las diferencias de género en las tasas de crimen y la explotación de víctimas femeninas desde una perspectiva feminista, para iniciar el proyecto de crear las varias criminologías posibles.

En esta tarea, han destacado distintas perspectivas teóricas, como la planteada por las feministas marxistas quienes ven la desigualdad de género como proveniente de un desigual poder entre hombres y mujeres en una sociedad capitalista. En el capitalismo, los hombres controlan a las mujeres tanto económica como biológicamente, y esta “doble marginalidad” explicaría por qué las mujeres cometen menos delitos que los hombres. En efecto, ellas se encuentran aisladas en la familia y tienen menos oportunidades de incurrir en desviaciones de élite; y también se les niega el acceso a crímenes callejeros dominados por varones. Porque el capitalismo priva de poder a las mujeres, ellas están forzadas a cometer crímenes menos serios, no violentos y menos autodestructivos como la posesión de drogas y la prostitución. La falta de

⁷²Hacer nota al pie con un breve desarrollo de “las” criminologías feministas (usar Van Swanningen; y Daly, Kathleen (2006) "El pensamiento feminista sobre la delincuencia y la justicia")

poder también aumenta la probabilidad de que las mujeres se vuelvan blanco de actos de violencia (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 130).

Por su parte, las feministas radicales, señalan que la causa del crimen femenino se origina con el inicio de la supremacía masculina o patriarcado: la subsecuente subordinación de la mujer; la agresión masculina; y los esfuerzos de los varones para controlar la sexualidad femenina. Estas autoras se concentran en las fuerzas sociales que dan forma a las vidas y experiencias de las mujeres con el fin de explicar la delincuencia femenina. Por ejemplo intentan mostrar que la victimización física y/o sexual de niñas y mujeres puede estar bajo las causas del comportamiento criminal (Chesney Lind, Meda 1992; Owen, Bárbara y Bloom, Bárbara 1995). La explotación de la mujer por el hombre opera como un detonante para el comportamiento en víctimas femeninas, incidiendo en que comiencen a usar drogas a temprana edad.

En relación a las niñas, y para explicar su delincuencia, es necesario comenzar a considerar la importancia de la estratificación de género en la sociedad patriarcal, sobre todo porque es tan importante en la formación de la vida cotidiana de los niños y las niñas. Estudios sobre el proceso de socialización indican que el aprendizaje de los roles de género es de central importancia para niñas y niños. La socialización, particularmente durante la infancia, comienza a desarrollar en las chicas atributos que, aunque apropiados para su sexo, no son altamente valorados en la sociedad dominante. Durante la adolescencia, la aplicación de los roles de género por los padres, el personal escolar, y otros en la vida de las chicas jóvenes enfatiza además muchos elementos tradicionales sobre el lugar de la mujer, en particular la que debe controlarse a fin de no poner en peligro su reputación (el doble estándar sexual) (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:156).

Las investigaciones sugieren que las normas y las expectativas sobre el género, particularmente para las chicas, se han mantenido en gran medida inalteradas a pesar del movimiento de mujeres. El desplome de la autoestima de las niñas está probablemente vinculado, al excesivo énfasis en el atractivo físico, hábitos alimenticios poco saludables, así como a múltiples causas de discriminación, tales como pobreza, invisibilidad de un sistema educacional que discrimina por género y clase, violencias de barrio, violencias en el contexto familiar, violencia machista en la pareja, etc. En esta línea, la investigación sugiere que el aumento de la autoestima en las niñas, en realidad reduce su delincuencia.

En cuanto a los distintos tipos de control de que son objeto las niñas, es posible afirmar que la supervisión puede resultar en menor delincuencia en algunas chicas, pero también puede alimentar la delincuencia de otras que se rebelan contra las restricciones tradicionales. Tal “control”, cuando toma la forma de abuso psíquico o sexual, es claramente una fuerza que causa la delincuencia de las niñas (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004)

En cuanto a las niñas de clase trabajadora o más bajas, las presiones de los guiones de género son particularmente agudas. Incapaces de competir en un concurso de popularidad construido en torno a los standards de belleza de la clase media-alta, ellas no están necesariamente libres de estas imágenes de feminidad. Ellas también negocian en un terreno educacional más hostil y experimentan más violencia. Deben forjar sus propias soluciones, las que pueden involucrarlas en actividad ilegal, pero ellas a menudo se sienten avergonzadas por estas opciones y se culpan a sí mismas por no ser capaces de cumplir con los roles tradicionales de la mujer con éxito.

Las investigaciones actuales en delincuencia femenina sugieren que la delincuencia de chicas, como la de chicos, es alimentada por elementos tales como problemas en la escuela, bajo rendimiento escolar, percepción de falta de acceso a legítimas oportunidades, privación subcultural y percepción de posibilidad de arresto. Adicionalmente a esta lista algunas experiencias en que las niñas son especialmente vulnerables, como una victimización sexual. Decir que estas variables son importantes para la delincuencia de las chicas, sin embargo, no quiere decir que las teorías desarrolladas para describir la importancia de las variables en la vida de los chicos, se puedan utilizar para explicar la delincuencia de las chicas sin modificación. El desafío es generar teorías sobre la delincuencia que sean sensibles al contexto patriarcal de todo comportamiento - tanto los conformes como los que infringen la ley (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 157).

Una de estas teorías es el modelo de poder-control. Es prometedora, pero necesita revisión. En general, aunque los investigadores de la teoría del poder-control señalan la importancia del control en la vida de las chicas, descuidan otras variables críticas, en particular, clase social, las sanciones negativas de los padres, y la victimización (Chesney Lind, Meda y Shelden, Randall 2004: 157).

De este modo, y en con el fin de comprender a cabalidad el fenómeno delictivo de las adolescentes, es necesario continuar la tarea de revisión y desarrollo de nuevas contribuciones. Las que entendemos siempre deberán guiarse por la perspectiva feminista, ya que sólo ésta podrá: “abordar explícitamente el significado profundo del sistema sexo/género (junto con otras relaciones sociales) en la configuración de la existencia humana, el comportamiento humano, las instituciones sociales y la sociedad”. Y de esta manera “enfrentar y desafiar la imaginación criminológica” (Daly, Kathleen 2006:9).

CAPÍTULO II LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN): HACIA LA CONSOLIDACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES.

1. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Antecedentes, sus principales características y principios.

1.1. Antecedentes.

Los Derechos de la infancia, a pesar de lo que pueda parecer, son una realidad reciente. Hasta el año 1989 los niños, niñas y adolescentes, eran meros objetos de protección. Pese a que, desde el año 1924, a propuesta de Aglantyne Jebb – fundadora de *Save The Children*-, la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre, aprobara la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño y que en 1959 la Organización de las Naciones Unidas adoptara la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Guilló, Juan, 2006:11).

Cabe hacer presente que ambos instrumentos, no contenían derechos civiles, sólo derecho sociales. En el año 1957 se señalaba que “el niño no es un sujeto de derechos normal, no es un ciudadano como otros” y también: “el niño no conoce ni puede reclamar sus derechos, que han de ser preservados por el padre o tutor” (Cots i Moner, Jordi, 2006:33).

El avance fue progresivo y manifestó cierta lentitud. En los años setenta aún se hablaba poco de los niños y niñas como poseedores de los mismos derechos humanos que los demás, pero en aquella época tuvo lugar un cambio de visión sobre la infancia, una muestra de ello fue, en el ámbito europeo, la Recomendación (72) 29, de 19 de septiembre de 1972, del Consejo de Ministros de Europa, que instaba a rebajar la mayoría de edad de los veintiún años a los dieciocho. En esta misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas, fijó el año 1979 como Año Internacional del Niño, lo que constituyó un evento importante, entre otras cosas situó los derechos humanos de los niños y las niñas en la agenda internacional, y estimuló la concienciación y discusión de temas relacionados con la infancia. Ahora se estaba seguramente preparado para abordar la elaboración de la Convención (Cots i Moner, Jordi 2006: 33).

Los antecedentes directos de la CDN son dos proyectos, el primero presentado por el gobierno polaco, que básicamente era una copia de la Declaración de 1959 más otras cláusulas habituales de un tratado internacional, que continuaba por tanto sin reconocer derechos civiles a los niños y las niñas, y que finalmente fue desechado. El segundo se presentó a finales de 1979⁷³, de 20 puntos más algunas novedades. Se pretendió avanzar con celeridad, pero los trabajos preparatorios se extendieron por diez años.

Sus principales novedades respecto de la Declaración de 1959, sin perjuicio de transformarse en instrumento vinculante, consisten en la incorporación de derechos civiles y la regulación de la justicia juvenil. Cabe decir, sin embargo, que la aprobación de los derechos civiles fue lenta, el derecho de opinión se aprobó el 1981, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el año 1984, y la libertad de expresión, de asociación y la protección de la vida privada no llegaron hasta el 1988. En cuanto a la regulación de la justicia juvenil un tema extremadamente sensible a la ideología tutelar-represiva, también fue incorporado, y cuyas normas de cierta manera son un resumen de dos resoluciones de la ONU preparadas y adoptadas

⁷³ En la elaboración de este proyecto fue fundamental la participación de las Organizaciones No Gubernamentales, lo que ha fijado un precedente en Naciones Unidas. Crearon un grupo Ad-Hoc en el año 1983, para facilitar la coordinación de los textos y de promoción política ante los estados miembros (Verhellen, Eugene 2002:91).

por las Conferencias de la ONU sobre Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing, aprobada el 29 de noviembre de 1985 por resolución N° 40/33 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/113 (Verhellen, Eugene 2002: 132).

Particular mérito tiene el hecho que la Convención reúna a la vez los derechos civiles y derechos sociales. Con ello, la Convención manifiesta la intención de reunir a todos los derechos en un *instrumento integral* y adquiere la doble característica de un texto universal e indivisible; es decir, que es para todo niño/a y del niño/a como un todo, con una visión global, y además porque no hay ningún artículo prioritario, todos son igualmente importantes, complementarios, se refuerzan los unos a los otros (Cots i Moner, Jordi, 35; Verhellen, Eugene 2002:93).

1.2. Características.

Recogiendo y sistematizando lo anterior, es posible reconocer las siguientes características de la CDN:

a) Universalidad en su interpretación y aplicación. Se destaca insistentemente la universalidad de la CDN con el fin de “explicar y justificar sus aspiraciones, así como sus logros e incluso sus carencias o defectos”. Es decir, es un hecho evidente la “vocación universal de este tratado y su manifestación en una triple dimensión, a saber, en el ámbito subjetivo de su aplicación todos los niños y las niñas; en su contenido material: todos los derechos del niño; y en el alcance de los sujetos obligados por él, llamada a todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional a ser partes en él. De esta forma, la universalidad propia de los derechos humanos en general, derivada de la dignidad inherente al ser humano y así proclamada y consolidado su reconocimiento en la Declaración y Programa de Acción de Viena sobre los derechos humanos de 1993 encuentra su concreta proyección respecto a un sujeto particular de la familia humana: el niño/la niña; a las diversas situaciones posibles en las que éste/a pudiera verse afectado/a; y a la totalidad de derechos que le asisten”(Carmona, M^a del Rosario 2011:62).

En este mismo sentido se ha señalado el carácter integral de la Convención y la protección integral de los derechos de los niños y las niñas, esto es, abarca todas las dimensiones de su vida y desarrollo. Asimismo la amplitud de sus disposiciones comporta un verdadero

programa de acción para los Estados quienes deberán asegurar a los/as niños y niñas su protección integral a través del goce de los derechos que se les reconoce (Cillero, Miguel 2003)

b) Interdependencia e Indivisibilidad. Sin perjuicio de lo ya señalado, cabe destacar que los postulados de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos no se verían plasmados en el marco convencional de las Naciones Unidas hasta la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. De un modo más general, los referidos postulados se cristalizan con la proclamación de *todos los derechos humano* como *universales, indivisibles e interdependientes* realizada en la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humano el año 1993. En efecto, con ello se consolida “una nueva perspectiva de los derechos humanos que supera su clásica división en categorías que implicaban un distinto alcance en el establecimiento de las obligaciones de ellas derivadas. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, se analizan en una interdependencia cada vez más evidente (...) a la vez que incorporan elementos introducidos en posteriores grupos de derechos -i.e.: derechos de solidaridad, desarrollo, etc.- englobados bajo el título de derechos de tercera generación⁷⁴” (Carmona, M^a del Rosario 2011:75).

1.3. Principios.

En cuanto a los principios generales de la CDN, es decir, “los principios rectores a cuya luz debe ser interpretada la Convención en su conjunto y cada una de sus disposiciones. No se trata de principios expresamente consagrados como tales en el texto de este tratado, ni siquiera así planteados durante los trabajos de redacción del mismo, sino proclamados por el Comité de los Derechos del Niño desde momentos muy tempranos en la vida de la Convención y confirmados a lo largo de su labor posterior” (Carmona, M^a del Rosario 2011:79-80).

Estos principios⁷⁵ aparecen formulados como derechos o como criterios rectores en

⁷⁴Desde entonces, la tendencia al considerar instrumentos sobre derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad es incorporar en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, cualquiera sea su naturaleza. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, y de la Convención Contra Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer (O'Donnell, 2001:6) .

⁷⁵ Como reconoció en el informe presentado ante la Asamblea General en el quincuagésimo séptimo periodo de sesiones, de 2002 (doc. A/57/41) y como ha seguido haciendo posteriormente, el Comité de los Derechos del Niño ha definido cuatro principios generales de la Convención en su primer periodo de sesiones, celebrado en 1991: la no

disposiciones concretas de la Convención y, son los siguientes: El principio de no discriminación (artículo 2); el principio del interés superior del niño (artículo 3.1); el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6); y la atención a la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten (artículo 12) (UNICEF y UNFPA, 2010)⁷⁶. Por su particular relevancia en la temática del presente trabajo sólo desarrollaremos los primeros dos:

a) Principio del Interés Superior del Niño.

La Convención señala que “el interés superior del niño” será “una consideración primordial” en todas las medidas que le afectan. En efecto, su artículo 3.1 prescribe que:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”;

El principio del interés superior del niño, no es un concepto nuevo, su regulación y aplicación se ha llevado a cabo con antelación a este tratado, desde los ordenamientos internos y por instrumentos del Derecho Internacional Público y Privado, cabe destacar especialmente la regulación del concepto "*interés del menor*" en el ámbito del Derecho Internacional Privado, a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya quedando reflejado en convenios adoptados desde principios de siglo XX. Tampoco la Convención de 1989 es el primer texto de Derecho Internacional Público en recoger este concepto. Así, el interés superior del niño ha sido proclamado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversos instrumentos, como la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr.2), la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de

discriminación (art.2), el interés superior del niño (art.3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art.6) y el respeto a la opinión del niño (art.12) (Carmona, M^a del Rosario 2011:80)

⁷⁶Se ha indicado también por algunos autores el c) Principio de la efectividad de los derechos. La Protección efectiva, contemplado en el artículo 4º de la Convención y que indica que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (Cillero, Miguel 2003)

1979 (arts. 5b y 16, parr. 1 d), así como en instrumentos regionales y normas jurídicas nacionales e internacionales (Carmona, M^a del Rosario 2011:103; CRC/C/CG/14).

Uno de los mayores desafíos ha sido esclarecer lo que debemos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala. En este sentido, ha sido fundamental el rol de la doctrina a la hora de conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo (Aguilar, Gonzalo 2008: 229).

En esta tarea Miguel Cillero afirma que: “el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño/a, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños/as y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática” (2007:141).

Por su parte, Diego Freedman considera que: “el interés superior del niño debe ser interpretado como un complejo de derechos fundamentales (“núcleo duro”) consagrados en la Convención”. En efecto, para el autor: “existiría un *núcleo duro* de derechos del niño/a dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal” (2005). Y Gonzalo Aguilar agrega que: “no sólo constituyen estos derechos un claro límite a la actividad estatal sino que también a la sociedad entera y a la familia misma” (2008: 230)

Con el objetivo de ofrecer una mejor comprensión de este principio y garantizar su observancia, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación general N° 14 de 2013 define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños/as con carácter individual, y en

todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños/as en general o a un determinado grupo. Asimismo el Comité confía en que estas observaciones guíen las “decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores” (párr. 10)

Sobre el principio señala que: “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al interés superior del niño y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño” (párr. 4).

En la misma Observación el Comité ha subrayado que el interés superior del niño es un concepto triple, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (párr. 6) ⁷⁷.

“En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado” (Aguilar, Gonzalo 2008: 230).

b) Principio de la No Discriminación. Artículos 2, 28.1, 29.1.d, 30.

El artículo 2 de la CDN señala:

1. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

2. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las

⁷⁷ Para mayor detalle véase la Observación general N° 14 de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), disponible en http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf

opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

“La no discriminación en el respeto y garantía de los derechos humanos es un principio esencial y universalmente reconocido en los principales textos internacionales encargados de la regulación de estos derechos”. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los textos internacionales posteriormente adoptados en este ámbito, han considerado al principio de no discriminación como un pilar indispensable, ya sea otorgándole un carácter general o específico, de acuerdo con el ámbito material o personal regulado en cada instrumento. Por ello es lógica su incorporación en la Convención de los Derechos del Niño, en tanto que instrumento centrado en la protección internacional de los derechos de la niñez con una vocación y un alcance universales⁷⁸, no podía hacer menos que consagrar la no discriminación como uno de sus principios generales (Carmona, M^a del Rosario 2011:81-83).

Cabe destacar que: “la Convención significará una aportación notable al desarrollo progresivo de este principio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que imprimirá un carácter más amplio en cuanto a su ámbito de aplicación” (Carmona, M^a del Rosario 2011:81-83). En efecto, por primera vez, se hace una prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona. Asimismo, el artículo 2 amplía la protección contra la discriminación ya establecida en otros instrumentos al prohibir expresamente no sólo la discriminación basada en las características del individuo, sino también la discriminación contra un niño o niña, fundada en las características de sus padres, madres o tutores (O’Donell, Daniel 2001).

En relación a las niñas, cabe destacar particularmente este principio, ya que ellas “representan un elevado número de víctimas de concepciones culturales y de tradiciones confrontadas al espíritu que los instrumentos internacionales sobre los derechos de la mujer, y la Convención de los Derechos del Niño como eco de ellos en esta cuestión, han logrado consagrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Carmona, M^a del Rosario 2011:95).

⁷⁸ Cabe hacer presente que: “La universalidad derivada hacia el niño desde la Convención aparece estrechamente vinculada al principio de no discriminación” (Carmona, M^a del Rosario 2011:66). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño nos recuerda que, *"en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños"* (CRC/GC/2003/5, de 3 de octubre de 2003)

Así por ejemplo, desde la primera infancia, las niñas son socializadas bajo estereotipos arraigados con respecto a su papel y responsabilidad en la familia y en la sociedad⁷⁹, millones de niñas son objeto de matrimonios forzados, deben desertar prematuramente de la Escuela, sufren mutilación genital, son objeto de trata, abusos sexuales, están más expuestas a vivir con el VIH/SIDA, entre otras vulneraciones a sus derechos fundamentales⁸⁰.

En efecto, las niñas están expuestas a diversas formas de discriminación, particularmente aquella que es expresión de un sistema patriarcal, esto es “manifestación de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres”⁸¹. En este sentido resulta pertinente el artículo 1^a de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que señala:

“La expresión *discriminación contra la mujer* denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

De meridiana importancia en relación a la situación de las niñas y el principio de no discriminación es la: “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución

⁷⁹El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que actitudes patriarcales y los estereotipos sexistas son una de las causas subyacentes de la violencia basada en el género y de la situación desfavorable de la mujereen diversas esferas (Observaciones finales del Comité CEDAW para España, A/59/38, 18 de agosto de 2004).

⁸⁰ Para revisar las cifras más actualizadas de los distintos tipos de violencia véase el documento titulado Hechos y cifras: Acabar con la violencia contra mujeres y niñas. Una pandemia que se presenta en diversas formas, disponible en <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>.

⁸¹ En este sentido entendemos que las niñas están más expuestas a sufrir diversas manifestaciones de violencia machista, entendida éstas “como un conjunto de prácticas discriminatorias y como parte del sistema patriarcal” (Bodelón, Encarna 2011:9), y bajo el supuesto que: “la violencia es una manifestación de discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres” (Bodelón, Encarna 2012: 17)

34/180, de 18 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de Septiembre de 1981—respecto a la que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado su *relación de complementariedad y apoyo mutuo* con la Convención, que pasa así a constituir *un marco fundamental para una estrategia previsor de promoción y protección de los derechos fundamentales de las niñas y las mujeres y de erradicación de la desigualdad y la discriminación* (8º periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, doc. CRC/C/38, párrafos 282 y 299.b)” (Carmona, M^a del Rosario 2011:95)⁸².

Con el fin de crear mayor conciencia de la situación de los derechos humanos de las niñas el Comité decidió celebrar un “debate general sobre la niña” el 23 de enero de 1995. Ello además permitiría que el Comité contribuyera a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, que se celebraría en septiembre de 1995 en Beijing (CRC/C/38, párr. 275)

En esta oportunidad el Comité debatió diversos aspectos, y en relación al artículo 2 de la CDN, recordó la necesidad que la legislación nacional de los Estados Partes reconozca expresamente el principio de igualdad ante la ley y prohíba la discriminación basada en el sexo, previendo a la vez medios eficaces de protección y reparación para los casos de violación de esos principios. También recomienda la necesidad de reflejar en la legislación la prohibición de ciertas prácticas tradicionales nocivas como, por ejemplo, la mutilación genital y el matrimonio forzado y toda otra forma de violencia contra las niñas, en particular el abuso sexual (párr. 293)

Asimismo señaló que la educación⁸³ es de vital importancia, permite el desarrollo armonioso e informado de los niños y las niñas, les otorga la confianza y la capacidad necesarias para decidir libremente sobre su propia vida y para actuar en un medio de asociación del hombre y la mujer tanto a nivel profesional como familiar. Sin embargo, advirtió que seguía siendo sumamente alta la tasa de analfabetismo entre las niñas y era imperioso que se les garantizara

⁸²Recientemente UNICEF y UNFP han publicado un documento que establece los vínculos más significativos entre los derechos de la mujer y de los y las niñas. En él se hace un particular énfasis en las diversas formas de discriminación que viven las niñas y las adolescentes (2010)

⁸³Se ha destacado la unión que se establece entre este principio de no discriminación y la educación, en efecto, ya desde la Declaración de Ginebra, se concibe que la educación ha de ser el mejor antídoto contra la discriminación, sobre todo combinando el desarrollo personal y la dedicación y servicio a los otros. Ello debe estar presente cuando leemos el artículo 29 de la Convención, donde aparecen los objetivos de la educación: desarrollo de la personalidad, respeto a los derechos humanos; respeto a los padres, a la identidad cultural y valores nacionales y de otras civilizaciones; asunción de una vida responsable en una sociedad libre con respeto a la diversidad y, finalmente, respeto al medio ambiente natural (Dávila, Paulí y Naya, Luis 2006:85)

efectivamente el acceso al sistema de enseñanza general y de formación profesional, que se fomentara su asistencia a la escuela y se redujera el abandono escolar” (párr. 289).

En este sentido, “este tipo de discriminación se hace tanto más patente cuanto el acceso a una formación basada en derechos es más lejana en las sociedades, culturas o grupos a los que las niñas pertenecen, y ha llevado al Comité de los Derechos del Niño a resaltar la importancia de transmitir valores fundados en el respeto de los derechos humanos como un factor disuasivo en el cambio de actitudes (...) Asimismo el Comité ha puesto de manifiesto la importancia de la educación al insistir en la necesidad de que sigan disfrutando de ellas las niñas casadas o embarazadas a las que en numerosas sociedades se priva de dicha posibilidad por esas circunstancias (Carmona, M^a del Rosario 2011:95).

2. Los principales avances vinculados a la Convención: Análisis particular en el contexto latinoamericano.

Como indicamos, habrá que aguardar hasta la aprobación de la CDN⁸⁴, para que un instrumento internacional de carácter vinculante reconozca por primera vez a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho, cuestión que ha marcado un hito en la historia de la infancia-adolescencia. Se trata de una “nueva concepción que ha producido cambios en la teoría jurídica de la infancia, y que ha supuesto importantes transformaciones legislativas y avances normativos en el reconocimiento de los derechos de la niñez” (Guilló, Juan 2006:11).

Así por ejemplo en España, que ratificó la Convención el 6 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 5 de enero de 1991, ésta se incorporó al ordenamiento jurídico español - después de su ratificación, publicación en el BOE y entrada en vigor- e incidió en diversos ámbitos desarrollados por la Constitución española, así a modo de ejemplo su artículo 39.4 señala que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. De este modo las acciones que desarrolle el Estado español deberían guiarse por el interés superior del niño. Del mismo modo, el artículo 10.2 de la citada Constitución determina que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por ello es que la CDN no sólo sirve como criterio interpretativo para la aplicación de

⁸⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

los derechos del niño/a, sino que es posible invocarla directamente ante los Tribunales nacionales e incluso en ámbitos supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en instancias cuasi-jurisdiccionales, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura (Bondía, David 2006: 38).

Por otra parte, respecto del contexto latinoamericano, la CDN tuvo un particular impacto, entre los que cabe destacar los siguientes⁸⁵:

2.1 Masiva y rápida ratificación.

La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia. En América Latina y el Caribe la totalidad de los países firmaron y ratificaron la Convención. De hecho, la mayoría lo hizo en un lapso de 2 años (1990-1992) desde la aprobación;

2.2. La construcción de nuevos marcos conceptuales. De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.

Las legislaciones latinoamericanas antes de la Convención se inspiraban en la conocida como Doctrina de la Situación Irregular. “Doctrina jurídica que en realidad poco tiene de doctrina y nada de jurídica” y en cuya virtud “los jueces pueden declarar en situación irregular (y por ende objeto explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño/a o al adolescente que enfrente dificultades -nunca taxativamente definidas-, independientemente de que las mismas puedan (por ejemplo, adolescente infractor) o no (por ejemplo, niño víctima de abusos o malos tratos) ser atribuidas a su voluntad”. (García Méndez, 1998:7)

Una doctrina que en pocas palabras ha significado- y significa aún hoy en ciertas legislaciones- legitimar una potencial acción indiscriminada sobre los niños/as y adolescentes en situación de dificultad; centra su mirada en la infancia minorizada, es decir, aquella infancia pobre, tradicionalmente excluida de las formas tradicionales de socialización, tales como la

⁸⁵ En este punto seguimos el análisis efectuado por la Red latino americana y caribeña por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (REDLAMYC) en *Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación* (2009).

familia y la escuela; y que privilegia la institucionalización ante la falencia de adecuadas políticas públicas para la infancia. En este sentido es que García Méndez señala:

“Definido un menor en situación irregular -recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado en situación irregular- se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción” (1998:7).

Sin embargo, a partir de la aprobación de la CDN se produce un cambio en el paradigma, es decir, “un cambio profundo de la mentalidad, los conceptos y los valores que forman una visión de la realidad de la infancia-adolescencia” (Contreras, Consuelo 2002:16). Probablemente el más importante en la historia de los derechos de la infancia, ya que ha determinado un cambio en la consideración de los niños y las niñas al reconocerles como sujetos plenos de derechos. Precisamente la Convención surge en la confluencia de las nuevas actitudes y percepciones hacia la infancia y la progresiva consolidación internacional de los derechos humanos (Bernúz Beneitez, María José, 1999:162). “Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia- adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones” (García Méndez, Emilio 1998:65).

En esta línea de ideas –y en el contexto latinoamericano- se comenzará a expandir la expresión protección integral recogida por primera vez en el artículo 3 del Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil (1990) el que señala:

“El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la *protección integral* de que trata esta Ley, asegurándoles, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facultarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad⁸⁶”

Bajo el signo de la gran influencia del Estatuto y el “el intenso proceso de reforma legislativa en esta materia llevó a la transformación del concepto de protección integral en doctrina de protección integral. UNICEF reclutó a especialistas, quienes fomentaron el intercambio de experiencias e ideas a nivel continental, e hicieron contribuciones importantes. ONGs con vínculos regionales ayudaron a dinamizar el proceso. Se adoptaron definiciones, cada vez más completas, de los conceptos plasmados en la Convención. Se elaboraron y se perfeccionaron mecanismos y procedimientos para la protección de estos derechos.

⁸⁶ La cursiva es mía.

Eventualmente, gracias al amplio diálogo entre especialistas de diferentes sectores y entre ellos y activistas de los derechos del niño/a, se incorporaron en la normativa regional derechos que no figuran en la Convención misma, como el derecho a la educación preescolar, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a servicios de salud sexual. El concepto de protección integral se convirtió entonces en un concepto que servía para promover la Convención como una doctrina nueva, con vida y contenido propios” (O’Donell, Daniel 2004:2).

De este modo, la Convención -que sirve de antecedente principal- junto a otros instrumentos jurídicos internacionales⁸⁷, y el análisis dinámico del concepto de protección integral llevado a cabo por una multiplicidad de actores en los términos señalados, conformarán la denominada “doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia⁸⁸”.

Y respecto de los instrumentos internacionales, si bien la CDN no es el primer instrumento en orden cronológico, es el más importante, ya que ha determinado un cambio en la consideración de la infancia-adolescencia, al reconocerle como sujeto pleno de derechos. En su concepción integral garantiza los derechos del universo infancia-adolescencia.

2.3. Modificaciones legislativas con miras a la adecuación de la legislación interna respecto de la Convención.

Con fundamento en este nuevo paradigma, se da inicio a uno de los procesos de reforma más significativos de América Latina. En efecto, será con ocasión de la aprobación y masiva ratificación de la Convención que se produce, además, un impacto a nivel legislativo. El proceso de reformas es inaugurado por Brasil en el año 1990 con la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente, ley 8069 de 13 de julio de 1990, el que constituye un ejemplo paradigmático del reconocimiento legislativo de la Doctrina de la Protección Integral⁸⁹.

⁸⁷ Los instrumentos que junto con la Convención conformarán la Doctrina de la Protección Integral son:

- a) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing, aprobada el 29 de noviembre de 1985 por resolución N° 40/33.
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/113.
- c) Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de la RIAD, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/112.

⁸⁸ Se ha señalado que la denominación de Doctrina de la Protección Integral habría sido acuñado por el destacado magistrado brasileiro Antonio Amaral e Silva, quien tuvo una destacada participación en la elaboración del Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil (Cillero, Miguel 2002:34; O’Donell, Daniel 2004: 1)

⁸⁹ La dictación del Estatuto se enmarca en un proceso en el que destaca la participación de los propios niños, niñas y adolescentes como actores de la producción normativa. Por su importancia, analizaremos la gestación del referido Estatuto en el capítulo III de este trabajo.

A partir de su aprobación, comienza el proceso de adecuación legislativa, así a modo de ejemplo Ecuador aprobó un nuevo código de Menores el 16 de julio de 1992 que señalaba: estableció: “La protección a los menores será integral y se ejercerá en todos sus períodos evolutivos, inclusive el prenatal.”⁹⁰, luego se sumó a fines de 1992, Bolivia con la aprobación de la ley 1403 que dispuso la creación del Código del Menor⁹¹ y luego se sumaron Perú en 1993, la República Dominicana en 1994, Honduras en 1996, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela en 1998, México en el año 2000, y Guatemala y Paraguay en 2003. Cabe señalar que todos estos códigos se inspiraron en el concepto de la protección integral.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los primeros códigos de la niñez⁹² tenían lagunas importantes, deficiencias de técnica legislativa y, en algunos casos, se caracterizaron por una incoherente mezcla de normas inspiradas en la Convención sobre los Derechos del Niño y normas represivas heredadas de la legislación tutela⁹³. “Con el desarrollo de la Doctrina de Protección Integral, varios de ellos han sido sustituidos por códigos nuevos. El Código del Menor de Bolivia de 1992 fue derogado por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; el Código de Menores de Ecuador de 1992 por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes adoptado por la República Dominicana en 1994 fue sustituido por el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2003, y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, de 1998, fue derogado por otro con el mismo título en 2003” (O’Donell, Daniel 2004:2).

Se trata de un camino que ha continuado durante los más de 20 años de vigencia de la CDN, y como expresión de uno de sus mayores avances es destacable un interesante proceso de constitucionalización de los derechos del niño -es decir, de incorporación de la CDN a sus constituciones- en algunos países, por ejemplo, Brasil, Venezuela, Bolivia y Ecuador, o casos como el de Argentina, Colombia en donde se le dio rango constitucional a todos los tratados de

⁹⁰ Art.4. Este Código fue derogado por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003.

⁹¹ Código derogado por la ley 2026 de 27 de octubre de 1999, por el Código del Niño, Niña y Adolescente.

⁹² Para mayor información sobre las primeras legislaciones infanto-juveniles de América Latina Véase el Capítulo I “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias”, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*(García Méndez, Emilio 1998).

⁹³ Las propias denominaciones de los Códigos rememoraba la Doctrina de la Situación Irregular, por ejemplo los Códigos de Ecuador y Bolivia, utilizaban la expresión “Menor” cada vez más abandonada por sus reminiscencias tutelares.

derechos humanos en una reforma realizada en el año 1994⁹⁴ (REDALMYC, 2009).

Sin embargo, cabe señalar que a la fecha, en algunos países, se aprecia una lenta marcha hacia la adecuación de la normativa interna a los estándares establecidos en la CDN (REDALMYC, 2009). Un caso significativo es el de Chile que a la fecha aún no dicta una Ley de Protección de Infancia, y aún mantiene parcialmente vigente la ley 16.618 inspirada en la Doctrina de la Situación Irregular.

Asimismo se ha señalado como puntos conflictivos y donde las aguas están divididas, el trabajo infantil, la adopción internacional y la responsabilidad penal (Beloff, Mary 1999). “Estos puntos han provocado fuertes debates con estancamientos, marchas y contramarchas en las reformas legislativas. Sumado a ellos, el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes es otro de los asuntos en los cuales la unanimidad y sensibilidad que genera la cuestión de la infancia presenta importantes diferencias en los posicionamientos” (REDALMYC, 2009).

2.4. Visibilización de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derecho. De las necesidades a los derechos.

El cambio más significativo tiene relación con la nueva apreciación de los niños, las niñas y adolescentes, quienes a partir de la CDN son considerados como sujetos de derecho, esto es, como titulares de derechos y atributos que le son inherentes en atención a su condición de persona humana, en particular a su condición de niño/a –adolescente. Titulares de verdaderos y propios derechos que no pueden ser “negociados” (Resta, Eligio 2008:53).

En efecto, la CDN reconoce a los niños y niñas como sujetos plenos de derechos, en oposición a la idea de niño/niña definido a partir de su incapacidad. El ser niño o niña no significa ser una persona incompleta o “menos adulta”, es una forma de ser persona y tiene el mismo valor que cualquier otra etapa de la vida. La infancia se concibe como una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de su autonomía personal, social y jurídica (Cillero, Miguel 2003)

La CDN realiza un cambio de óptica al pasar de las necesidades a los derechos, y “se basa en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos[...] que permitan al

⁹⁴En el caso chileno, se otorgó rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos el año 1989 (Mediante la Ley N° 18.825 Art. Único N° 1 publicado en el diario oficial el 17.08.1989)

portador de necesidades, percibirse y organizarse como un sujeto de derechos” (Baratta, Alessandro, 1991). En este mismo sentido María Bernúz Beneitez indica que “El principal avance que ha supuesto la Convención de 1989 ha sido la consagración de los derechos de los niños: la traducción de sus necesidades, ya reconocidas, en derechos positivamente recogidos” (1999:165).

2.5. El trabajo de las ONGS, coaliciones y redes de infancia de la región.

La CDN ha permitido llevar a cabo una profunda reflexión crítica en cada uno de los actores que están vinculados a este tema, a saber, el mundo jurídico, las políticas gubernamentales⁹⁵, y las organizaciones no gubernamentales (García Méndez, Emilio 1998:12), reflexión que contribuyó al creciente proceso de reformas legislativas en orden a adecuar las normativas internas a los principios de la CDN.

Con respecto a la sociedad civil organizada, se ha planteado como un importante avance la creación de coaliciones de ONGS que impulsaron la CDN en la región –por ejemplo, propiciaron la ratificación del tratado- así como el trabajo y la articulación de redes regionales y sub-regionales. En efecto, la sociedad civil, a través estas redes, ha incidido en las políticas públicas con propuestas de iniciativas de ley, impulsando reformas legales y actualmente haciendo el monitoreo de los derechos de la niñez (REDALMYC, 2009)

2.6. El rol del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

La CDN crea un mecanismo de control para verificar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados signatarios. Así es como en su artículo 43, crea un comité, denominado Comité de los Derechos del Niño, el que no sólo supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes, sino también la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños/as en los conflictos armados y a la venta de niños y niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía.

⁹⁵ La Convención obliga a un replanteo del tradicional y sesgado enfoque gubernamental de las políticas públicas. A partir de la Convención las políticas públicas de infancia deben ser entendidas como una articulación de esfuerzos entre el Estado y la sociedad civil (García Méndez, E., 1998:12)

El Comité está integrado actualmente por 18 expertos independientes, procedentes de Estados y sistemas jurídicos diferentes, se reúne tres veces al año en períodos de sesiones de 4 semanas de duración cada una de ellas. Aunque los miembros son elegidos por los Estados partes, ejercen sus funciones a título personal, es decir, no representan a los gobiernos de sus países, ni a ninguna organización a la que pertenezcan. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza.

“En el desempeño de sus tareas, el Comité no adopta un planteamiento de confrontación, sino que procura involucrar a los Estados en un diálogo constructivo con miras a valorar de manera crítica la situación de los niños y las niñas y alentar su cooperación en la aplicación de la Convención (...) De hecho el objetivo esencial del proceso internacional de verificación no consiste en reemplazar la capacidad nacional para asegurar y verificar el cumplimiento de los derechos de los niños, sino en reforzar esa capacidad. El proceso contribuye también, por tanto, en fortalecer la participación popular en la formulación de políticas y alentar el escrutinio público de las responsabilidades gubernamentales” (Ravetllat, Isaac 2006:50-51)

En conformidad con el artículo 44 de la Convención, el mecanismo de garantía de cumplimiento anteriormente señalado, reside en el compromiso por parte de los Estados de presentar ante dicho Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos que hayan realizado en cuanto al goce de los derechos de la infancia. Los Estados partes deben presentar su primer informe en el plazo de dos años a partir de la fecha de ratificación de la Convención, y luego periódicamente cada cinco años. El Comité examina estos informes y emite, tras un diálogo con la representación del Estado Parte, sus conclusiones y recomendaciones, que se conocen con el nombre de “observaciones finales” (UNICEF y OACNUDH, 2006).

Cabe señalar que en América Latina se ha valorado positivamente la tarea desarrollada por el Comité. Particular incidencia han tenido los representantes surgidos de nuestra región entre los miembros del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, quienes “han facilitado el diálogo y la negociación con los Estados, destrabado conflictos y resaltado la importancia de cumplir con los informes en países que presentaban importantes atrasos en la presentación de los reportes al mencionado Comité”. Asimismo se destaca “positivamente las nuevas formas de trabajo en las que se incluyen discusiones temáticas, la elaboración de Observaciones Generales, y las reuniones regionales (...)” (REDALMYC, 2009).

2.7. La incorporación de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos destacan dos órganos, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). La Convención Americana (en adelante la Convención) sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que fue aprobada en 1969, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, siendo Costa Rica el primer país en ratificarla. Por su parte, la CIDH, creó en su 100º periodo de sesiones del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998, la Relatoría sobre los Derechos del Niño. El cargo de relator dura 4 años, y su “misión consiste en llevar a cabo estudios sobre temas de preocupación, realiza visitas de investigación, prepara estudios específicos sobre los derechos de los niños/as para los informes de país y recibe quejas de violaciones individuales a los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Aguilar, Gonzalo 2008:232).

Ahora bien el proceso de incorporación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos “tuvo un punto de inflexión con el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fue este caso el que colocó la cuestión de la infancia definitivamente en la agenda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (REDALMYC, 2009)

El caso materia de la sentencia de la Corte IDH, se trata básicamente del secuestro, tortura y muerte de cuatro personas y del asesinato de una quinta en la ciudad de Guatemala, en el año 1990, por parte de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. En este sentido no difiere en demasía de la mayoría de casos que han llegado hasta la Corte, sin embargo, “Villagrán Morales y otros” se caracteriza porque de las cinco víctimas, tres tenían menos de 18 años al momento de tener lugar los hechos. Conforme a la definición del artículo 1º de la CDN esas

personas eran niños. La Corte I.D.H., los denunciantes⁹⁶ y la CIDH, intencionadamente procuraron enmarcar este caso como un caso de niños/as y en particular, como “niños de la calle”. De este modo, el caso permitió que, por primera vez, la Corte IDH se pronunciara sobre la violación al artículo 19 de la Convención que trata del derecho de todo niño/a a ser destinatario de todas aquellas medidas especiales de protección que por su condición requiere (Beloff, Mary 2004: 58-59).

Este pronunciamiento, fue la primera señal que la Corte I.D.H. emitió en el sentido de reunir al mundo de los derechos humanos con el mundo de la infancia. La segunda señal sería la Opinión Consultiva 17 que redactó a petición de la CIDH – enmarcado en un proceso de gran movilización de diferentes actores sociales- a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, y que buscó definir con mayor precisión el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a su vez inscribirlo dentro de un enfoque que contuviera a la CDN (Beloff, Mary 2004:83; REDALMYC, 2009).

Mediante la OC 17 por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte I.D.H. reconoce a los niños y niñas como sujetos de derecho.

En palabras del voto concurrente del juez Cançado Trindade:

“Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño/a ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’ (párr. 28)” (en Beloff, Mary 2004:82-83).

Sin perjuicio de este aporte fundamental, la OC 17 trata diversos aspectos vinculados con la infancia, que van desde la protección de derechos a la responsabilidad penal de los y las menores de 18 años, cuestiones que iremos abordando a lo largo de este trabajo.

Por ahora mencionar dos principios que, es posible extraer de las decisiones y opiniones de la Corte I.D.H. en materia de infancia, y que son relevantes para este trabajo:

⁹⁶ El 15 de septiembre de 1994 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Casa Alianza presentaron la denuncia formal por este caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.7. 1. Principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos.

Compartimos el enfoque que afirma que en el análisis de los derechos humanos del niño, niña y adolescente prima la “perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, y, sobre todo, en materia de derechos humanos, nuestra idea guía es el principio del intérprete supremo, que considera, en el ámbito regional, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos” (Aguilar, Gonzalo 2008:236).

Gonzalo Aguilar señala que este principio, resulta de la propia normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el artículo 29 relativo a las normas de interpretación de la CADH señala que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (2008:236).

Este principio de integración fue confirmado en materia de infancia en el caso “Villagrán Morales”, en efecto, en relación con la interpretación de los tratados aplicables al caso, la Corte sostuvo:

“194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”

Es decir, la Corte I.D.H. puede interpretar, por vía consultiva tratados internacionales distintos de la Convención Americana y cuyas normas contribuyan a fijar el sentido y el alcance de las disposiciones de este tratado.

Así también lo reafirmó en la OC 17, en efecto, la Corte sostuvo:

“Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre ‘la interpretación no sólo de la Convención, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”

Y precisa en su párrafo 22:

“Igualmente, este Tribunal estableció que podría abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano⁹⁷, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección⁹⁸, y que no existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste⁹⁹.

Asimismo existe un razonamiento uniforme de la Corte I.D.H. que considera en forma integral el *corpus iuris gentium* de los derechos de la niñez, incluyendo la dinámica interacción e interdependencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño y otros cuerpos normativos (Aguilar, Gonzalo 2008).

En este sentido “el concepto de un *corpus juris* en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes” (CIDH, 2011: Párr. 16).

La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que:

“Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con

⁹⁷ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra nota 8, párr. 36; Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44; y "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 9, párr. 21.

⁹⁸ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra nota 8, párrs. 71 y 109; y "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 9, párr. 38.

⁹⁹ "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 9, párr. 48. Además, véase, párrs. 14, 31, 37, 40 y 41.

respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia” (CIDH, 2011: Párr. 16).

En efecto, ello se enmarca en la dirección ya asumida por la Corte I.D.H. entendiendo que “el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenidos y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (Opinión Consultiva OC 16/99, de 1º de octubre de 1999)¹⁰⁰.

En esta línea, consideramos que una interpretación respetuosa con los derechos humanos de los niños y las niñas, deberá hacer usos de un amplio marco jurídico. En concreto, al interpretar la CDN la Corte debe incorporar la perspectiva de género recurriendo para ello particularmente a la CEDAW, las recomendaciones del Comité CEDAW, sus respectivos protocolos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Por ello, es que para los efectos de este apartado y trabajo, utilizamos “una noción amplia del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo como parte del mismo no sólo a los tratados internacionales, sino que la jurisprudencia de los órganos encargados de su

¹⁰⁰En la misma OC la Corte señala que: “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia,

[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus iuris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

aplicación, las opiniones de los mismos y el conjunto de resoluciones o declaraciones emanadas de organismos internacionales que son relevantes en nuestra materia de estudio. Si bien el peso normativo de los tratados internacionales es mayor que la del resto de las fuentes (...) todas ellas forman parte de un corpus que integra al derecho internacional de los derechos humanos siendo fuentes legítimas para su creación y, por cierto, con una enorme influencia en su aplicación” (Duce, Mauricio 2009:4)

2.7.2. Principio de Igualdad y No Discriminación.

Como ya hemos señalado anteriormente, otro principio rector en materia de derechos humanos es el de igualdad y no discriminación. El Art. 1.1 de la Convención Americana señala:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si bien los tratados generales de derechos humanos no definen qué es la discriminación que prohíben, en el caso de la discriminación basada en el sexo, como ya hemos señalado, el Art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) (CEDAW, por sus siglas en inglés) la define claramente.

La definición es fundamental, no sólo porque hace el vínculo entre igualdad y no discriminación¹⁰¹, sino además, “por su carácter legal, pasando a ser parte de la normativa nacional cuando el Estado ratifica la CEDAW y de las obligaciones que se asumen como parte del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, la discriminación que está prohibida en la CADH y su Protocolo adicional, debe ser entendida como la define la CEDAW. Esto quiere decir que no se debe legislar, definir políticas públicas o decidir casos concretos, con base en una concepción distinta del término discriminar” (Facio, Alda 2009: 15-16).

Por su parte el principio de igualdad está reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana que señala:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”

¹⁰¹ En idéntico sentido Anne Bayefsky quien considera que: “la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio (1990).

Respecto de este principio la Corte I.D.H. ha señalado, en primer lugar su vínculo con la prohibición de discriminación. En efecto con ocasión del principio de igualdad señala que:

“la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley” (OC 17/2002, Párr. 44)

Y teniendo presente una Opinión Consultiva la Corte I.D.H., señala:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (Párr. 45).

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte señala que:

“no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (Párr. 46).

Y en este sentido es que la Corte I.D.H. se pronunció señalando que:

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana” (Párr. 47)

Y en relación a los niños y las niñas señala:

“Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido

proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella” (Párr. 55)

De tal modo la Corte I.D.H. reconoce la necesidad de desarrollar medidas de protección especial respecto de la infancia, en aras de la realización de sus derechos. En este sentido también señala que:

“La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella” (Párr. 53).

Y concluye con una reflexión fundamental sobre las características de esta protección:

“Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (Párr. 55)

En conformidad con lo anterior, y específicamente en relación a las niñas, el derecho a la igualdad ante la ley “exige combatir las cuestiones fácticas que producen discriminación, sean en razón de ser menores de edad o por ser mujeres. Como lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Comité de la CEDAW, el objetivo de esta Convención es la realización práctica de la plena igualdad de jure y de facto de la mujer en relación con el hombre, que incluso implica la posibilidad de tratamientos diferenciales para corregir desigualdades de partida; medidas no necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. La igualdad jurídica, es un concepto que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales. De esta manera, la igualdad y las diferencias se implican mutuamente entre las personas y hay espacio para la libertad de ser diferentes, pero no para instituir diferencias sociales originadas por la pobreza o por la marginación de cualquier índole, las que terminan erigiéndose en barreras discriminatorias” (Morlacheit, Alejandro 2009:140).

Por último, para cerrar este apartado, y en el entendido que la Corte I.D.H. es el

intérprete máximo regional en materia de derechos humanos, cabe reflexionar si ha llevado esta tarea desde una perspectiva de género.

En primer lugar se debe tener presente que ese lineamiento no es ajeno al sistema internacional de derechos humanos, en efecto:

La incorporación de la perspectiva de género o también denominada transversalización de la perspectiva de género, como se conoce comúnmente a los esfuerzos sistemáticos para introducir la referida perspectiva, *inter alia*, en la aplicación de las normas de derechos humanos por parte de los órganos supervisores internacionales, tiene en la actualidad algunos años de existencia. En las Naciones Unidas, comenzó con la Declaración y Programa de Acción de Viena¹⁰², que señaló en su párrafo 42 que “los órganos de vigilancia creados en virtud de tratados deben incluir la cuestión de la condición de la mujer y los derechos humanos de la mujer en sus deliberaciones y conclusiones, utilizando datos concretos desglosados por sexo”, y en el sistema interamericano, cuando la Asamblea General, el órgano político principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA), solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que comenzara a considerar a la mujer en sus actividades¹⁰³ (Medina, Cecilia 2003: 1).

En este sentido cabe recordar que “el Sistema de Naciones Unidas ha realizado un ejercicio doctrinario de interpretación de los pactos desde una perspectiva de género, en las Observaciones Generales N° 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto de derechos civiles y políticos, así como en las Observaciones Generales N° 14 y 16 del Comité de DESC sobre el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales” (Cuéllar, Roberto 2009:8).

En cuanto a la contribución de la Corte I.D.H. a la transversalización del enfoque de género dentro del Sistema I.D.H, se ha observado que ésta sólo “dio sus primeros pasos hacia la protección específica de los derechos de la mujer solamente a partir de la mitad del 2000. Esto es de algún modo sorprendente considerando, por un lado, los avances realizados por otros organismos internacionales sobre temas de género ya durante la década anterior (...)” (Tramontana, Enzamaría, 2011).

De ahí que la jurista Cecilia Medina señalase el año 2003 que el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la tarea de transversalizar la perspectiva de género dentro del sistema interamericano, parecía, *prima facie*, extremadamente modesto (2003:2). A esa

¹⁰²A/Conf. 157/23 de 12 de julio de 1993.

¹⁰³AG/RES 1112 (XXI-0-91).

fecha ningún caso en el cual la perspectiva de género se encontrase involucrada había llegado a la Corte, con la excepción de uno en el que la Corte determinó que los hechos no habían sido probados. Sobre las razones de ello, Medina reflexionaba lo siguiente:

“Es, efectivamente, desafortunado que el sistema aún no se encuentre operando plenamente para los asuntos de la mujer. La Comisión no puede ser culpada por tener pocos casos provenientes de mujeres víctimas de violaciones a los derechos humanos debido a su género, pero podría ser criticada por no enviar los pocos casos que recibe a la Corte de modo que los derechos humanos de la mujer pudieran ser fortalecidos por sentencias jurídicamente obligatorias para los Estados partes en un caso¹⁰⁴” (Medina, Cecilia 2003:9-10).

Habrá que esperar hasta el año 2006, oportunidad en que la Corte IDH incorpora la perspectiva de género en una sentencia de la perspectiva de género en una sentencia de fondo con ocasión del Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. En su voto razonado el juez Sergio García Ramírez señala que el retraso de la Corte en tratar temas relacionados con los derechos de la mujer a la circunstancia que, hasta entonces, no había recibido consultas o litigios que tuviesen como personaje principal –o, al menos, como uno de los personajes principales, de manera específica,– a la mujer (párr.6)

Y si bien es cierto que cabe reprochar “a la CIDH por haber sido reticente en la transmisión de casos de violaciones por razón de género, igualmente es cierto –y debe ser reconocido– que antes de 2006, algunas demandas sobre derechos de las mujeres habían ya llegado ante la Corte y que, en ningún caso, esta había aprovechado la ocasión para enriquecer su desarrollo argumentativo a través de la incorporación de consideraciones basadas en el género” (Tramontana, Enzamaría, 2011:158).

¹⁰⁴ A pesar de ello Medina considera que: “la Comisión comprende claramente que la posición subordinada de la mujer en la sociedad es la causa de la totalidad de las violaciones a los derechos humanos de la mujer y ha vinculado en forma consistente las violaciones específicas con la situación general de discriminación contra la mujer. También ha enfatizado que no es suficiente tener disposiciones legales que establezcan la igualdad entre el hombre y la mujer, sino que se debe realizar un esfuerzo serio para cambiar el patrón cultural que permite esta discriminación en la práctica y debe existir legislación que prohíba la discriminación por cualquier motivo. De esta manera, la prevención y sanción deben estar siempre presentes. En sus actividades relacionadas con la mujer, la Comisión ha analizado varios problemas específicos de los derechos humanos de la mujer” (2003: 10). Entre éstos cabe destacar la discriminación en el orden jurídico, violencia contra la mujer y salud reproductiva.

Específicamente en el caso del Penal Miguel Castro Castro los hechos se refieren a un operativo de las fuerzas de seguridad dentro del Penal Castro Castro, que, realizado con el objetivo formal del traslado de las mujeres que se hallaban recluidas en el Penal a una cárcel de máxima seguridad, había consistido en realidad en un ataque premeditado, destinado a atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en el Penal, acusados de delitos de terrorismo. En particular la Corte, destaca que “[a] analizar los hechos y sus consecuencias, la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres” (párr. 223)

La Corte, por primera vez, busca destacar la especificidad de género en las violaciones denunciadas, y afirma su competencia para aplicar e interpretar la Convención de Belém do Pará, calificándola como un elemento integrante del corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres (párr 379).

Sin embargo serán Los casos *González y otras (Campo algodonero) vs. México*, primer caso ante la Corte IDH enteramente centrado en el tema de la violencia de género, y *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*¹⁰⁵, del 16 y 24 noviembre de 2009 respectivamente, los que proporcionan a la Corte la ocasión de profundizar esta nueva tendencia jurisprudencial (Tramontana, Enzamaría 2011:161).

Por su especificidad un caso paradigmático en la incorporación de la perspectiva de género lo constituye el denominado caso Campo Algodonero vs México que se refiere a la desaparición y muerte de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, y a la falta de respuesta del Estado para investigar efectivamente lo ocurrido, en el marco de un contexto general de

¹⁰⁵ Este caso se refiere a la falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de doscientas cincuenta y un personas por miembros de las fuerzas armadas de Guatemala, en cuyo contexto, antes de ser asesinadas matadas, muchas niñas y mujeres habían sido violadas sexualmente y sometidas a actos de crueldad extrema, y mujeres embarazadas habían sido golpeadas hasta el punto de sufrir abortos.

violencia y discriminación contra las mujeres¹⁰⁶. Se estima que la sentencia en este caso es la primera que tiene como elemento central de análisis, violaciones a derechos humanos a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belém do Pará)¹⁰⁷ (Lagarde, Marcela 2010:8)

En síntesis, “el análisis de los pronunciamientos de la Corte IDH ha demostrado sus crecientes esfuerzos por aplicar las normas del SIDH con perspectiva de género. La decisión de tener competencia para aplicar la Convención de Belém do Pará, junto al diálogo con la jurisprudencia de otros organismos internacionales, especialmente los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, han permitido, además, a la Corte adoptar una posición muy progresista, en varios aspectos, en materia de violencia de género” (Tramontana, Enzamaría, 2011:179)

Sin embargo, falta todavía mucho camino por recorrer en la materia. Así, por ejemplo, “en el campo de la violencia de género –donde la atención de la Corte se ha concentrado hasta hoy en día– sería muy deseable, considerando la circunstancia de que a menudo las mujeres son víctimas de violencia en el ámbito privado que la Corte I.D.H. la Corte reflejase la tendencia de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos que han venido calificando como “tortura” los actos de especial gravedad cometidos por agentes no estatales”. Asimismo de manera más general, “sería de suma importancia que la Corte tuviera la oportunidad de abordar otros tipos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, en la estela de los más recientes desarrollos de la práctica de la CIDH, en relación, por ejemplo, con el tema de la participación de la mujer en la vida económica y política de los países de la región, o con la promoción y salvaguardia de los derechos sexuales y reproductivos. Será necesario, a este fin, que las denuncias individuales sobre violaciones de género lleguen más frecuentemente al examen de la Corte” (Tramontana, Enzamaría, 2011:180).

¹⁰⁶Para un estudio detallado del caso ver, Vázquez Camacho, Santiago José, “El Caso “Campo Algodonero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI. IJ/UNAM, México, 2011, págs. 515-559.

¹⁰⁷ Respecto de este caso Lagarde destaca que el proceso en la Corte se debió al esfuerzo de familiares de las víctimas y de las organizaciones defensoras de derechos humanos que los han apoyado y, sin lugar a duda, del amplio movimiento local, nacional e internacional por el fin de la impunidad, el acceso a la justicia, el fin del feminicidio y la erradicación de todas las violencias contra las mujeres (2010:8).

2.8. La creación de sistemas especiales de responsabilidad penal adolescente

Este punto será desarrollado con más detalle en el próximo capítulo, sin embargo por ahora nos interesa presentar uno de los aspectos en que ha impactado la CDN, a saber, el área de responsabilidad penal, y sobre el cual también la Corte I.D.H. se ha pronunciado como lo veremos más adelante.

Como ya hemos señalado anteriormente a propósito de la Doctrina de la Situación Irregular, el consolidado modelo tutelar-represivo, descansó en dos ideas hegemónicas: “[...] la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional” (García Méndez, 2001:18). Recordemos que en la mencionada doctrina se concebía al niño y a la niña como “menor”, y como “objeto pasible de intervención y tutela”. Fueron los “empresarios morales” que, impregnados de buenas intenciones, dictaron legislaciones que facultaban a la justicia y a las instancias técnico administrativas a intervenir con el objeto de proteger a estos sujetos “minorizados” en tanto “no sujetos de derecho”, ni siquiera “sujetos de derechos vulnerados” ya que en la práctica, y amparada en la legislación, esta doctrina ha permitido el secuestro institucional de miles de niños/as abandonados-delincuentes (Daroqui, Alcira y Guemureman, Silvia 1999).

Esta doctrina se manifestó con especial fuerza en relación con la denominada “delincuencia juvenil”, término que en este contexto debe utilizarse entre comillas. En efecto, en el marco de una legislación garantista, el término debería significar al autor/a de una conducta definida por la ley como crimen, falta o contravención. En la doctrina de la situación irregular sin embargo, el carácter de delincencial dice relación con los rasgos de la personalidad, o la comisión de actos antisociales. “Acto antisocial que, en el uso de la discrecionalidad que la ley le otorga, finalmente define el juez, esto es, “un acto antisocial sólo posible de ser establecido en la cabeza de quien lo define” (García Méndez, 1998: 187).

Todo ello permitió construir un sistema de justicia altamente represivo, en el que la reeducación y las medidas de seguridad “constituirán los eufemismos que legitimarán, y aún hoy legitiman, en la práctica privaciones de libertad sin proceso, sin garantías, y sobre todo, sin un tiempo definido de duración” (García Méndez, 1998: 78).

Sintetizando, es posible afirmar que las principales características de la doctrina de la situación irregular en esta materia son las siguientes (García Méndez, E., 1998:6-7).

- a) Las legislaciones minoriles presuponen la distinción entre niños/as-adolescentes y menores abandonados-delincuentes. En consecuencia estas leyes son exclusivamente para los y las menores;
- b) El juez asume un rol central con facultades discrecionales;
- c) Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en riesgo;
- d) Arbitrariedad reconocida normativamente en el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal;
- e) Criminalización de la pobreza, al disponer de internaciones por motivos vinculados a la carencia de medios materiales;
- f) Consideración de la infancia como objeto de represión;
- g) Negación de principios básicos de derecho constitucional tales como derecho a defensa, entre otros; y
- h) Construcción de una semántica eufemística, que encubre las consecuencias reales del sistema.

Sin embargo con la aprobación y masiva ratificación de la CDN, se incorpora de manera progresiva la ya señala Doctrina de la Protección Integral.

A diferencia del derecho “minoril” que centraba su atención en el/la menor abandonado/a-delincuente. La CDN considera a toda la infancia adolescencia, y los reconoce como sujetos de derechos.

En este sentido, si el derecho de menores “cumplió un papel (regresivo) fundamental, entre otras cosas por legitimar las excepciones a las garantías que el derecho constitucional ofrece a todos los seres humanos, un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños, las niñas y adolescentes como sujetos activos en el nuevo pacto” (García Méndez, 1998:243)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ El pacto social de la modernidad, se basó en la exclusión social, tema al que Robert Castel alude cuando se refiere a las barreras políticas que se levantaron en el siglo XVIII en la Francia revolucionaria para “no incluir políticamente a los sectores obreros” (1995: 243). “La Asamblea Nacional tres días después de la sanción de la Declaración de los Derechos del Hombre, adoptó la distinción entre ciudadanos activos y pasivos, la cual excluía de la participación en la vida política a dos millones setecientos mil franceses del sexo masculino que no pagaban un impuesto equivalente a tres días de trabajo, es decir, a la mayoría de los asalariados y a más de la tercera parte de los hombres en edad de votar” (Castel, Robert, 1995: 205). Y en nombre del derecho que debía alcanzar a todos, los proletarios debían ser excluidos de hecho en la ciudadanía completa (1995: 206). En este mismo algunos autores indican que el pacto social nació como un “*pactum ad excludendum*”, un pacto entre una minoría de iguales, entre propietarios blancos, adultos y de sexo masculino, que tenía por objeto el de dominar y excluir a los extranjeros, mujeres, niños y desposeídos. Carácter selectivo que ha sido destacado por autores como Pietro Costa (Baratta, Alessandro, 1998:57). Para mayor detalle sobre el vínculo entre infancia y pacto social, véase el excelente trabajo de

A modo de síntesis, los rasgos centrales de la doctrina de la protección integral en esta materia son (García Méndez, E., 1998:13):

- a) Las nuevas legislaciones inspiradas en esta doctrina se proponen como un instrumento para el conjunto del universo infancia y no solamente para aquellos que vivan circunstancias difíciles;
- b) A la función judicial se le devuelve su misión específica de resolver conflictos de naturaleza jurídica;
- c) Es obligatorio la presencia de abogado defensor, y se le otorga una función importante de control y contrapeso al Ministerio Público;
- d) Se distingue entre política criminal responsabilizadora por la comisión de un acto delictivo expresamente contemplado en la legislación y política social, la que debe asumir su responsabilidad a la hora de identificarse situaciones de riesgo social en los niños, las niñas o adolescentes. Éste no es el que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable de la acción u omisión;
- e) Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley;
- f) Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos;
- g) Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional (por dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad constituye una verdadera y formal privación de libertad.

En lo relativo a los y las adolescentes infractores, hay que tener presente como parte fundamental del derecho internacional de derechos humanos la Convención sobre Derechos del Niño (1989), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing (1985), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad (1990) Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de la RIAD (1990) y bajo la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación y del Principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos, las Reglas de las Naciones Unidas para el

Alessandro Baratta titulado "Infancia y Democracia", páginas 31-68, en *Infancia, Ley y Democracia*, García Méndez, E., y Beloff, Mary (1999).

tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes o Reglas de Bangkok (2010). A continuación introduciremos sus principales aspectos normativos.

2.8.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).

Respecto de la CDN, cabe destacar tres preceptos el 12, 37 y 40.

El artículo 12 de la CDN se refiere al derecho a expresar las opiniones propias y a ser escuchado.¹⁰⁹

“Se trata del derecho a ser oído -luego retomado por el art. 40-, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio como defensa material [...] (Beloff, M., 2001:43), sino que interpretado sistemáticamente, como lo ha hecho Alessandro Baratta, el precepto reconstruye “el sistema de los derechos fundamentales.” (1999:52) El autor indica que a la luz de un concepto amplio de libertad, que abarque tanto su uso privado como público, se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho de los niños y las niñas de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos a escucharlo; y el derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. (1999:52-53)¹¹⁰.

Por su parte el artículo 37¹¹¹ regula la privación de libertad y el artículo 40, establece un conjunto de garantías sustantivas y procesales que dan cuenta de una política criminal orientada por principios altamente garantistas.

¹⁰⁹ El artículo 12 de la CDN establece:

“1.Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹¹⁰ Para profundizar sobre esta interpretación véase el artículo de Alessandro Baratta titulado precisamente “Infancia y Democracia”, páginas 31-68 , en *Infancia, Ley y Democracia*, García Méndez, E., y Beloff, M. (1999).

¹¹¹ Art. 37 de la CDN establece que:

“Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrán la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades físicas, sociales, culturales, morales y psicológicas de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ellos se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

En el ámbito sustantivo, se reconoce expresamente el principio de legalidad. En efecto, el artículo 40.2.a) establece que: “Los Estados Partes garantizarán, en particular, a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

Asimismo, se reconoce un principio garantista de culpabilidad (Cillero, Miguel, 2001).¹¹² En efecto, la CDN no sólo fija un límite superior en los 18 años, sino que ordena el establecimiento de una edad bajo la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las normas penales. (artículo 40.3.a) Con ello, implícitamente, acepta la idea de capacidad de culpabilidad de los mayores de esa edad, pero menores de 18 años. (2001:83)

En cuanto a las garantías procesales el mismo precepto contempla las siguientes:

- a) presunción de inocencia (40.2.b.i);
- b) derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos (40.2.b.ii);
- c) derecho a defensa jurídica (40.2.b.ii);
- d) órgano judicial competente, independiente e imparcial (40.2.b.iii);
- e) derecho a que la causa sea dirimida sin demora (40.2.b.iii);
- f) derecho a una audiencia equitativa conforme a la ley (40.2.b.iii);
- g) derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable (40.2.b.iv);
- h) derecho a poder interrogar o a hacer que se interroge a testigos de cargo, y obtener la participación en interrogatorios de testigos de descargos en condiciones de igualdad (40.2.b.iv);
- i) derecho a impugnación de lo obrado (40.2.b.v);
- j) derecho a un intérprete (40.2.b.vi);
- k) derecho a su intimidad en todas las fases del procedimiento (40.2.b.vii);
- l) derecho a medidas alternativas al internamiento (40.4);
- m) principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas, tanto en relación con sus circunstancias como con la infracción (40.4).

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

¹¹² Para mayor detalle véase el artículo de Miguel Cillero “*Nulla Poena sine Culpa*. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes.” (2001: 73-85)

2.8.2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing, aprobada el 29 de noviembre de 1985 por resolución N° 40/33

Estas reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1985 con el fin de servir a los Estados como guías en las políticas nacionales de administración de justicia de menores de 18 años que hayan cometido hechos tipificados como delitos por las respectivas legislaciones penales.

El instrumento señala que sus reglas deben ser adecuadas a las realidades políticas, sociales, culturales, económicas y jurídicas de los Estados. (Regla 1.5)

En el marco de sus orientaciones fundamentales, destacan los principios de mínima intervención y la necesidad de llevar a cabo políticas de prevención.

En efecto la Regla 1.3 dispone:

“Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas correctas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.”

Por otra parte, las Reglas no establecen un modelo rígido de Justicia de Menores, sino que están formuladas de tal manera que puedan ser aplicables a diferentes sistemas jurídicos. (Cruz, María José, 2002:108) De ello dan cuenta por ejemplo, la Regla 2.2 que dispone:

“Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos”,

y la Regla 4.1 según la cual: “En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.”

Y en cuanto al contenido de las Reglas, cabe destacar lo siguiente:

a) el sistema de justicia de menores tendrá como objetivos, el bienestar del menor, y garantizar que las consecuencias jurídicas sean proporcionadas a las circunstancias del delincuente y del delito. (5.1);

- b) se reconoce el derecho de los menores, a que en todas las etapas del proceso se respeten las garantías procesales básicas como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior. (7.1);
- c) se reconoce el derecho del menor a la protección de su intimidad. (8);
- d) se reconoce el derecho a que en cuanto el menor sea detenido debe notificarse de ello a sus padres o tutores. (10.1);
- e) se recomienda la posibilidad de remisión de la causa, sobre todo, en aquellos casos en que el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que así lo hagan. (11);
- f) especialización de la policía (12);
- g) se regula la prisión preventiva, la que se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible (13);
- h) derecho a asistencia jurídica gratuita (15);
- i) amplia gama de posibles consecuencias jurídicas (18);
- j) carácter excepcional de la privación de libertad (19).

2.8.3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/113

El objetivo de estas reglas es establecer normas mínimas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad. (Regla 3) Asimismo, estas reglas se concibieron con el fin de servir como guía y orientación para los profesionales que participan en la administración de justicia. (Regla 5)

De estas reglas destaca:

- a) la definición de privación de libertad, la que según la Regla 11.b es:

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

b) se reafirma en la necesidad de utilizar esta sanción como último recurso, y fomentar la aplicación de medidas sustitutorias (Regla 17);

c) garantiza un listado no taxativo de derechos que gozan los/as menores privados/as de libertad (Regla 18);

d) regula diversos aspectos de la vida que se lleva a cabo en los centros de internamiento, tales como el medio físico, alojamiento, educación, formación profesional, trabajo, actividades recreativas, religión, atención médica, enfermedades, accidentes y defunción (Reglas 19 a 56);

e) fomenta la necesidad de utilizar todos los medios posibles para que los y las menores privados/as de libertad, tengan una comunicación adecuada con el mundo exterior, por ser ello parte de un trato digno y humano, y con el fin de preparar su reinserción en sociedad (Regla 59);

f) se prohíbe el uso de la coerción y fuerza, salvo en casos excepcionales, esto es, cuando se hayan agotado todos los demás medios de control (Reglas 63 a 65);

g) necesidad de fiscalización de estos centros, a través de inspecciones periódicas, realizadas por personas que no pertenezcan al centro (Reglas 72 a 78);

2.8.4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de la RIAD, aprobada el 14 de diciembre de 1990 por resolución N° 45/112.

Estas directrices descansan en la convicción de la importancia de llevar a cabo políticas adecuadas de prevención de la delincuencia juvenil. Así el primer principio de estas directrices, indica que:

“La prevención de la delincuencia es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden desarrollar actitudes no criminógenas.”

En la directriz 9ª se promueve la formulación, en todos los niveles del gobierno, planes de prevención de la delincuencia juvenil.

A partir de la directriz 10ª se promueve la formulación de políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de los niños, niñas y adolescentes, en particular, a través de la familia (directriz 11 a 19), la educación (directriz 20 a 31), la comunidad (directriz 32 a 39) y los medios de comunicación. (directriz 40 a 44)

Se recomienda el desarrollo de políticas sociales adecuadas, tales como las de educación, salud y vivienda. En particular se promueven aquellas preventivas del consumo indebido de alcohol y drogas. (directriz 45 y 47)

Se establece que la posibilidad de recurrir al internamiento en instituciones, deberá utilizarse siempre como último recurso, y bajo los criterios que dispone la directriz. (46)

Fomenta la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e interdisciplinario, de los organismos y servicios económicos, sociales, educativos y de salud con el sistema de justicia, los organismos dedicados a los jóvenes, a la comunidad y al desarrollo y otras instituciones pertinentes. (directriz 60)

2.8.5. Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

Tal como hemos señalado precedentemente, de acuerdo a “las necesidades de protección especial que requieren los niños, niñas y adolescentes, el derecho internacional ha reglado un conjunto de normas vinculadas *ocorpus juris* de protección de los derechos de estas personas” (Nash, Claudio 2013:63).

Y “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana” (Corte IDH, OC -17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 194).

“De este modo para la CIDH este *corpus juris* debe ser integrado también por los instrumentos internacionales que, si bien no tienen carácter vinculante para los Estados, sí permitendotar de contenido a los derechos y principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño” (CIDH, 2011: Párr. 18).

De este modo, y por aplicación del principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos, el principio de especial protección de la infancia y el principio de igualdad y no discriminación entre otros, consideramos que este *corpus juris* también debe reconocer como parte integrante a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como las Reglas de Bangkok, aprobadas por Resolución 65/229 de 21 de diciembre de 2010.

Cabe tener presente las especificidades del encarcelamiento femenino, las condiciones de desigualdad en que se encuentran las mujeres en tales condiciones y los estereotipos de género que sobre ellas operan. Sus necesidades “son diferentes a las de los hombres encarcelados y (...) cuando estas diferentes necesidades no son reconocidas, los dolores de las mujeres en prisión son mayores que las de los reclusos, y en consecuencia, una fuente de grave injusticia” (Carlen, Pat 2012: 148).

En esta oportunidad presentaremos los principales aspectos de las Reglas, los que serán profundizados en los próximos capítulos.

2.8.5.1. Antecedentes

Ente sus antecedentes más destacados, cabe señalar los siguientes:

a) La resolución 58/183, de 22 de diciembre de 2003, en la que invitó a los gobiernos, los órganos internacionales y regionales competentes, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales a prestar mayor atención a la cuestión de las mujeres que se encontraban en prisión, incluidos los hijos de las mujeres que se encontraban

enprisión, con el fin de identificar los problemas fundamentales y los modos de ocuparse de ellos.

b) La resolución 61/143, de 19 de diciembre de 2006, en la que instó a los Estados a que, entre otras cosas, tomaran medidas positivas para hacer frente a las causas estructurales de la violencia contra la mujer y fortalecer las labores de prevención con miras a acabar con las prácticas y normas sociales discriminatorias, inclusive respecto de las mujeres que necesitaban atención especial en la formulación de políticas contra la violencia, como las mujeres recluidas en instituciones o detenidas.

c) La resolución 63/241, de 24 de diciembre de 2008, en la que exhortó a todos los Estados a que tuvieran en cuenta los efectos en los niños y las niñas de la detención y el encarcelamiento de los padres y, en particular, que determinaran y promovieran buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés, los niños y las niñas afectados por la detención y el encarcelamiento de los padres.

d) La Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI (Resolución 55/59, de 4 de diciembre de 2000), en la que los Estados Miembros se comprometieron, entre otras cosas, a formular recomendaciones de política orientadas a la acción, basadas en las necesidades especiales de la mujer en calidad de reclusa o delincuente, y los planes de acción para la aplicación de la Declaración (Resolución 56/261, de 31 de enero de 2002).

A continuación revisaremos las reglas más destacadas de las Reglas, y que consideramos deben ser tenidas en cuenta para dotar de contenido los derechos de las mujeres infractoras en general y de las adolescentes en particular.

2.8.5.2. Principio de No Discriminación como igualdad material.

A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos¹¹³, se deben tener en cuenta las

¹¹³ Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por

necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria (Regla 1).

2.8.5.3. Relación con los hijos y las hijas. Principio del Interés Superior del Niño.

Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños/as a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños
Regla 2.2

2.8.5.4. Lugares de reclusión y tareas de cuidado.

En la medida de lo posible, las reclusas serán enviadas a centros de reclusión cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados (Regla 4)

2.8.5.5. Salud

a) Higiene personal.

Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género (Regla 5 primera parte).

el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Asimismo cabe tener presente que tal como se señala en el párrafo 3° de las Observaciones Preliminares de las Reglas de Bangkok, sus disposiciones no sustituyen en modo alguno las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ni las Reglas de Tokio (1990) y, por ello, seguirán aplicándose a todos los reclusos y delincuentes, sin discriminación, todas las disposiciones pertinentes contenidas en esos dos instrumentos. Mientras que algunas de las presentes reglas aclaran las disposiciones existentes de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas de Tokio en su aplicación a las reclusas y delincuentes, otras abarcan aspectos nuevos.

b) Servicios de atención de salud

b.1 El reconocimiento médico al ingresar comprenderá un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud (Regla 6).

b.2 Procedimiento y medidas a adoptar en caso de abuso sexual u otra forma de violencia sufrida antes de su reclusión o durante ella (Regla 7).

b.3 El derecho de las reclusas a la confidencialidad de su historial médico (Regla 8).

b.4 Si la reclusa está acompañada por un niño o niña, se deberá someter también a éste/a a reconocimiento médico (Regla 9).

c) Atención de salud orientada expresamente a la mujer. Reglas 10 y 11.

A las reclusas se brindarán servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad (Regla 10.1)

d) Atención de salud mental.

d.1 Se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas (Regla 12).

d.2 Se deberá sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de especial angustia para las mujeres, a fin de que pueda reaccionar correctamente ante su situación y prestarles el apoyo correspondiente (Regla 13).

e) Prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH (Regla 14).

Cabe tener presente que tanto factores biológico como culturales inciden en que las mujeres corran un riesgo más elevado de contraer la infección por el VIH y ETS que los hombres (ONUSIDA, 2000) y si a ello sumamos el hecho que las cárceles son entornos de alto riesgo para la transmisión del VIH (UNODC y ONUSIDA, 2009) pues la necesidad de contar con respuestas específicas para este colectivo es imperioso. En esta línea es que las Reglas recomiendan que al preparar respuestas ante el VIH/SIDA en las instituciones penitenciarias, los programas y servicios deberán orientarse a las necesidades propias de las mujeres, incluida la

prevención de la transmisión de madre a hijo. En ese contexto, las autoridades penitenciarias deberán alentar y apoyar la elaboración de iniciativas sobre la prevención, el tratamiento y la atención del VIH, como la educación por homólogos (Regla 14).

f) Programas de tratamiento del uso indebido de drogas.

Los servicios penitenciarios de salud deberán suministrar o facilitar programas de tratamiento especializado del uso indebido de drogas para las mujeres, teniendo en cuenta su posible victimización anterior, las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y las mujeres con niños/as y la diversidad de sus tradiciones culturales (Regla 15).

g) Prevención del suicidio y las lesiones autoinfligidas

La elaboración y aplicación de estrategias, en consulta con los servicios de atención de salud mental y de asistencia social, para prevenir el suicidio y las lesiones autoinfligidas entre las reclusas y la prestación de apoyo adecuado, especializado y centrado en sus necesidades a las mujeres en situación de riesgo deberán formar parte de una política amplia de atención de salud mental en los centros de reclusión para mujeres (Regla 16).

h) Servicios de atención preventiva de salud. Reglas 17 y 18.

2.8.5.6. Violencia de Género

a) En caso de determinarse que la reclusa ha sufrido abuso sexual u otra forma de violencia antes de su reclusión o durante ella, se le informará de su derecho a recurrir ante las autoridades judiciales. Se le informará exhaustivamente de los procedimientos correspondientes y sus etapas. Si la reclusa decide entablar acciones judiciales, se notificará de ello al personal correspondiente y se remitirá de inmediato el caso a la autoridad competente para que lo investigue. Las autoridades penitenciarias ayudarán a la mujer a obtener asistencia jurídica (Regla 7.1).

b) Decida o no la mujer entablar acciones judiciales, las autoridades penitenciarias se esforzarán por brindarle acceso inmediato a apoyo psicológico u orientación especializados (Regla 7.2).

c) Se elaborarán medidas concretas para evitar todo tipo de represalias contra quien prepare los informes correspondientes o entable acciones judiciales (Regla 7.3).

2.8.5.7. Seguridad y vigilancia

a) Registros personales.

En general se adoptarán las medidas para resguardar la dignidad y asegurar el respeto de las reclusas durante los referidos registros (Reglas 19, 20 y 21).

b) Disciplina y sanciones.

No se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia (Regla 22). Asimismo las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños/as (Regla 23).

c) Medios de coerción.

No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior (Regla 24).

d) Abusos, denuncias e inspecciones.

Las reclusas que denuncien abusos recibirán protección, apoyo y orientación inmediatos, y sus denuncias serán investigadas por autoridades competentes e independientes, que respetarán plenamente el principio de la confidencialidad. En toda medida de protección se tendrá presente expresamente el riesgo de represalias (Regla 25.1).

Las reclusas que hayan sufrido abuso sexual, en particular las que hayan quedado embarazadas, recibirán asesoramiento y orientación médicos apropiados, y se les prestará la atención de salud física y mental, así como el apoyo y la asistencia jurídica, necesarios(Regla 25.2).

A fin de vigilar las condiciones de la reclusión y el tratamiento de las reclusas, entre los miembros de las juntas de inspección, de visita o de supervisión o de los órganos fiscalizadores deberán figurar mujeres (Regla 25.1).

2.8.5.8.Contacto con el mundo exterior.

Se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar (Regla 26).

En caso de que se permitan las visitas conyugales, las reclusas tendrán el mismo derecho a ellas que los reclusos de sexo masculino(Regla 27).

Las visitas en que se lleve a niños/as se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos (Regla 28).

2.8.5.9.El personal penitenciario y su capacitación.

La capacitación del personal de los centros de reclusión para mujeres deberá ponerlo en condiciones de atender a las necesidades especiales de las reclusas a efectos de su reinserción social, así como de mantener servicios seguros y propicios para cumplir ese objetivo. Las medidas de creación de capacidad para el personal femenino deberán comprender también la posibilidad de acceso a puestos superiores y de responsabilidad primordial en la elaboración de políticas y estrategias para el tratamiento de las reclusas y su atención(Regla 29).

Se deberán elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, a fin de brindar el máximo de protección a las reclusas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual(Regla 31).

Se capacitará al personal penitenciario para detectar las necesidades de atención de salud mental y el riesgo de lesiones autoinfligidas y suicidio entre las reclusas, así como para prestar asistencia y apoyo y remitir esos casos a especialistas(Regla 35).

Sin perjuicio de lo que veremos al final de este apartado respecto de las menores de edad reclusas, cabe destacar que las Reglas contienen normas aplicables a lo que denomina categorías especiales, para lo que distingue entre reclusas condenadas (Reglas 40 a 55) y reclusas en prisión preventiva o en espera de juicio (Regla 56), respecto de las primeras regula los siguientes aspectos, la clasificación e individualización, el régimen penitenciario, reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel, extranjeras y grupos minoritarios y pueblos indígenas.

A continuación veremos algunos de los principales ámbitos de la mencionada regulación.

2.8.5.10. Respetto de las Reclusas Condenadas

a) Clasificación e individualización

Cabe destacar que conforme a la Regla 41 para efectuar una evaluación de riesgos y una clasificación de las reclusas en que se tengan presentes las cuestiones de género, se deberá entre otras cosas:

a.1) Tener en cuenta que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento en las reclusas;

a.2) Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente información fundamental sobre sus antecedentes,

como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, así como sus responsabilidades maternas y de otra índole relativas al cuidado de los niños/as;

a.3) Velar por que se albergue a las reclusas que requieran atención de salud mental en recintos no restrictivos y cuyo régimen de seguridad sea lo menos estricto posible, así como por que reciban tratamiento adecuado en lugar de asignarlas a centros cuyas normas de seguridad sean más rigurosas por la exclusiva razón de tener problemas de salud mental.

b) Régimen penitenciario.

De acuerdo a la Regla 42, se procurará establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos (número 3) y establecer servicios apropiados para las reclusas con necesidades de apoyo psicológico, especialmente para las que hayan sido víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual (número 4).

c) Relaciones sociales y asistencia posterior al encarcelamiento

Visitas: las Reglas señalan que las autoridades penitenciarias alentarán y, de ser posible, facilitarán las visitas a las reclusas, como condición previa importante para asegurar su bienestar psicológico y su reinserción social (Regla 43). Asimismo respetando la autonomía de la mujer, señala que teniendo presente que el número de reclusas que han sido víctimas de violencia en el hogar es desproporcionado, se las consultará debidamente respecto de las personas, incluidos sus familiares, a las que se permita visitarlas (Regla 44).

d) Reclusas embarazadas, lactantes y con hijos/as en la cárcel.

d.1. Salud y alimentación: tanto las reclusas embarazadas como los/as lactantes recibirán

asesoramiento sobre su salud y se les suministrará gratuitamente a las embarazadas, bebés, niños/as y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales (Regla 48).

d.2. Permanencia de los niños/as con sus madres en la cárcel: toda decisión de permitir que los/as niños/as permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños y las niñas que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos (Regla 49).

d.3. Separar al hijo/a de su madre: las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo/a de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. Asimismo toda decisión de retirar al niño/a de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.

En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.

e) Extranjeras.

Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos/as en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello (Regla 53).

Asimismo en la medida de lo posible los Estados procurarán ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹¹⁴ y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños/as, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional a fin de aplicar plenamente sus disposiciones para brindar la máxima protección a las víctimas de la trata y evitar la victimización secundaria de muchas extranjeras.

f) Grupos Minoritarios y pueblos indígenas

Con el fin de reconocer las particulares necesidades de grupos minoritarios y pueblos indígenas las Reglas establecen que las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes (Regla 54).

2.8.5.11.Reclusas en prisión preventiva o en espera de juicio

Las autoridades pertinentes reconocerán el riesgo especial de maltrato que afrontan las mujeres en prisión preventiva, y adoptarán las medidas adecuadas, de carácter normativo y práctico, para garantizar su seguridad en esa situación (Regla 56).

Asimismo, las Reglas insisten en la necesidad de hacer prevalecer las medidas no privativas de libertad, por ello la Regla 58 en su segunda parte señala que: “Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alterativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y condena”.

2.8.5.12.Medidas no privativas de libertad

¹¹⁴ Aprobada por resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000

Como se ha señalado precedentemente, las Reglas de Bangkok son complementarias de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, también conocidas como las Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Por ello es que éstas servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. De este modo, y en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas (Regla 57).

En general, se utilizarán medios de protección que no supongan privación de la libertad, como albergues administrados por órganos independientes, organizaciones no gubernamentales u otros servicios comunitarios, para brindar protección a las mujeres que la requieran (Regla 59 primera parte).

Asimismo, se aplicarán medidas temporales de privación de la libertad¹¹⁵ para proteger a una mujer únicamente cuando sea necesario y lo haya solicitado expresamente la interesada, y en todos los casos bajo la supervisión de las autoridades judiciales u otras autoridades competentes. Se dejarán de aplicar esas medidas de protección si se opone a ellas la interesada (Regla 59 segunda parte).

Por otra parte, al momento de determinar la condena los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular (Regla 61).

Respecto de las mujeres embarazadas y mujeres con niños/as a cargo, siempre que sea posible y apropiado, se preferirá imponer sentencias no privativas de libertad, y se considerará imponer sentencias privativas de libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño y asegurando, al

¹¹⁵En relación con esta disposición, y de manera particular respecto los/as adolescentes privados/as de libertad tener presente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad que define en su Regla 11.b define privación de libertad como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de los niños y las niñas (Regla 64).

2.8.5.13. Investigación, planificación, evaluación y sensibilización pública

a) Investigación, planificación y evaluación.

A fin de visibilizar la situación de las mujeres privadas de libertad y relevar sus necesidades particulares, es indispensable organizar y promover investigaciones exhaustivas y orientadas en particular a los resultados sobre los delitos cometidos por mujeres, las razones que las llevan a entrar en conflicto con el sistema de justicia penal, la repercusión de la criminalización secundaria y el encarcelamiento en las mujeres, las características de las delincuentes, así como programas orientados a reducir la reincidencia de las mujeres, como base para la planificación eficaz, la elaboración de programas y la formulación de políticas destinadas a satisfacer las necesidades de reinserción social de las delincuentes (Regla 67).

Asimismo es importante dar cuenta de la realidad de los/as niños/as afectados por aquellas situaciones en que sus madres entran en conflicto con el sistema de justicia penal. Por ello las Reglas promueven la realización de investigaciones cuantitativas y cualitativas, que releven, entre otros, los efectos que tienen en ellos/as el encarcelamiento de sus madres. Ello contribuirá en la formulación de políticas y la elaboración de programas, teniendo en cuenta el interés superior del niño (Regla 68)

Por último, a fin de reducir la estigmatización y las repercusiones negativas que los/as niños/as sufran por los conflictos de las mujeres con el sistema de justicia penal, se procurará examinar, evaluar y dar a conocer periódicamente las tendencias, los problemas y los factores relacionados con la conducta delictiva de las mujeres y la eficacia con que se atiende a las necesidades de reinserción social de las delincuentes y sus hijos (Regla 69).

b) Sensibilización pública, intercambio de información y capacitación

Se ha determinado que para llevar a cabo cualquier cambio en prisión es conveniente obtener el apoyo de la comunidad (Carlen, Pat 2012:155), por ello son del todo pertinentes y

relevantes las estrategias que promueven las Reglas.

Entre ellas destacan las siguientes:

b.1. Informar a los medios de comunicación y al público sobre las razones por las que las mujeres pueden verse en conflicto con el sistema de justicia penal y sobre las maneras más eficaces de reaccionar ante ello, a fin de posibilitar la reinserción social de las mujeres, teniendo presentes el interés superior de sus hijos/as (Regla 70 número 1).

b.2. Publicación y difusión de investigaciones y ejemplos de buenas prácticas, las que formarán parte integrante de políticas orientadas a mejorar los resultados y la equidad de las medidas de justicia penal relativas a las delincuentes y sus hijos/as (Regla 70 número 2).

Por otra parte, a fin de asegurar un adecuado intercambio, los medios de información, el público y los profesionales que se ocupen de cuestiones relativas a las reclusas y las infractoras de ley, recibirán periódicamente información concreta sobre las cuestiones abarcadas en las presentes reglas y su aplicación (Regla 70 número 3).

2.8.5.14. Reclusas menores de edad

Cabe señalar que las Reglas de Bangkok contemplan normas especiales para el tratamiento de las adolescentes reclusas e infractoras que comprenden diversos aspectos. A saber:

a) Las autoridades penitenciarias adoptarán medidas para satisfacer las necesidades de protección de las reclusas menores de edad (Regla 36).

b) Las reclusas menores de edad tendrán el mismo acceso a la educación y la formación profesional que los reclusos menores de edad (Regla 37).

c) Las reclusas menores de edad tendrán acceso a programas y servicios correspondientes a su edad y su género, como los de orientación sobre los problemas de abuso o violencia sexual. Recibirán educación sobre la atención de salud para la mujer y tendrán el mismo acceso permanente a servicios de ginecología que las reclusas adultas (Regla 38).

d) Las reclusas menores de edad embarazadas recibirán apoyo y atención médica

equivalente a la que se presta a las reclusas adultas. Su estado de salud estará sujeto a la vigilancia de un especialista médico, teniendo en cuenta que por su edad pueden hallarse en mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo (Regla 39)

e) Se hace particular hincapié en las medidas no privativas de libertad. En efecto las Reglas señalan que se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los/as niños/as en conflicto con la ley. Y al adoptar decisiones a su respecto se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a su género.

Sin perjuicio de la normativa general y particular contenida en las Reglas de Bangkok y que son aplicables a las adolescentes reclusas e infractoras de ley, cabe tener muy presente que las mismas Reglas imponen la necesidad de elaborar por separado estrategias y políticas que se ajusten a las normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal¹¹⁶, para el tratamiento y la rehabilitación de las menores reclusas, y se debe evitar en la medida de lo posible internarlas en instituciones (Párrafo 16).

Entendemos que en este mismo espíritu el sistema de Naciones Unidas debería elaborar unas reglas específicas para menores de edad infractoras de ley, atendida la conjunción de principios que toman cuerpo en este caso, a saber, el principio del interés superior del niño, el de especial protección de los niños y niñas y el principio de igualdad y no discriminación, entre otros. Así también lo exigiría la relación de complementariedad y apoyo mutuo entre la CEDAW y la CDN, tal como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño (8º periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, doc. CRC/C/38, párrafos 282 y 299.b)

¹¹⁶Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social, del 21 de julio de 1997.

Cabe recordar que, al interior del sistema penal, las menores de edad se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, esto es, son discriminadas por ser mujeres y menores de edad. De tal modo, las especificidades de su experiencia en el sistema de justicia juvenil en general y en el penitenciario en particular requieren de un tratamiento diferenciado. Ya lo veremos con más detenimiento en el próximo capítulo, pero a modo de ejemplo el último informe elaborado por la CIDH sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas señala que: “las niñas en las Américas son frecuentes víctimas de discriminación por parte de los sistemas de justicia juvenil en razón de su género. Así, las niñas son a menudo privadas de su libertad por haber cometido actos que no constituyen delitos si son cometidos por mayores de edad, o por los cuales los niños, a diferencia de ellas, a menudo no son sancionados, como por ejemplo consumir alcohol y cigarrillo, fugarse de su casa o mantener relaciones sexuales, debido a estereotipos de género asociados a una concepción de subordinación de las mujeres respecto a los hombres. Adicionalmente, debido al número relativamente pequeño de niñas infractoras en los sistemas de justicia juvenil de la región, las instalaciones disponibles para ellas a menudo no existen o se encuentran en condiciones muy deficientes en comparación con las instalaciones destinadas a niños y niñas (...) También es común que no se atiendan las necesidades particulares de las niñas, como por ejemplo la necesidad de servicios de salud reproductiva” (2011:Párr. 120).

Asimismo, en coherencia con el corpus juris internacional de derechos humanos de la infancia adolescencia – incluidas las Reglas de Bangkok- los Estados parte de la CDN deberían desarrollar de modo exhaustivo normas específicas para las adolescentes infractores de ley y vigilar su adecuada implementación.

3. Los principales obstáculos a una adecuada implementación de la CDN en el contexto latinoamericano: derechos económicos, sociales y culturales y la desigualdad en América Latina.

3.1. Introducción.

Uno de los principales problemas que afecta a los derechos de los niños y las niñas en la región, por no decir que el más importante, tiene que ver con el “incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia, así como la desigualdad imperante” (REDLAMYC, 2009: 61). En concreto, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, las mayores deficiencias detectadas son, “entre otros, la pobreza, la indigencia y la desigualdad, la desnutrición, las enfermedades y muertes por causas prevenibles, los problemas de acceso y calidad en la salud y en la educación, todo lo cual se torna más grave cuando se suma a la discriminación y exclusión por razones de pobreza, por pertenencia generacional (ser menores de 18 años), por cuestiones de género (ser niñas), por tener alguna discapacidad, por provenir del área rural, así como por motivos de clase social, pertenencia racial y étnica (afro latinoamericanos, indígenas, etc.)” (REDLAMYC, 2009:62).

Y respecto de la desigualdad en el ingreso, a pesar de los recientes avances, “uno de los grandes desafíos que continúa enfrentando América Latina es la reducción de los elevados niveles de desigualdad en la distribución del ingreso prevalecientes en la región. En la mayoría de los países se observa que un conjunto reducido de la población acumula una gran proporción de todos los ingresos generados, mientras que los más pobres sólo alcanzan a recibir una escasa porción. El promedio simple de los valores de los 18 países de los que se cuenta con información relativamente reciente indica que el 10% más rico de la población recibe el 32% de los ingresos totales, mientras que el 40% más pobre recibe el 15%” (CEPAL, 2012:20). Y los niños, niñas y adolescentes son uno de los grupos más afectados por la pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso. En este sentido CEPAL y UNICEF han señalado que: “la preocupación particular por los niños, niñas y adolescentes obedece a diversas razones. Entre ellas destaca su sobrerrepresentación en la población pobre (...) su mayor dependencia y, por ende, la falta de autonomía de las familias y de las instituciones y la mayor vulnerabilidad que presentan ante las consecuencias de la pobreza y la desigualdad en sus variadas dimensiones. Además, la niñez regional también se ve fuertemente afectada por desigualdades cruzadas, determinadas por los grupos de edad, la ubicación territorial, el sistema sexo-género y la pertenencia a ciertos estratos socioeconómicos y grupos étnicos, entre otros factores que se combinan impidiendo el ejercicio de sus derechos económicos y sociales e incluso reforzando y reproduciendo situaciones de inequidad” (2010: 20)

Si a lo anterior sumamos la feminización de la pobreza, observamos con preocupación que la situación de las niñas es extremadamente vulnerable. A nivel mundial “las mujeres y las niñas representan seis de cada 10 de las personas más pobres” (UNDP, 2011) y en el contexto latinoamericano, de acuerdo a un reciente informe de CEPAL (2012) las mujeres registran la mayor brecha en el nivel de ingresos.

En efecto, “el índice de feminidad de la pobreza para las personas entre 20 y 59 años de edad indica que en todos los países de la región la tasa de pobreza de las mujeres es más alta que la de los hombres. Aun cuando este índice, construido como el cociente entre las tasas de pobreza de las mujeres y los hombres multiplicado por 100, no captura completamente las disparidades de género, ilustra claramente el vínculo que existe en la región entre ser pobre y ser mujer. Los países con valores más altos del índice de feminidad son la Argentina, Chile, la República Dominicana y el Uruguay. En todos ellos, la tasa de pobreza de las mujeres de 20 a 59 años excede en un 30% o más la de los hombres de edad similar” (CEPAL, 2012: 68).

3.2. Panorama general en América Latina

3.2.1. Caracterización Socio - Demográfica de Latinoamericano.

América Latina y El Caribe¹¹⁷ es una región en estado de desarrollo intermedio con aproximadamente 546.657 millones de habitantes según estadísticas proporcionadas por la CEPAL. Este crecimiento intermedio se ha producido, debido a sus altas tasas de crecimiento poblacional¹¹⁸, ya que en la región las tasas de mortalidad han tendido a disminuir, pero de una forma mucho más paulatina que las tasas de fecundidad; siendo estas últimas tasas bastante más altas.

¹¹⁷ Cuando nos referimos a América Latina y El Caribe, se comprenden según UNICEF y CEPAL los siguientes países: Antigua y Barbuda; Argentina; Bahamas; Barbados; Belice; Bolivia; Brasil; Chile; Colombia; Costa Rica; Cuba; Dominica; Ecuador; El Salvador; Granada; Guatemala; Guyana; Haití; Honduras; Jamaica; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; Saint Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Suriname; Trinidad y Tobago; Uruguay; Venezuela. Sin embargo en ciertas estadísticas que aluden a América Latina y El Caribe no se contemplan todos los países, por falta de información.

¹¹⁸ Como resultado del desfase entre el comienzo del descenso de la mortalidad y el de la fecundidad (Chackiel, Juan 2004 y González, Daniela y Villa, Miguel 2004)

En la región existe un total de 195.081 millones de menores de 18 años según datos proporcionados por la UNICEF (2013), de estos 52.898 millones son menores de 5 años. El número de población infantil es bastante alto, por lo que convierte a este grupo poblacional en uno de los más prioritarios al momento de diseñar y ejecutar políticas sociales a nivel estatal.

A nivel macroeconómico las estadísticas de Latinoamérica denotan un avance importante en el estadio de desarrollo de la región, puesto que los estados latinoamericanos han tendido a reducir indicadores demográficos que inciden en la situación de vulnerabilidad social de niños, niñas y adolescentes. Dentro de los indicadores que se han reducido a nivel macroeconómico en la región se encuentran los relacionados con las tasas de educación, salud y pobreza. Sin embargo, aún es insuficiente, como hemos señalado previamente, las diferencias estructurales de la situación de vulnerabilidad social que afecta a los niños, niñas y adolescentes de la región queda en evidencia cuando se analizan a nivel micro las estadísticas sociales de los distintos países

Por su particular relevancia e impacto en el estado de la infancia, revisaremos de manera general la incidencia de la pobreza, educación y salud en la infancia, incorporando la perspectiva de género.

3.2.2 Pobreza

Latinoamérica es una región en proceso de desarrollo social y económico; desarrollo económico que se viene incrementando desde principios del año 2000.

La situación actual de la región a nivel de estadísticas macroeconómicas es satisfactoria, puesto que, “si bien los efectos de la crisis económica empezaron a manifestarse en América Latina hacia fines de 2008, ese año representó el sexto consecutivo de crecimiento para América Latina y el Caribe, con un incremento del PIB del 4,1%, equivalente a una expansión de un 3,0% del producto por habitante” (CEPAL, 2009:51).

En el año “2008 la incidencia de la pobreza llegó a un 33,0% de la población de la región, incluido un 12,9% que vivía en condiciones de pobreza extrema o indigencia. Estas cifras

corresponden a 180 millones de personas pobres y 71 millones de indigentes, respectivamente” (CEPAL, 2009:51) (Ver Tabla 1)¹¹⁹.

Respecto la pobreza, se debe mencionar que la tasa de indigencia creció 0,3 puntos porcentuales, luego de haber disminuido a un ritmo de 1,4 puntos por año. Dicho deterioro en materia de indigencia se originó principalmente en la ya mencionada alza en los precios de los alimentos, que implicó un encarecimiento acelerado de la canasta básica de alimentos; y en el caso de la pobreza esta tendió a disminuir a una velocidad mucho mas baja que en años anteriores, siendo “la disminución de la tasa de pobreza en 2008, de 1,1 puntos porcentuales, es notablemente inferior a la reducción anual de la pobreza que se produjo entre 2002 y 2007 (CEPAL, 2009:52)

Tabla 1

¹¹⁹Cabe tener presente que los datos proporcionados por el Informe de la CEPAL, han sido obtenidos a través del Enfoque de Medición de la Pobreza Absoluta. Este enfoque estima que una persona es pobre cuando el ingreso por habitante de su hogar es inferior al valor de la “línea de Pobreza” o monto mínimo necesario que le permitiría satisfacer sus necesidades esenciales. En el caso de la indigencia, la línea utilizada refleja únicamente el costo de satisfacer las necesidades de alimentación. El valor de la Línea de la Pobreza es determinado por el valor de la canasta alimenticia de cada país. Las líneas de pobreza, expresadas en la moneda de cada país, se determinan a partir del valor de una canasta de bienes y servicios, empleando el método del costo de las necesidades básicas. Cada país establece el valor de su canasta básica, cuyo contenido calórico y proteico permite satisfacer un nivel mínimo de requerimientos nutricionales y que además refleja los hábitos de consumo prevalecientes (CEPAL, 200). En el caso de Chile es determinado por el valor que tienen un conjunto de alimentos considerados como prioritarios en el Índice de Precios al Consumidor (IPC). A noviembre de 2013 este valor asciende a \$ 40.588, es decir, a aproximadamente 80 dólares. De este modo en Chile se considera que un hogar se encuentra bajo la línea de la pobreza si su ingreso por persona es inferior a 2 canastas básicas si reside en la zona urbana y a 1,75 canastas básicas si reside en la zona rural. Por su parte, se considera que un hogar está en situación de pobreza extrema si su ingreso por persona es inferior a una canasta básica (Ministerio de Desarrollo Social, 2013).

AMÉRICA LATINA: INCIDENCIA DE LA POBREZA Y LA INDIGENCIA, 1980-2008 ^a
(En porcentajes)

	Pobres ^b			Indigentes ^c		
	Total	Urbana	Rural	Total	Urbana	Rural
1980	40,5	29,8	59,9	18,6	10,6	32,7
1990	48,3	41,4	65,4	22,5	15,3	40,4
1997	43,5	36,5	63,0	19,0	12,3	37,6
1999	43,8	37,1	63,7	18,5	11,9	38,3
2002	44,0	38,4	61,8	19,4	13,5	37,9
2006	36,3	31,0	54,0	13,3	8,5	29,2
2007	34,1	28,9	52,1	12,6	8,1	28,1
2008	33,0	27,6	52,2	12,9	8,3	29,5

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.

^a Estimación correspondiente a 18 países de la región más Híati.

^b Porcentaje de personas con ingresos inferiores a la línea de pobreza. Incluye a las personas que se encuentran en situación de indigencia.

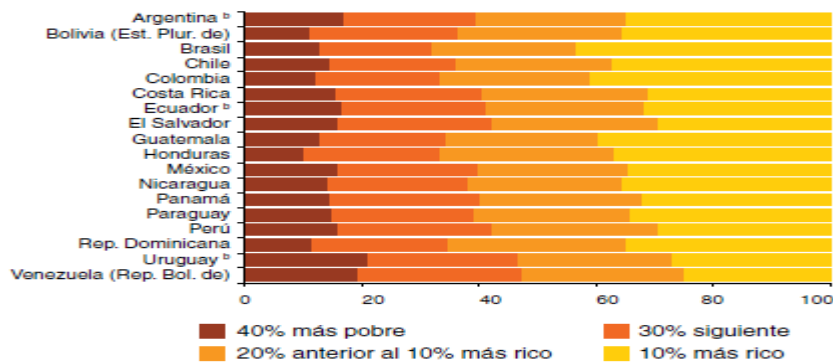
^c Porcentaje de personas con ingresos inferiores a la línea de indigencia.

Con respecto a la desigualdad¹²⁰ de ingresos en Latinoamérica (Ver Gráfico 1) se puede evidenciar que durante el 2008 “el primer grupo, integrado por el 40% de hogares con menores recursos, capta en promedio un 15% del ingreso total, es decir menos de la mitad de su participación en la población”. Siendo el “el grupo compuesto por los deciles quinto, sexto y séptimo (que en el gráfico corresponde al “30% siguiente”) tiene una participación en el ingreso inferior a su tamaño en todos los países. Esa participación promedia un 24%, y puede alcanzar valores de entre el 19% y el 28%. Por su parte, los deciles octavo y noveno reciben en todos los países un ingreso superior al que les corresponde según su tamaño. En promedio captan un 27% de los ingresos totales, porcentaje que varía entre un 25% y un 30% en los distintos países. Por su parte, el 10% más rico de los hogares concentra en promedio el 34% de los ingresos totales”.

¹²⁰La Desigualdad Económica se entiende como una de las formas para caracterizar la desigualdad distributiva es la participación de distintos grupos de hogares en los ingresos totales. Una clasificación conveniente consiste en utilizar cuatro grupos, del 40%, el 30%, el 20% y el 10%, respectivamente, de los hogares de cada país, ordenados de manera ascendente según su ingreso per cápita (CEPAL, 2009)

Gráfico 1

AMÉRICA LATINA (18 PAÍSES): ESTRUCTURA DE LA DISTRIBUCIÓN DEL INGRESO POR DECILES, ALREDEDOR DE 2008 ^a
(En porcentajes)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.

^a El año de la encuesta más reciente disponible en cada país varía entre 2004 y 2008.
^b Área urbana.

Entre 2007 y 2008, 7 de 10 países exhibieron una tendencia a la reducción de las disparidades entre los grupos extremos de la distribución del ingreso. El cociente entre los ingresos captados por el quintil más rico y el quintil más pobre disminuyó más de dos puntos en el Ecuador (área urbana) y el Perú, mientras que en Costa Rica, el Paraguay, la República Bolivariana de Venezuela, la República Dominicana y el Uruguay lo hizo por lo menos 0,5 puntos. México fue el único país que presentó una clara tendencia al deterioro distributivo, con un aumento de 1,2 puntos en la brecha entre quintiles, en este caso con respecto a 2006. Por último, el Brasil y Panamá no mostraron cambios significativos en el indicador” (CEPAL, 2009: 58-59)

Al comparar las cifras más recientes disponibles con las correspondientes a 2002 se reafirma la tendencia observada hacia una mejor distribución del ingreso. El índice de Gini¹²¹, uno de los indicadores más utilizados para medir la desigualdad, se redujo en promedio un 5% en el período mencionado. El indicador presentó caídas importantes en varios países, entre los que se destacan la República Bolivariana de Venezuela (-18%), la Argentina (-10%), el Perú (-9%), el Estado Plurinacional de Bolivia, Nicaragua, Panamá y el Paraguay (-8% en todos ellos). Los únicos países que presentaron incrementos en la concentración del ingreso en este período son Colombia, Guatemala y la República Dominicana” (CEPAL, 2009:51).

3.2.3.Educación.

En términos educacionales Latinoamérica es una región que ha mejorado considerablemente los índices macroeconómicos.

La cobertura educacional en la región casi alcanza el 100%. Específicamente entre los niños/as y jóvenes en edad de cursar la baja secundaria (12-14 años), la asistencia escolar se elevó entre 1990 y el 2005 del 84% al 94% y en la población de entre 15 y 18 años el aumento fue de más de 15 puntos porcentuales llegando al 76%. El punto de mayor rezago está en el nivel preescolar donde el crecimiento ha sido moderado, a pesar de su reconocida importancia para estimular el proceso de aprendizaje durante el resto de la vida” (García Huidobro, Juan 2009:6). Sin embargo, a pesar de la gran amplitud que ha tenido en la región la expansión del servicio educativo y el evidente aumento de la cobertura educativa que últimamente ha incluido a vastos sectores pobres, ello se ha dado manteniendo la desigualdad (García Huidobro, Juan 2009:4). (Ver Tabla 2).

En este sentido cabe tener presente que la desigualdad social se transmite a través de diversos procesos educativos tales como el acceso diferencial a distintos niveles educativos para los pobres y los no pobres, el tratamiento diferencial en las escuelas, que da más ventajas a los estudiantes que proceden de hogares de mayores ingresos, la segregación social que ocurre en las escuelas, por la cual la mayor parte de los estudiantes aprende en la escuela a convivir y a

¹²¹Indicador de desigualdad construido a partir de la Curva de Lorenz. El mayor nivel de desigualdad corresponde a G=1 y el menor indicador de desigualdad corresponde a G=0.

relacionarse sólo con personas de un nivel sociocultural semejante al suyo, los esfuerzos privados que realizan los padres para apoyar la educación de sus hijos (Reimers, Fernando 2000:24)¹²² y las inequidades de género que también se reproducen en el espacio escolar con prácticas discriminatorias respecto de las niñas (Subirats, Marina y Brullet, Cristina 1988; Bokova, Irina, 2010).

Tabla 2: Tasa de Escolarización por grupo de edad según inserción laboral de América Latina (15 países), 2005

Grupos de edad	Inserción laboral del hogar						TOTAL
	Sector formal alto	Sector formal medio	Sector formal bajo	Sector informal estable	Sector informal marginal	Area rural	
5 años	87,2	82,6	79,2	79,8	67,1	58,7	74,5
6 a 11 años	97,8	96,6	94,7	94,9	91,6	89,5	93,8
12 a 14 años	96,6	94,3	92,0	92,1	88,7	82,9	90,2
15 a 18 años	82,5	71,9	69,0	66,2	63,3	50,2	65,6
Total	92,3	88,3	85,8	85,0	81,2	75,8	83,9

Fuente: SITEAL (2007)

En la misma línea al revisar las diferencias existentes en cuanto a la asistencia a establecimientos educativos de niños/as entre 6 y 14 años entre diferentes países de América Latina, según su situación económica, en la casi totalidad de los casos más bajo es el nivel de asistencia al sistema educativo mientras más precaria es la situación económica (REDALMYC, 2009:84).

A continuación se presentan estadísticas comparadas sobre variables relevantes¹²³ en educación entre América Latina y el Caribe y el resto del mundo que confirman el avance en la cobertura de las políticas de educación. (Ver Tabla 3)

¹²²Para mayor detalle de los procesos educativos a que refiere Reimers, véase su texto “Educación, desigualdad y opciones de política en América Latina en el siglo XXI”. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Revista Ibero Americana. Número 23. Monográfico: ¿Equidad en la Educación? (2000).

¹²³ TBE (tasa bruta de escolarización), TNE (tasas netas de escolarización)

Tabla 3: Parámetros educativos comparados

	TBE preescolar	TNE primaria	Tasa alfabetización adultos (15 +)	Tasa alfabetización jóvenes (15-24)	Expectativas escolarización (años)	Tasa sobrevivencia 5 ^o grado	Niños fuera escuela (N)
Mundo	48,6	84,0	81,7	87,6	10,3		103.466.000
Países desarrollados	81,9	95,6	99,6	99,7	15,9	(98,0)	1.418.600
Países en desarrollo	35	82,5	76,4	85,2	9,5	83,3	99.056.700
América Latina y Caribe	67,3	95,7	89,2	95,5	13,0	88,5	2.468.400

Fuente: EFA Global Monitoring Report 2005

Sin embargo a pesar de los avances, a nivel regional el mayor problema sigue siendo la calidad de la educación y las formas de exclusión, discriminación y fracaso escolar. Sólo el 83% de los niños y niñas alcanza el quinto grado. La tasa de matriculación preescolar (51%) y secundario (71% niños/ 76% niñas) aún es insuficiente (http://www.unicef.org/lac/overview_4167.htm)

Desde una perspectiva de género, el hecho de ser una niña continúa siendo un poderoso motivo de exclusión. A nivel mundial, “si bien en los últimos diez años el avance hacia la paridad entre los géneros ha sido particularmente rápido, actualmente la probabilidad de ser excluido de la educación primaria es más alta para las niñas que para los niños, hecho que constituye una flagrante negación de sus derechos a una educación. En ciertas regiones del mundo, cuando las niñas alcanzan la vulnerable edad de la adolescencia su participación en el nivel de educación secundaria disminuye drásticamente como resultado de exigencias sociales y de entornos de aprendizaje poco seguros. Según las estadísticas acopiadas por el Compendio, en los niveles de educación primaria y secundaria, un 60% de los países aún no ha logrado la paridad entre los géneros, objetivo que durante el Foro Mundial de Educación y la Cumbre del Milenio celebradas a comienzos del siglo se había previsto cumplir en el año 2005. En los últimos veinte

años, la proporción de mujeres analfabetas se ha mantenido inalterada. En el año 2008, las mujeres todavía representaban dos tercios de los 759 millones de analfabetos del mundo” (Bokova, Irina 2010:3-4).

En el contexto latinoamericano, la situación se vislumbra de manera más positiva. En efecto, las niñas asisten a la escuela primaria más que nunca. En gran parte de la región, el acceso a la educación primaria de niñas es prácticamente universal, y niñas y niños asisten a la escuela primaria por igual. De hecho, hay más niñas que niños que asisten y terminan la educación secundaria y terciaria en la mayoría de los países.

Tabla 4: Inscripciones educación secundaria

	1999		2008		2010	
	Niños	Niñas	Niños	Niñas	Niños	Niñas
Inscripciones netas, secundaria	63%	67%	71%	76%	71%	76%
Años previstos de escolaridad	12,3	12,6	13,3	13,9	13,2	14,0

Fuente: Unicef 2013

Sin embargo, aún queda mucho por hacer para asegurar que cada niño y niña adolescente en la región disfrute de su derecho a la educación. Algunas niñas aún enfrentan desafíos que dificultan su permanencia en el sistema escolar, sobre todo aquellas que pertenecen a pueblos indígenas o afro descendientes o quienes viven en áreas rurales remotas o en zonas urbanas de bajos recursos. Asimismo, aunque en general hay más niñas matriculadas en la escuela secundaria, en ciertos países aún es mayor la tasa de matriculación de niños¹²⁴. Y aún cuando las niñas en la región tienen mejores niveles de educación (ver tabla 5), esto no se traduce en una mejor situación futura profesional o económica. Por ejemplo, la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es un 12% menor que la de los hombres (Unicef, 2013). Otro aspecto gravemente preocupante es la diferencia que hay entre el salario que perciben los hombres y el que perciben las mujeres por el mismo tipo de trabajo. Desde el punto de vista económico, la

¹²⁴ Como Granada y Guatemala (UNICEF, 2013)

falta de una educación perjudica más a las mujeres que a los hombres. En toda la región, los ingresos de las mujeres que no han terminado sus estudios habrían sido un 44% más elevados si hubieran podido terminar los cuatro años de estudios suplementarios necesarios para terminar la enseñanza primaria la enseñanza primaria, mientras que los ingresos de los hombres en la misma situación habrían aumentado un 36% si hubieran podido terminar esos mismos años (UNICEF, 2006: 45).

Asimismo se debe tener presente los contextos de violencias en que viven y se socializan las niñas y mujeres.

“Como en el resto del mundo, las niñas y las mujeres suelen ser víctimas de la violencia por el mero hecho de ser mujeres. En Guatemala y en México, por ejemplo, se han producido horribles asesinatos de mujeres. Desde 1993, en Ciudad Juárez y Chihuahua, México, se han encontrado en el campo o al borde de las carreteras los cuerpos maltratados de cerca de 400 mujeres que habían desaparecido. Alrededor de 70 mujeres siguen desaparecidas. Y en Guatemala, 1.600 mujeres han sido asesinadas desde 2001. Solamente en 2004, más de 40 mujeres han sido asesinadas todos los meses. En un estudio realizado en Nicaragua, un 21% de las mujeres habían denunciado haber sido víctimas de agresiones sexuales. El hogar parece ser especialmente peligroso para las mujeres. Un estudio realizado en São Paulo, Brasil, ha permitido constatar que un 13% de los fallecimientos de mujeres en edad de reproducción eran homicidios, y un 60% habían sido asesinadas por su compañero. Las investigaciones en Perú descubrieron que un 90% de las niñas de 12 a 16 años que daban a luz habían quedado embarazadas después de una violación, a menudo de carácter incestuoso. Está claro que la educación no garantiza la seguridad de la mujer” (UNICEF, 2006: 45).

Lo anterior se vincula con culturas patriarcales fuertemente arraigadas en nuestra región, un buen ejemplo de ello es un reciente estudio encargado por el gobierno brasileño en el que casi el 70% de los encuestados está de acuerdo con la afirmación de que si la mujer es agredida y sigue con el compañero es porque le gusta que le peguen y el 26% dice estar de acuerdo con la afirmación de que las mujeres que usan poca ropa merecen ser agredidas (IPEA, 2014).

Por otra parte en el contexto latinoamericano “la disparidad entre los géneros en favor de las niñas se deriva igualmente del sistema escolar y de la socialización. Los métodos pedagógicos y los planes de estudio tradicionales suelen reforzar los estereotipos de género y mantener el

status quo. La socialización de las niñas tiende a transformarlas en personas pasivas y dóciles, y las escuelas refuerzan este papel. En muchos casos, normas escolares como la memorización y la obediencia concuerdan con el comportamiento que se espera de las mujeres, reforzando los estereotipos y recompensando el comportamiento de las niñas. Las escuelas, sobre todo en las clases superiores, pueden llegar a ser un dominio de las niñas, y no de los niños” (UNICEF, 2006: 46).

Tabla 5

	1990	2011
Educación primaria	.99 (cada 100 varones, hay 99 niñas)	.97 (cada 100 varones, hay 97 niñas)
Educación secundaria	1.06 (cada 100 varones, hay 106 niñas)	1.07 (cada 100 varones, hay 107 niñas)
Educación terciaria	.97 (cada 100 varones, hay 97 niñas)	1.27 (cada 100 varones, hay 127 niñas)

Fuente: Unicef (2013)

3.2.4. Salud

La Salud es un indicador que permite evidenciar el desarrollo de un país, como también la disminución de los riesgos que afectan a la población más vulnerable. Por lo que, “invertir en la salud de los niños/as y sus madres no solo es primordial desde el punto de vista de los derechos humanos; también es una decisión económica sensata y una de las maneras más seguras en que los países pueden encaminarse hacia un futuro mejor” (UNICEF, 2008).

Preocuparse por la salud de los niños y niñas es relevante porque “aumenta su probabilidad de sobrevivir y desarrollar plenamente el pensamiento, el lenguaje y las habilidades emocionales y sociales, a la vez que disminuye su probabilidad de enfermarse y presentar otros

problemas de salud. Así mismo, garantiza un mejor rendimiento escolar y aumenta la probabilidad de que lleguen a ser personas productivas y útiles a la sociedad” (UNICEF, 2008).

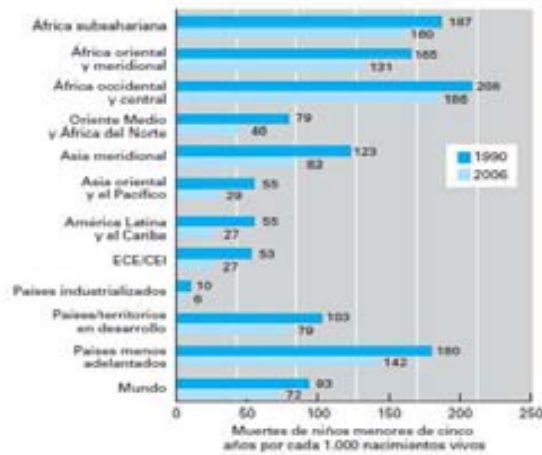
Dentro de los indicadores de salud más relevantes para analizar la situación de los niños, niñas y adolescentes se encuentran: la tasa de mortalidad infantil, las tasas de salubridad (acceso al alcantarillado, acceso al agua potable) y por último, las tasas de nutrición.

La “mortalidad en la infancia es un indicador importante del desarrollo de los países y una evidencia certera de sus prioridades y valores”. En América Latina, tal como lo muestra el gráfico 2, se evidencia que la mortalidad infantil se ha reducido considerablemente desde 1990 al 2006 de 55% a un 27% por cada 1000 nacimientos vivos.

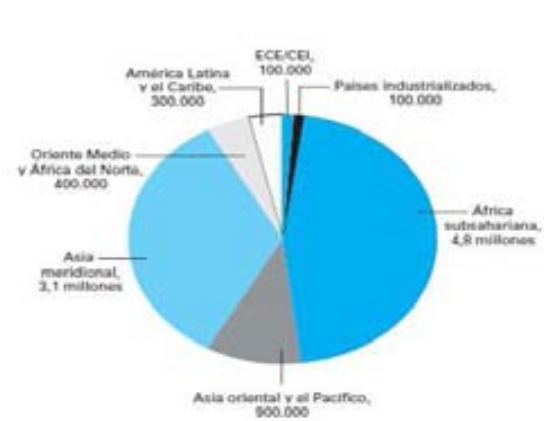
Gráfico 2

Gráfico 3

A escala mundial, la tasa de mortalidad en la infancia se redujo casi un 25% entre 1990 y 2006



Menos de 10 millones de niños menores de cinco años murieron en 2006



Fuente UNICEF, Organización Mundial de la Salud, División de Población de las Naciones Unidas y División de Estadística de las Naciones Unidas. Los datos de los países y las regiones se pueden consultar en las tablas estadísticas 1 y 10, págs. 114 y 150 de este informe.

Fuente: Unicef (2008)

“En Asia oriental y el Pacífico, Europa Central y Oriental y la Comunidad de Estados Independientes (ECE/CEI), y América Latina y el Caribe las tasas se han reducido prácticamente a la mitad y, en el 2006 la mortalidad de menores de cinco años en esas regiones fue inferior a 30 por cada 1.000 nacimientos vivos. A pesar de que se requieren muchos más avances para igualar la baja tasa promedio de los países industrializados (6 por cada 1.000 nacimientos vivos en 2006), solo aproximadamente uno de cada 36 niños/as nacidos en estas tres regiones muere antes de su quinto cumpleaños” (UNICEF, 2008).

En relación a las tasas de saneamiento se puede indicar que el porcentaje de la población que usa fuentes mejoradas de agua potable en América Latina en el 2004 es de 91%. El porcentaje (%) de la población que usa instalaciones adecuadas de saneamiento en América Latina durante el 2004 es del 77%. Para el 2008 en América Latina aproximadamente el 95% tiene acceso a fuentes de agua mejoradas. Ver Gráfico 4.

Ahora bien, junto con la pobreza la desnutrición infantil crónica es uno de los principales problemas que afecta a la infancia de la región (REDALMYC, 2009:72) En este sentido cabe tener presente que la “desnutrición en la niñez menor de cinco años incrementa su riesgo de muerte, inhibe su desarrollo cognitivo y afecta a su estado de salud de por vida. Atender a este problema es condición indispensable para asegurar el derecho a la supervivencia y al desarrollo

de las niñas y niños de América Latina y el Caribe, así como para garantizar el desarrollo de los países” (CEPAL y UNICEF, 2006:5).

De acuerdo a uno de los últimos estudios de UNICEF, el 12% de los/as menores de cinco años que viven en Latinoamérica sufre desnutrición crónica y aunque el número es aún elevado, resulta la tasa más baja en el mundo en desarrollo (2013a).

En general, en Latinoamérica la situación ha mejorado para los/as menores de cinco años. El porcentaje de niños/as con desnutrición, sea moderada o severa, pasó de 22 % en 1990 a 12 % en 2011. En promedio, la tasa de niños/as desnutridos en el mundo es de 26 %, lo que equivale a 165 millones de chicos. Un caso destacado es el de Perú, donde en tan sólo unos pocos años se redujo un tercio la desnutrición crónica infantil. De 30 % en 2006, lograron disminuir a 20 % en 2011. Haití también ha mejorado. Los resultados de la investigación indican que la prevalencia de la desnutrición crónica disminuyó de 29 % en 2006 a 22 % en 2012. Guatemala presenta la cifra más alta de la región, con 48 % de niños/as desnutridos/as, lo que equivale a 1.052.000 niños/as. Ese país se sitúa en el puesto 25 de una clasificación de 81 países, encabezada por India, el país con peores indicadores de nutrición infantil (UNICEF, 2013a).

Ante los hechos es necesario reconocer la importancia de la desnutrición crónica como una de las amenazas para el logro de los derechos de los niños/as. En este sentido Nils Kastberg, señala lo siguiente:

“Desnutrición crónica que por ejemplo en Brasil lograron reducir a través del “Hambre Cero” lo que es desnutrición aguda a un 2 %, un nivel increíblemente bajo, y sin embargo siguen con una desnutrición crónica que al menos tiene un 7 %, o sea estamos hablando de algo sumamente serio. Y en Argentina se hizo una encuesta en el año 2006 y los resultados arrojan cifras tan altas que no se animan ni siquiera a publicarlas, y está entre el 9% y el 11 %, y eso que se hicieron las encuestas en centros urbanos y no en las zonas rurales donde es mucho peor. Así que tenemos que lograr, desde el sexto peor sitio del mundo, Guatemala, que es lo peor que tenemos en la región, hasta países como Brasil y Argentina, tenemos que lograr un cambio radical. El ejemplo de la región hoy es Chile, pero en el resto de la región seguimos con problemas graves en cuanto a desnutrición crónica” (REDALMYC, 2009: 73)

Cerca del 80% de la población del mundo en desarrollo tiene acceso a fuentes mejoradas de agua

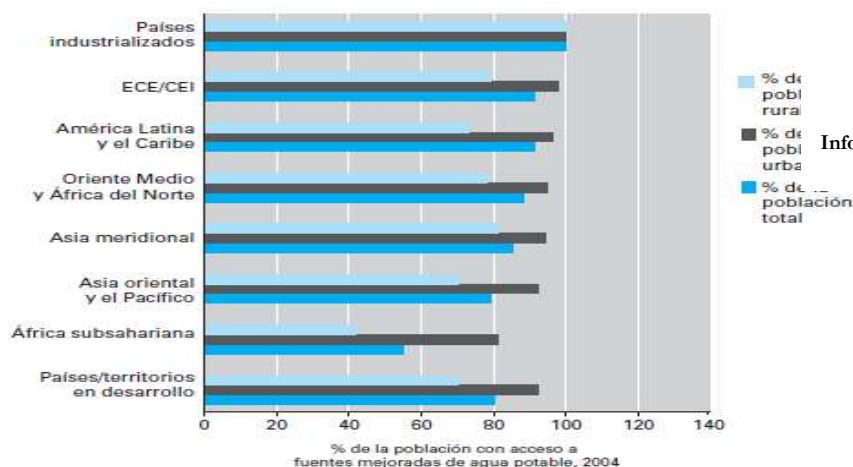


Gráfico 4

Fuente: UNICEF.

Informe de la Infancia 2007

Otro aspecto relevante dice relación con los derechos sexuales y reproductivos, los que constituyen un componente básico de los derechos humanos. Se trata de aquellos derechos humanos interpretados desde el punto de vista de la sexualidad y reproducción de hombre y mujeres, cuya garantía es requisito fundamental para el goce de una vida sexual plena y libre (Defensoría del Pueblo, 2008:42). “Los derechos sexuales y reproductivos buscan el ejercicio y desarrollo libre, informado, saludable, satisfactorio y sin ningún tipo de violencia de la sexualidad y la reproducción de todas las personas sin importar su edad, sexo, etnia, condición social o económica” (Defensoría del Pueblo, 2008:44).

Garantizados por diversos instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José (1969), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer – Convención Belém do Pará (1994) en el caso de los niños, niñas y

adolescentes¹²⁵ cabe tener presente particularmente la CDN, la CEDAW y la Convención Belém do Pará.

Algunos aspectos generales vinculados con los referidos derechos son los siguientes.

Las niñas adolescentes tienen más probabilidades de iniciar tempranamente su vida sexual, pero también menos probabilidades de usar métodos anticonceptivos. Proporcionar servicios de salud sexual y reproductiva a los niños y niñas que están en los primeros años de la adolescencia, e impartirles conocimientos sobre este tema, es imprescindible por varios motivos. El primero es que muchos están empezando a tener relaciones sexuales en la adolescencia temprana. Según datos de encuestas domiciliarias efectuadas en diversos países representativos del mundo en desarrollo (sin incluir China), aproximadamente un 11% de las mujeres y un 6% de los varones antes de 15 a 19 años afirmaron haber tenido relaciones sexuales antes de los 15 años. La región con la mayor proporción de niñas adolescentes que afirman haber iniciado su vida sexual antes de los 15 años (un 22%) es América Latina y el Caribe (no existen cifras equivalente par los niños adolescentes de esta región). El segundo motivo tiene que ver con las grandes diferencias entre los niños y las niñas adolescentes en cuanto a los comportamientos y los conocimientos sobre la salud sexual y reproductiva. Al parecer los varones tienen más probabilidades de involucrarse en comportamientos sexuales de riesgo. No obstante, los datos también muestran que los varones adolescentes tienen más probabilidades que las niñas de utilizar preservativo durante las relaciones sexuales de alto riesgo preservativo durante las relaciones sexuales de alto riesgo, a pesar de que éstas corren mayor riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH. Estos hallazgos destacan la importancia de facilitar el acceso de las niñas y los niños adolescentes, desde una temprana edad, a conocimientos y servicios de alta calidad en materia de salud sexual y reproductiva. Y un tercer motivo dice relación con el embarazo precoz, un resultado frecuente del matrimonio a temprana edad, ya que muchas adolescentes se ven presionadas a casarse a temprana edad y, cuando quedan embarazadas, corren un riesgo muy alto de morir, pues sus organismos no están suficientemente maduros para tener hijos/as. Cuanto más joven es la niña al quedar embarazada,

¹²⁵ Aunque es una discusión que excede los límites del presente trabajo, cabe señalar que el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes es uno de los asuntos en los cuales la unanimidad y sensibilidad que genera la cuestión de la infancia presenta importantes diferencias en los posicionamientos (REDLAMYC, 2009:32)

esté o no casada, mayores son los riesgos para su salud. Un estudio que se realizó en América Latina muestra que las niñas que dan a luz antes de los 16 años tienen entre tres y cuatro veces más probabilidades de morir por causas relacionadas con la maternidad que las mujeres mayores de 20 años. Una de las principales causas de mortalidad entre las adolescentes de 15 a 19 años de todo el mundo son las complicaciones que pueden surgir durante el embarazo y el parto. Según algunas investigaciones, el embarazo en la adolescencia guarda relación con factores que no están bajo el control de las niñas. Un estudio que se llevó a cabo en Orellana, una provincia del Ecuador en la cuenca del Amazonas donde casi el 40% de las niñas de 15 a 19 años están o han estado embarazadas, mostró que los embarazos tienen menos que ver con una decisión personal que con factores estructurales como el abuso sexual, la ausencia de los progenitores y la pobreza (UNICEF, 2011: 22-24)

Otro grave riesgo para la salud que se deriva de la actividad sexual en la adolescencia es el aborto en condiciones inseguras, que cobra las vidas de numerosas niñas adolescentes y provoca daños a muchas más. Un estudio efectuado por la Organización Mundial de la Salud, en 2003, calculó que el 14% de todos los abortos en condiciones de riesgo que se efectúan en el mundo en desarrollo –2,5 millones ese año– involucran a adolescentes menores de 20 años. La mayoría de los que se practican a adolescentes tienen lugar en circunstancias peligrosas y antihigiénicas, por personal que carece de la capacitación necesaria. Reunir datos sobre el aborto en la adolescencia es casi imposible por el hermetismo y la vergüenza que lo rodean, aun cuando se calcula que todos los años se realizan entre 1 millón y 4 millones. Muchas mujeres recurren a este procedimiento por falta de control sobre su propia fertilidad, lo que puede deberse a la pobreza, la ignorancia, los problemas con los compañeros sexuales o la falta de acceso a métodos anticonceptivos.

Por último, prevenir la transmisión del VIH es uno de los retos más importantes para preservar la vida y la salud de los y las adolescentes. Aunque se estima que el sida es la octava causa de muerte entre los/as adolescentes de 15 a 19 años, y la sexta causa de muerte entre los/as niños de 10 a 14 años, el número de víctimas fatales en zonas con alta prevalencia como África oriental y meridional, es desproporcionadamente alto. Además el riesgo de infección por el VIH es considerablemente más alto entre las niñas que entre los niños/adolescentes. La mayor incidencia de la infección por el VIH entre las niñas y las mujeres no es solamente producto de

su mayor susceptibilidad fisiológica. En muchos contextos, las niñas adolescentes y las mujeres jóvenes enfrentan un alto riesgo de violación y otras formas de violencia sexual, tanto dentro del matrimonio como fuera de él. El matrimonio precoz, que las familias muchas veces promueven con la intención de blindar a las niñas y las mujeres jóvenes contra los peligros físicos y sexuales, no siempre las protege contra el VIH y otras enfermedades de transmisión sexual, pues el preservativo tiende a utilizarse menos en las relaciones a largo plazo. Más aún, la información de la cual se dispone indica que las opiniones de las adolescentes casadas y, en general, de las mujeres, sobre el uso de métodos anticonceptivos y otras cuestiones concernientes a las relaciones sexuales, no se respetan tanto como las opiniones de sus cónyuges o compañeros sexuales (UNICEF, 2011: 24-25)

En América Latina y el Caribe es preocupante que la tasa de fertilidad adolescente en lugar de disminuir, en algunos países, está estancada o en aumento. Un reciente informe del Banco Mundial señala que ello obedece principalmente a la pobreza, la desigualdad y la baja calidad del sistema educativo. De hecho se ubica a la región como la tercera con mayor tasa de fertilidad adolescente en el mundo, solo superada por África subsahariana y el sur de Asia. En la región, la tasa de embarazos en adolescentes de entre 15 y 19 años es de 72 por cada 1.000 mujeres. Específicamente, Nicaragua, República Dominicana, Guatemala y Honduras son los países con las mayores tasas de fecundidad adolescente en la región, al reportar las mismas tasas entre 2000 y 2010. En contraste, los cinco países de la región que han tenido mayor éxito en reducir las tasas de fecundidad adolescente en ese periodo fueron Colombia (-25 %), Haití (-23 %), Costa Rica, El Salvador y Perú (-21 %). El informe además releva que las adolescentes embarazadas en la región, son más vulnerables y más pobres que las adolescentes que no tienen hijos, lo que se explica en parte porque pertenecen a distintos grupos de riesgo (Banco Mundial, 2013). La mayoría de estas niñas adolescentes provienen de zonas rurales y pobres y muchas de ellas son víctimas de violencia sexual. Para algunas, el embarazo, el matrimonio o la unión de pareja son la única manera de sobrevivir. La mayoría de ellas terminarán abandonando la escuela, tendrán menor perspectivas de empleo, estarán menos empoderadas, serán más dependientes de otras personas (muchas veces de su abusador). Esto muy probablemente perpetuará el ciclo de pobreza y de violencia para la madre y sus hijos/as (http://www.unicef.org/lac/media_24399.htm).

Se observa de este modo que, a pesar de los avances en aspectos tales como reducción de la desigualdad, disminución de la tasas de desnutrición o aumento de la cobertura de educación, con sobrerrepresentación favorable a las niñas, aún los déficits de género son una realidad preocupante. Ello exige revisar y mejorar la programación política con perspectiva de género, que tanto a nivel mundial como regional han impulsado organismos internacionales como UNESCO, ONUMUJERES, UNICEF, el Comité de los Derechos del Niño, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y diversas organizaciones de la sociedad civil que trabajan por el respeto a los derecho de las mujeres y los niños y las niñas.

En este sentido, y en aras de visibilizar la situación de la niña a nivel internacional, es que Naciones Unidas ha designado el 11 de octubre como Día Internacional de la Niña, que se observará todos los años a partir de 2012, mediante la Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011. Documento en que reconoce que:

“El empoderamiento de las niñas y la inversión en ellas, (...) son fundamentales para el crecimiento económico, el logro de todos los Objetivos de Desarrollo del Milenio, incluida la erradicación de la pobreza y la pobreza extrema, así como la participación significativa de las niñas en las decisiones que las afectan, son clave para romper el ciclo de discriminación y violencia y para promover y proteger el goce pleno y efectivo de sus derechos humanos, y reconoce también que ese empoderamiento requiere su participación activa en los procesos de toma de decisiones y el apoyo y la participación activos de los padres, tutores, familiares y cuidadores, así como de los niños y los hombres y de la comunidad en general”.

CAPÍTULO III MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL: ANÁLISIS PARTICULAR DE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA

1. Modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil

A lo largo de la historia, los ordenamientos han adoptado distintas respuestas institucionales frente a la infracción penal cometida por los niños, las niñas y adolescentes y que es posible identificar en distintos modelos de intervención (Cruz Blanca, María J., 2002:79). La mayoría de los estudios doctrinales recoge la siguiente distinción: modelo clásico o penitenciario, tutelar, modelo de bienestar o educativo y modelo de responsabilidad.

A continuación analizaremos de manera general cada uno de ellos , y en particular como éstos han tomado en cuenta o no las especificidades de la delincuencia juvenil femenina. .

1. 1. Modelo clásico

En una primera época (la Escuela clásica) estuvo en vigor el modelo clásico o también denominados por algunos autores como el modelo punitivo o penitenciario y que consideraba a

los niños como “adultos en miniatura”; los y las menores de edad eran sometidos/as en la mayoría de los casos a las mismas reglas que los adultos, con alguna incipiente normativa de trato diferenciado a nivel penitenciario (Vázquez, Carlos 2008:67; Colás Turégano, Asunción 2002: 15; Matthews, Roger 2003: 207). Si el niño o la niña era reconocido/a culpable se le condenaba, siendo su máxima expresión de benignidad concederles una atenuación de las penas, previo- en muchos casos- haber sido sometido/a al procedimiento de discernimiento(Vázquez, Carlos 2008:67).

“Tal responsabilidad provendría de su capacidad de autodeterminación. La responsabilidad del adolescente se nutre de la capacidad de culpabilidad, entendida ésta en un sentido psicológico, es decir, en un primer momento como capacidad de dolo, y en un segundo momento como capacidad moral de autodeterminación del individuo, supuesta la libertad de todos los seres humanos para decidir” (Villegas, Myrna 2008:3).

Ésta fue precisamente la regulación adoptada en España, en Chile¹²⁶ y en la generalidad de países de América Latina durante un primer período.

En efecto, en el primer caso, durante el reinado de Fernando VII se dictó el primer Código penal español (1822)¹²⁷, en el que se establecía la irresponsabilidad absoluta de los y las menores de 7 años, considerados como incapaces de culpabilidad (inimputables). Si el o la niño/a mayor de 7 años, pero menor de 17 años, cometía un acto delictivo debía examinarse y declararse previamente en el juicio si el mismo había obrado o no “con discernimiento y malicia y lo más o menos desarrolladas que estuvieren sus facultades intelectuales” (artículo 23).

Sin embargo este modelo- propuesto por el liberalismo clásico- supone la existencia de libre albedrío en el o la menor de edad, “cuestión que empíricamente no se puede probar, por eso constituye la base de barro que lo llevó al fracaso”¹²⁸ (Villegas, Myrna 2008:3).

¹²⁶El caso de Chile lo revisaremos en extenso en el capítulo siguiente, en este apartado las referencias se harán de manera frecuente a España, país que se ha seleccionado por su particular influencia en la legislación latinoamericana en general y chilena en particular. En relación con el tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil, para expresar su influencia en el caso chileno, cabe recordar que el mensaje presidencial que da inicio al proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, Ley N° 20.085, promulgada el 8 de noviembre de 2005 y actualmente vigente, reconoce como uno de sus antecedentes a la legislación española.

¹²⁷ Promulgado el 9 de julio de 1822 y, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1823.

¹²⁸ Así sucedió en el caso chileno, ya que la ley de menores (16.618) que funcionaba sobre la base del examen de discernimiento, fue duramente criticado por contener algunas normas evidentemente inconstitucionales y contrarias al derecho internacional de los derechos de la infancia, lo que se tradujo en su posterior eliminación.

1.2 Modelo tutelar o asistencial

Como ya hemos adelantado en el capítulo I, este modelo se origina con mayor claridad a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Se suele indicar el año 1899, fecha en que se dicta la ley de tribunales para menores de 1899 en Illinois, Chicago, Estados Unidos.

Sin perjuicio de la relevancia de este hecho- de gran impacto tanto en Europa como en América Latina- considero que hay diversos antecedentes que van configurando las bases de este modelo. Por ello revisaremos algunos antecedentes con particular referencia a España, Estados Unidos¹²⁹ y América Latina.

1.2.1. Antecedentes del Modelo Tutelar.

a) Congresos Penitenciarios Internacionales.

Como ya lo indicamos en la primera parte de este trabajo, los Congresos Penitenciarios Internacionales jugaron un rol fundamental en esta materia, ya que sus debates influían decididamente en el diseño de las incipientes instituciones “minoriles”. En efecto, a mediados del siglo XIX, comenzaron a celebrarse primero en Europa y luego en Estados Unidos de América, los referidos Congresos¹³⁰, que en un principio “sólo comprendieron en sus programas cuestiones penitenciarias y la legislación más estrechamente relacionada con las mismas” (Cadalso, Fernando 1922:832), sin embargo posteriormente discutieron diversidad de temas que iban desde tópicos como la arquitectura penitenciaria, el régimen y primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad, los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía y la prostitución, entre otros; especial atención mereció por parte de estos Congresos

¹²⁹ Utilizamos como referencia a Estados Unidos, ya que constituye un caso paradigmático en la evolución del tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil. Asimismo, y desde una perspectiva más cercana en el tiempo, sus políticas criminales de “ley y orden” (Garland, David 2005), con la creciente consolidación de un modelo punitivo- con la mayor tasa de prisionización del mundo- son un referente para aquellos discursos políticos que reclaman mayor control del delito y de las poblaciones “riesgosas”, entre los cuales destacan los y las delincuentes juveniles, quienes son anunciados casi a modo “profético” como unos auténticos “superdepredadores” (Di Iulio, John 1995)

¹³⁰ En estos Congresos destaca la participación de especialistas españoles/as, tales como Concepción Arenal, Dorado Montero, Silvela, Lastres, Cadalso o Salillas.

los “problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios” (Rivera, Iñaki 1999:11; 2011:41) Respecto de este último punto se debatió -bajo el signo de postulados positivistas y correccionalistas decimonónicos- en torno a la separación de los menores de los adultos en las instituciones segregativas, y se abogó por la prohibición de reclusión a los menores de 18 años. Gran parte de estas cuestiones fueron “diseñadas por quienes integraron la categoría de la ‘primera iniciativa social’¹³¹ que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron filantrópicamente a la asistencia [...] esta iniciativa fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico de tratamiento de los menores. En efecto en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó, por ejemplo, para que a los menores internados en reformatorios se les proporcionara una enseñanza moral, religiosa e industrial[...]”(Rivera, Iñaki 1999:10)¹³². En lo relativo a cuestiones de legislación en estos congresos se defendió la “necesidad de comenzar a promulgar auténticos Códigos de Infancia que sirviesen para la armonización de las legislaciones dispersas (...)” (Rivera, Iñaki 2011:43). Por último, destacar que en estos Congresos se incorporan – de manera incipiente y en una perspectiva positivista correccionalista- las necesidades de las mujeres presas, fundamentalmente a través del reconocimiento de incipientes “derechos sociales” para las mujeres embarazadas, y que se tradujo por ejemplo en que éstas no trabajasen en el último mes (Rivera, Iñaki 2011:43), en cuya articulación destaca la labor de Concepción Arenal, a cuya participación en específico nos referiremos más adelante. Se insistía en la “necesidad de introducir y diseñar ciertas alternativas al encierro custodial de menores, abogándose por la adopción de ciertas medidas tales como: la colocación de jóvenes en familias, el mantenimiento de jóvenes en situación de libertad vigilada, la creación de las primeras Escuela Industriales y Profesionales, la necesidad de crear Juntas de Barrios para el estudio de los problemas juveniles o la defensa de la creación de los primeros Delegados de Protección de la Infancia” (Rivera, Iñaki 2011: 42).

b) Positivismismo criminológico y correccionalismo.

¹³¹ Para ver con mayor profundidad el rol que llevo a cabo esta “iniciativa social” en la España del siglo XIX, véase Rivera, Iñaki (2006)

¹³² *En esta línea cabe destacar el Congreso internacional de Amberes 1890 dedicado al el estudio de las cuestiones relativas al patronato de los reclusos y protección de los niños moralmente abandonados. En coherencia con líneas de intervención positivistas y correccionalitas en el referido congreso se acuerda que: “antes de hacerse cargo de los niños moralmente abandonados, y como regla general, se procederá a una investigación respecto a la conducta y carácter del niño, situación y moralidad de sus padres; y si es posible, se le someterá por algún tiempo a observación y estudio especial”.*

El nacimiento de este modelo, está estrechamente vinculado a los presupuestos ideológicos¹³³ del positivismo¹³⁴ y correccionalismo¹³⁵, que parten de la “consideración del delincuente como un individuo débil, débil de cuerpo, de espíritu o de ambas cosas – los niños delincuentes se equiparan, por ello a los enfermos que se considera que tiene un carácter anormal o patológico- y por tal motivo necesitan de fortalecimiento y ayuda” (Vázquez, Carlos 2007:144-145). La mujer delincuente también fue un tema particularmente analizado por el positivismo: “en comparación con los hombres delincuentes, las mujeres son doblemente ‘peligrosas’, porque han vulnerado las leyes penales y las normas sociales de su condición femenina. Por esta doble excepción, la mujer criminal es un ‘monstruo’. Las delincuentes tienen cualidades de la criminalidad masculina y además, las peores características femeninas: astucia, rencor, falsedad. Son, en definitiva una combinación ‘antinatural’ de los dos sexos. Tienen invertidas las características femeninas de las mujeres ‘normales’, es decir, ser reservadas, maternales, dóciles y apáticas sexualmente (Lombroso y Ferrero, 1895, en Almeda, Elisabet 2002: 104-105). Por su parte, y en congruencia con perspectivas correccionalistas¹³⁶ Concepción Arenal¹³⁷ abogó por un proyecto en que la “mujer salía de la oscuridad y reclamaba (...) un lugar preeminente en la sociedad. Y para que ello fuese posible era necesario la extensión de su educación, también para la marginada, la que se hallaba encarcelada” (Cercós i Raichs, Raquel: 2009:60), de tal modo incorporaba expresamente la situación de la mujer en sus intervenciones ante los Congresos Penitenciarios, así por ejemplo en el Informe presentado al Congreso internacional de Amberes, 1890 señala: “La mujer que sale de la prisión, encuentra para vivir honradamente los obstáculos

¹³³Los postulados de ambas teorías supusieron importantes reacciones contra la Escuela clásica liberal (Rivera, Iñaki 2011:44)

¹³⁴La Escuela positiva italiana tiene su origen en la obra de LOMBROSO *L'umo delinquente* (1876) donde formula la tesis del delincuente nato y *La donna delinquente* (1893) en que desarrolla su teoría del la teoría del atavismo respecto de las mujeres, y que no las conduciría a cometer delitos sino a la prostitución, lo que constituiría, para estos autores, la forma obvia de desviación femenina. A esta Escuela pertenecieron GAROFALO y FERRI que partían de una concepción determinista del ser humano, y en que el fundamento de la pena no se haya en la culpabilidad sino en peligrosidad (Vázquez, Carlos 2007: 144). La pena se establecía, fundamentalmente con fines de prevención especial para obtener la readaptación del delincuente (Cerezo Mir, José 2004: 109 y 110).

¹³⁵Por su parte, la teoría correccionalista tiene su origen en Alemania bajo la influencia de Röder “cuando publica el *Comentatio an poema malum esse debeat*, quien ofrece una nueva doctrina penal inspirada en los presupuestos filosóficos de la doctrina krausista (Vázquez, Carlos 2007: 144). Andrés Ibañez, Perfecto destaca una característica fundamental de este modelo: “semejante planteamiento educacional y moralizante de lo penal, lleva a reclamar un ilimitado arbitrio judicial, ejercido a través de la sentencia indeterminada” (1986:212). En el ámbito español esta escuela tiene importante repercusión a través de Concepción Arenal y Luis Silvela.

¹³⁶Para Concepción Arenal la pena es en esencia un bien de orden moral para los y las delincuentes (Cercós i Raichs, Raquel: 2009:59).

¹³⁷Concepción Arenal fue visitadora de prisiones de mujeres de Galicia (1863-1865) e Inspectora de casas de Corrección de Mujeres (1868-1873).

que tiene que vencer el hombre, aumentados, más otros que el hombre no halla. La dificultad de proporcionarse trabajo y el descrédito, es mayor para la mujer (...)

Respecto del control penal de los y las niñas, como ya lo hemos anunciado, el positivismo sienta las bases del nuevo modelo que a su respecto se adoptará. En esta línea Pedro Dorado Montero, uno de los mayores exponentes del correccionalismo español, señala en el año 1915 en su “Derecho Protector de los Criminales”, que: “los delincuentes, como los locos, los pródigos, los vagabundos y los menores son especiales, a veces anormales” (Rivera, Iñaki 2011: 45).

Consecuencia de todo lo anterior es que, “a partir de este momento, los menores serán también clasificados como anormales y consecuentemente, potencialmente peligrosos, necesitados de atención y control. Para ello, se les deben aplicar medidas terapéuticas y por tiempo indefinido (...)” (Rivera, Iñaki 2011: 46). De este modo la futura legislación tutelar y la venidera jurisdicción de “menores” considerará particularmente los aspectos anormales del comportamiento, centrándose en el estudio de la personalidad delincuente (Jiménez-Salinas i Colomer, Esther 1986:221).

Como expresión de lo anterior observamos que el Código Penal de 1822 señala que en caso de que el o la menor de edad fuese declarado/a sin discernimiento, se abrían amplios espacios de disponibilidad a su respecto, con una incipiente normativa tutelar, en la línea de menor/objeto de derechos, es decir, desde una mirada adultocéntrica y sin ningún tipos de garantías sustantivas o procesales.

De este modo, en caso de no haber discernimiento, el/la menor, no-culpable, era declarado/a peligroso/a, por lo tanto, era entregado/a a sus padres, abuelos, tutores o curadores para que le corrijan y cuiden, pero si “no pudieren hacerlo o no merecieren confianza, la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente arbitrio del juez, podrá éste ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla 20 años de edad” (artículo 24).

Y si el o la menor de 17 años era declarado/a “con discernimiento y malicia” (artículo 25), el castigo asignado correspondía a la cuarta parte o a la mitad de la pena señalada al delito, de acuerdo con lo prescrito con el artículo 64 y 65 del Código Penal. (González Zorrilla, Carlos 1985:114-115; Landrove Díaz, Gerardo, 2001:26-27).

Con posterioridad, el Código Penal de 1848 declaraba exentos de responsabilidad a los/as menores de 9 años, y también a los/as mayores de 9 años y menores de 15, a no ser que hubieran obrado con discernimiento (artículo 8.2 y 3). En este caso, se le imponía una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito que hubiese cometido, y rebajada en un grado si era mayor de 15 y menor de 18 (artículo 72).

En el supuesto de haber sido declarado sin discernimiento, se declaraba la irresponsabilidad de la o el menor, sin que estuviere prevista alguna de las medidas correccionales contempladas por el Código de 1822.

El Código Penal de 1850 mantuvo esta redacción. Y el Código Penal de 1870 mantuvo los límites de edad, sin embargo restableció las medidas del Código de 1822, respecto de los y las inimputables, es decir, las medidas “correctivas” de carácter discrecional.

c) Instituciones correccionales: los primeros antecedentes.

Los primeros antecedentes de los futuros Tribunales Tutelares de Menores, se ubican en la figura del “*Pare d’ Orfens*” (Padre de huérfanos) figura establecida en Valencia en 1337 por Pedro IV de Aragón, cuyo objeto era amparar y proteger a menores vagabundos y ociosos, huérfanos o desvalidos, e ingresarlos en la “casa común” a fin de que recibieran la instrucción necesaria para aprender un oficio. También funcionaba como tribunal con respecto a los menores acusados de la comisión de hechos delictivos (Roca, Tomás 1954,60:27-32).

En palabras de José Llorca Ortega esta institución fue creada “para poner remedio a la grave situación en que se hallaban muchos jóvenes, de ambos sexos, huérfanos, abandonados e indigentes que vagaban por la ciudad sin otra ocupación ni medios de subsistencia que no fuera la mendicidad” y la comisión de pequeños hurtos y robos (1992:74, en Vázquez, Carlos 2004: 177-178).

El carácter de la referida institución era marcadamente benéfico y educativo, sin que se requiriese, para el desempeño del cargo de Curador que la presidiese, más que gran celo por la salvación de la juventud, de modo análogo a los que serían Presidentes de los Tribunales Tutelares de Menores (Roca, Tomás 1968).

“En esta época, y hasta bien entrado el siglo XVII, eran terribles los castigos que se imponía a los delincuentes jóvenes: la dureza de aquellas leyes llega a su máximo en lo tocante a ellos. Azotes, galeras, mutilaciones, exposición en la picota, de todo hay en aquellas leyes represivas e inhumanas. Y no sólo ocurría esto en nuestra patria, sino en todas partes; y no sólo se aplicaba a la infancia delincuente, sino a los niños vagabundos” (Judería, Julián 1910 en Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002).

“El abuso y crueldad para con los niños llegó a un grado tal, que, en algunos lugares de España, la patria potestad (a imitación de la antigua romana) no tuvo límites, como puede apreciarse en el Fuero dado a Calatayud (1131) por el rey de Aragón, Alfonso el Batallador, en el que se faculta al padre hasta a matar a su hijo en el caso de que no lo obedeciese” (Lasala, Gregorio 1954:6-14 en Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002).

Esta figura se mantuvo en Aragón, Valencia y Navarra hasta el año 1794¹³⁸. Sin embargo, con anterioridad a esta fecha, desde finales del siglo XVII, y particularmente en el siglo XVIII, se extendió la creación de hospicios, casas de expósitos y casas de misericordia, con los mismos fines que la institución aragonesa, es decir para la recogida de niños y niñas abandonados/as (Cea D’Ancona, M., 1992:2).

La mayoría de estos hospicios eran centros de recogida y asilo de niños, donde la aglomeración y el hacinamiento eran la tónica general¹³⁹. Los ideales de trato educativo y diferenciado que presidía su ideario estaban muy lejos de reflejarse en la práctica. Por su parte, en 1796, Carlos IV establece un Reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, con la finalidad de evitar el infanticidio, muy frecuente en las madres con hijos ilegítimos, facilitándole a éstas, entre otras cuestiones su entrega anónima a la institución, sin embargo pese a las buenas

¹³⁸En sus comienzos, el Padre de Huérfanos dependía del *Justicia Civil*, pero a partir del 11 de marzo de 1407, pasó a gozar de plenipotestad e independencia en la persecución y punición de las infracciones cometidas por los menores. La vida de esta institución, después de la supresión de los Fueros en 1707, llevada a cabo ya la transformación política del Reino con el advenimiento de los Borbones, fue languideciendo rápidamente. La Real Orden de 11 de diciembre de 1793, expedida por Carlos IV, ordenó la extinción del Padre de Huérfanos y la entrega de su archivo a la Casa de la Misericordia, en la que deberían acogerse en adelantos los menores huérfanos (Roca, Tomas 1968 en Vázquez, Carlos 2004: 178-179).

¹³⁹Mención aparte merece el Hospicio creado en la ciudad de Sevilla, en 1723, debido al esfuerzo de un hombre modesto y filantrópico. Era este un vendedor ambulante de libros, llamado Toribio de Velasco (1686-1730), que con los escasos medios con que contaba, creó una obra que era al mismo tiempo Tribunal Tutelar y escuela de reforma, y que será conocida, fundamentalmente bajo el nombre de los Toribios de Sevilla. (Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002:123).

intenciones del legislador, podemos pensar que ni las condiciones de vida de estos niños, ni las expectativas de futuro de los supervivientes debieron ser muy halagüeñas (Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002).

Durante “el siglo XIX y comienzos del XX no hubo una intervención global del Estado en torno a los problemas de la infancia abandonada y delincuente, continuando de forma generalizada el sistema de hospicios y casas de expósitos para unos y la cárcel común para los otros. En todo caso, en el siglo XIX fue cuando los poderes públicos empezaron a pensar en los niños como sujetos de identidad propia y con unas necesidades especiales, tanto más cuanto mayor era su vulnerabilidad por el desamparo y el abandono” (Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002).

En este mismo sentido Carlos Vázquez señala que: “La escasa preocupación por los menores infractores demostrada por las instituciones oficiales y organismos públicos, favoreció que la protección de los menores delincuentes, abandonados y desamparados se articulará a través de iniciativas privadas promovidas fundamentalmente por organizaciones religiosas y particulares, pertenecientes a las clases acomodadas de la sociedad, movidas por sentimientos religiosos, caritativos, benéficos o filantrópicos y asistenciales” (2004: 177).

Por último cabe señalar que en España hasta la puesta en marcha de los Tribunales para niños y niñas (1920), el tratamiento de la delincuencia juvenil siguió por la doble vía del hospicio para los/as huérfanos, vagos y vagabundos y de la cárcel para los/as infractores de la ley penal. Con respecto a éstos, los sucesivos Códigos Penales fueron restringiendo paulatinamente la aplicación de la ley penal común (Sánchez, Vicente y Guijarro, Teresa 2002:127).

1.2.2. El nacimiento de la Justicia Minoril: la “esquizofrenia” de los empresarios morales.

Como ya hemos adelantado, el año 1899 marca el nacimiento de un específico dispositivo de control penal, con la creación de *The Juvenil Court*, en Illinois, Chicago, Estados Unidos.

Ya nos hemos referido a ésta institución de control penal en el capítulo I, sin embargo en esta apartado deseamos destacar algunos aspectos de la revisión crítica que – escrita durante la década de los sesenta en el marco de la teoría del etiquetamiento- realiza Anthony Platt cuya tesis fundamental sostiene que aquel movimiento pretendidamente humanizador, lejos de crear un

sistema de justicia penal que salvara a los niños de cárceles y prisiones, contribuyeron a crear un sistema que “sometía a más y más menores a castigos arbitrarios y degradantes.” Estos hechos según Platt descansan en una serie de factores estructurales, relacionados primordialmente con la economía política que servía de contexto al liberalismo progresista de la época. (Platt, Anthony., 1982:19)

Es este movimiento el que insta por la aprobación y promulgación de la ley para tribunales de menores de 1899 de Illinois, la que según Platt no es sino la culminación de “casi treinta años de esfuerzos reformistas” por parte “de las organizaciones salvadoras del niño en Illinois.” Y no obstante algunos han querido ver en su creación una reforma radical, su implantación no fue más que una “reforma política” conservadora “que consolidaba las prácticas existentes” (Platt, A., 1982:149-150)

En la práctica “[...] el movimiento pro- tribunales para menores fue más allá de un interés humanitario. Llevó al ámbito de control oficial una serie de actividades juveniles que anteriormente habían sido pasadas por alto o manejadas informalmente.” Además, por el tipo de comportamiento pre-delincuente también perseguido -embriaguez, mendicidad, frecuentar salones de baile y de cine, peleas, actividad sexual, andar en la calle a altas hora de la noche e incorregibilidad- no resultaba extraño que los principales sujetos objeto de control fuesen niños y niñas de clase baja, tal invención de la delincuencia “consolidó el status social inferior y la dependencia de los jóvenes de clase baja” (Platt, Anthony 1982:154).

“El punto de vista moral predominante era que la extrema pobreza y la incipiente criminalidad iban de la mano, de modo que sacarlos de su familia de origen era la opción elegida para conseguir la regeneración moral de los niños pertenecientes a las clases peligrosas” (Harris, Philip; Welsh, Wayne y Butler, Frank 2006:57).

La suprema autoridad de la ley podía ahora emplearse para fomentar los esfuerzos de las instituciones de origen religioso por implantar el respeto a la norma en chicos que actuaban —o que parecían actuar— en sentidos que la cultura mayoritaria tenía por despreciables. Luego, con la llegada en los inicios del siglo XX de los métodos «científicos» (principalmente, la psiquiatría y el trabajo social) para explorar la conducta humana, asociados al darwinismo social y a la popularización de la criminología positivista, perdieron peso las bases religiosas del sistema de menores. Los positivistas identificaban con seguridad indicios y condiciones precursoras de la

criminalidad de adultos, y desarrollaban modalidades de «tratamiento» dirigidas a curar tales patologías de los jóvenes desgraciados. El estado como un padre, personificado en el juez de menores, tenía el privilegio de ejercer la tutela y de impartir disciplina confiando un número creciente de chicos al cuidado de reformadores profesionales. La tarea de la jurisdicción de menores era percibida como realizada en interés no sólo del chico sino en el de todos (Rothman 1980, en Harris, Philip; Welsh, Wayne y Butler, Frank 2006:58)

“A pesar de la retórica en torno a la importancia del hogar y la familia, los fundadores de esta jurisdicción traían sin reparos a colación el tratamiento correccional para jóvenes de clase social baja cuyas familias no les impedían un comportamiento juzgado inmoral de acuerdo con los estándares convencionales”. Lo anterior constituye la mejor expresión de la esquizofrenia de estos “empresarios morales¹⁴⁰”, estrategia que luego se replicará en Europa y América Latina.

Desde el punto de vista jurídico, el tribunal alentaba una formalidad mínima de procedimiento y dependencia máxima de los recursos extralegales, en virtud de los cuales los jueces estaban autorizados para invadir la vida privada de los niños y las niñas al poder investigar el carácter y los antecedentes sociales tanto de los/as “delincuentes” como de los/as “pre-delincuentes.” (Platt, Anthony 1982: 156)

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

Asimismo el movimiento y su obra sobrepasaron sus fronteras y los referidos tribunales proliferaron en Europa y América Latina. Así y a modo de ejemplo, en Francia el primer Tribunal de Menores se creó en 1912 (Donzelot, Jacques 1979) y en Italia, la Ley de Menores data de 1934.

Por su parte en España, este modelo quedó fielmente reflejado en la Ley de Tribunales Tutelares de menores tanto en la original del año 1918¹⁴¹, como la posterior del año 1948, vigente en su totalidad, hasta el año 1991, año en que el Tribunal Constitucional la declaró

¹⁴⁰ Fue Howard Becker quien en 1963, en su libro *Outsiders* -traducción castellana Los Extraños. Sociología de la Desviación. En esta obra propone que el castigo de determinadas actividades es obra de empresarios morales, grupos de presión que consiguen imponer sus particulares visiones del mundo y sus valores morales (Barata, Francesc 2006: 266).

¹⁴¹ Ley de Bases de 2 de agosto de 1918. Y el primer Tribunal Tutelar de Menores se estableció en Bilbao, el 1º de mayo de 1920

parcialmente inconstitucional por infracción del artículo 24 de la Carta Constitucional (Cruz, M., 2002:92).

Como ya indicamos, en la región latinoamericana este modelo se recepcionó de la mano de un positivismo correccionalista y para algunos “en su versión antropológica más ortodoxa” (García Méndez, E., 1998:35), lo que derivó en la posibilidad de una respuesta estatal ilimitada, para “disponer” de aquellos menores material o moralmente abandonados (García Méndez, Emilio, 1998:2), a través de los Tribunales de Menores, en efecto, la primera ley fue la promulgada en Argentina en el año 1919, bajo el N° 10.903, Ley de Patronato de Menores, también conocida como Ley Agote¹⁴², iniciándose así un proceso que se extenderá en todo el contexto latinoamericano, 1923 en Brasil, 1927 en México, en 1928 en Chile y 1937¹⁴³ en Costa Rica, entre otros.

En síntesis algunas de las características comunes de las legislaciones que regulan los primeros Tribunales Tutelares tanto en España como en América Latina son las siguientes (Rivera, Iñaki 2011: 46-47):

- a) La presunción – de derecho o simplemente legal- de inimputabilidad bajo cierta edad, en el caso español o chileno a los 16 años (en el primer caso presunción de derecho y en el segundo simplemente legal).
- b) Los niños, las niñas y jóvenes considerados más como sujetos débiles y enfermos que más como culpables.
- c) Los jueces que integran los primeros tribunales tutelares no requerirían especial formación jurídica, eran más bien personas de reputada moralidad y vida familiar incorregible.
- d) Las amplias facultades de intervención penal, no sólo con ocasión de un delito sino que a propósito de un amplio abanico de conductas “irregulares o peligrosas”.

¹⁴² Esta ley se sanciona cuando Agote, médico de profesión, se desempeñaba como diputado conservador, y propuso dos iniciativas legislativas que se condensaron en la ley de Patronato. “Proyecto de Ley de Tutela del Estado”, y “Prohibición de Venta de Diarios y Revistas y todo oficio en la vía pública para los menores de 15 años” (Daroqui, Alcira y Guemuereman, Silvia, 1999: 55).

¹⁴³ Mediante decreto del Poder Ejecutivo del 13 de febrero de 1934, se le otorga a la Agencia Principal de Policía la facultad para el juzgamiento de aquellas faltas cometidas por menores de edad, o en su perjuicio; asimismo, podía conocer aquellas violaciones de las normas contenidas en el Código de la Infancia (Badilla, Amador 2006:17-19).

- e) La reacción jurídica ya no consiste en una pena, es decir en un mal, sino en una medida educativa y tutelar, es decir en un bien¹⁴⁴, con el fin de obtener la corrección moral del niño o la niña. Lo anterior no impedía medidas particularmente severas. Cuello Calón justificó el carácter educativo de los “azotes”, siempre y cuando, eso sí, se aplicaran con la finalidad paternal, como “derecho de corrección”.
- f) La indeterminación de la medida, una de las mayores vulneraciones a las garantías procesales, con el único límite de superar la mayoría de la edad civil.

Y como una forma de graficar lo anterior recurrimos a las palabras de uno de los mayores exponentes del correccionalismo español, Pedro Dorado Montero que en el año 1915 afirmaba:

“El tratamiento adecuado (para la delincuencia), como el de otra enfermedad cualquiera, tenía que ser un tratamiento que fuese no contra el delito en sí, objetivamente considerado [...] sino contra las causas productoras de tal estado. Lo primero, pues, que se hace preciso para tratar la delincuencia [...] es diagnosticarlo y señalar su etiología. El tratamiento era y es [...] un tratamiento un tratamiento individualizado [...] que habrá de aplicarse en la forma y por el tiempo en que esta necesidad lo requiera. Por eso Röder y cuantos siguieron el camino trazado por él no admitieron nunca la duración fija de la pena [...] sino que preconizaron siempre [...] la pena indeterminada.” (Dorado Montero 1915:190, en González 1985:119)

Este modelo, sin embargo, con el transcurso del tiempo ha sido parcialmente superado – como ya veremos- y en el caso español entre las razones que motivaron el abandono destacan la ineficacia del sistema judicial por la amplitud de su enfoque, la ausencia de garantías legales y que desde el punto de vista jurídico quedaron en evidencia con su inadecuación a los textos internacionales que de manera creciente fueron reconociendo los derechos del niño y la niña. Así en el espacio europeo destacan la Resolución N° 78 (62) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978 y la Recomendación N° R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones

¹⁴⁴ Sobre el carácter “bondadoso” de estas medidas es muy pertinente la observación que hace Nils Christie en sentido de reparar que el “beneficio de la salud del cliente considera poco apropiado preguntar si la cura lastimaba” (1984: 47, en Bernúz Beneitez, María José 199:131). Otra de las críticas que se hace a esta legislación en el caso particular de los Tribunales Tutelares de Menores en el caso español - aunque absolutamente aplicable a las legislaciones latinoamericanas- es que “su pretensión de proteger a la sociedad de todo mal, legitimó su penetración (...) en la vida social y familiar fue enorme”. En términos que es posible afirmar que se siguió “pensando en los términos del derecho penal tradicional, reforzado con la incorporación de los medios para lograr el arrepentimiento y luego la enmienda y la corrección” (Andrés Ibañez, Perfecto 1986:56, en Bernúz Beneitez, María José 199:131).

sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987. En el contexto latinoamericano particular impacto ha tenido la Convención de los Derechos del Niño (1989) y otros instrumentos internacionales sobre la materia, y a los que ya nos hemos referido en el capítulo anterior.

1.3 Modelo educativo o de bienestar.

Este modelo se implementó en Europa¹⁴⁵ y –de alguna manera- en Estados Unidos. Y se “instituyen al término de la Segunda Guerra Mundial, es decir, a finales de la década de los años 40 y sobre todo en el inicio de la década de los años 50 y se prolongan aproximadamente hasta el inicio de la década de los 70 (Higuera Guimerá, Juan Felipe 2003: 51).

Se desarrolló en un marco económico, social y político determinado, que se produce con posterioridad a la segunda guerra mundial, y que se ha venido en denominar como Estado de Bienestar o *Welfare State*. Y se caracterizó, desde el punto de vista económico-social, por un fuerte gasto social acompañado de una importante expansión económica, y desde el punto de vista político, porque el Estado asume una convicción en orden a proteger gubernamentalmente ciertos mínimos vitales de renta, alimentación salud, seguridad física instrucción y vivienda, y ello se reflejará en sus respectivas cartas fundamentales. Sin embargo, el concepto de Bienestar no sólo estuvo asociado con la salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda y esparcimiento, también lo está con el de resocialización o readaptación social contemplado como fin de la ejecución de penas por los sistemas penales de los Estados sociales surgidos post segunda guerra mundial (Bergalli, Roberto 2003:27).

En lo que se refiere al ámbito penal juvenil, este modelo se caracterizó por otorgar un tratamiento unitario a los y las “jóvenes que cometen delitos y a los que por su situación de desamparo requieran asistencia.” Prolifera asimismo el tratamiento por parte de un cuerpo de profesionales especializados, tales como, psicólogos, trabajadores sociales, educadores, entre otros, a los que se les concede un amplio margen de discrecionalidad (Cruz B., María J. 2002:92).

Desde el punto de vista del procedimiento, se aboga por la des-formalización, instando que en el ámbito de la ejecución penal se prescindiera, en lo posible, de la pena privativa de

¹⁴⁵ En Europa, fundamentalmente en los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca y Holanda) “donde gracias a su alto nivel de vida, económico y social, han desarrollado una extensa y dotada infraestructura social, pública y privada encargada de atender alas necesidades de los (y las) jóvenes” (Vázquez, Carlos 2007: 148).

libertad (des-carcelación),¹⁴⁶ fortaleciendo el uso de la labor educativa en el seno de la propia familia o en residencias de medio abierto, tales como casas hogares o casas de familia sustituta (AA.VV., 2001:116; Matthews, Roger 2003:217).

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

La *diversion* (adaptación del término inglés)¹⁴⁷ hace referencia a un conjunto de técnicas que buscan dar término al proceso penal en fase previa a la acreditación de la autoría del menor, ya sea renunciando a la acusación, suspendiendo el proceso o incluso evitando que este se inicie. Esta desjudicialización tiene por objeto reducir el grado de estigmatización de los y las menores de edad, ya que se evita el contacto con la sede judicial (Cruz Blanca, María J. 2002:93).

En el caso concreto de la delincuencia juvenil, estos modelos buscan fundamentalmente su tratamiento desde una perspectiva educativa y sociológica y por tanto no punitiva. Para ello se implementan una serie de medios de carácter extrajudicial que buscan solucionar los conflictos, entre los que destacan la reparación entre el/la menor la víctima y la compensación entre el/la menor y la víctima (Higuera Guimerá, Juan Felipe 2003: 51).

Lo que pretenden estos modelos también es la participación de la propia comunidad social en la intervención con los niños y las niñas. En algunos países- especialmente en Holanda, Bélgica y países nórdicos- se desarrollan alternativas fuera del sistema, a través de organizaciones privadas. De este modo, se producen a nivel del descenso de la intervención de la Justicia y un importante abandono de los métodos represivos, y un claro predominio de la acción educativa. El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos

¹⁴⁶ A principios de los años sesenta se desarrollan con fuerza, una serie de movimientos de estructuradores, críticos de las propias fundaciones (ideológicas e institucionales) del sistema de control vigente. Stanley Cohen clasifica estos movimientos en cuatro grupos: opuestos al Estado (“descentralización”, “desformalización”, “descriminalización”, “derivación”, etc.) opuestos al experto (“desprofesionalización”, “desmedicalización”, “deslegalización”, etc.), opuestos a la institución (“desinstitucionalización”, “descarcelación”, “control comunitario”) y opuestos a la mente (“vuelta a la justicia”, “neoclasicismo”, “conductismo”), en síntesis, reticencias a las ideologías de tratamiento individualizado o resocializadoras basadas en modelos psicológicos de estados internos y una llamada a invertir la victoria positivista y a concentrarse en el acto antes que en el actor (1988:56-57).

¹⁴⁷ En los años '70 es posible identificar la existencia de los primeros proyectos pilotos de *diversion*, que tuvieron su sede en EUA y Canadá. En el año 1977 tiene lugar el primer programa de reparación en Gran Bretaña, proyectos que se identifican con las siglas VORP; (victim-offender-reconciliation projects en los EUA victim-offender-reparation en Gran Bretaña) (Funes Artiaga, Jaime 1995:29). Más adelante en el tiempo se organizarán los Comités noruegos de resolución de conflictos y las experiencias municipales finlandesas. Ya a mediados de los años '80 comienzan las experiencias en Holanda, Alemania y Austria. Por último a comienzos de los '90 inician sus experiencias Francia, España, Italia y Bélgica (Giménez-Salinas i Colomer, Ester 1999:97).

(Giménez Salinas, Esther, 1992).

En términos generales del sistema protector continúa sin distinguirse claramente entre el o la joven delincuente y joven en peligro o necesitado/a de ayuda. “Bajo la idea de que su intervención es solamente educativa, los trabajadores sociales no aceptan las diferencias. Se sigue pues manteniendo que la Justicia interviene, no porque exista una

violación de normas, sino para atender y cubrir una serie de necesidades. En definitiva, la Justicia es vista como el último eslabón del trabajo social. El juez de menores es así considerado como casi un *super asistente social*” (Giménez Salinas, Esther, 1992).

Este modelo ha sido valorado tanto positiva como negativamente, en efecto, en el primer sentido se le reconoce haber sido precursor de una creciente desjudicialización en el ámbito penal juvenil, sin embargo se le ha criticado, ya que a pesar de su intención de reducir el grado de estigmatización y sobre todo los niveles de internamiento, ello no ha sido real en la práctica. Es más en opinión de algunos autores habría aumentado en nivel de intrusismo y de internamiento (Cohen, Stanley 1998; Pavarini, Massimo 1999).

En este sentido Pavarini indica que la nueva forma de política del control social del *Welfare* tendió a privilegiar las medidas alternativas de la prisión y por ello se llevó a cabo un proceso de “fuga de la práctica de custodia” hacia estrategias alternativas de control en libertad. Frente a una forma de segregación que tendía a restringirse cada vez más, creció la utilización de las agencias de control que actuaban sobre el territorio, en lo social. De este modo se configura una política criminal que crea una red institucional cada vez más extensa. (1999:75)

La orientación tratamental del *Welfare* habría patologizado al delincuente y orientado un despliegue de una variedad de intervenciones, que resultarían contraproducentes; más que la excarcelación se habría producido, según los más críticos, una “ampliación de la red” y una “confusión de límites” entre la asistencia y el control (Matthews, Roger 2003:193).

Asimismo, y respecto del movimiento de des-carcelación Cohen concluye que sus efectos no fueron los esperados, en efecto señala que la población carcelaria en Estados Unidos, Inglaterra y Canadá desde fines de los 60 no disminuyó, es más, si no se mantuvo constante se incrementó (1988:78).

En cuanto al control comunitario Cohen señala que más que reemplazar a los métodos tradicionales los complementó. De esta manera para el autor el sistema global no ha hecho sino

crecer. Considera que ello sucede por haber poblaciones equivocadas, inapropiadas en el sentido de no ser las poblaciones a las que se dirigían las primeras reformas. Metafóricamente indica que:

“[...] las redes antiguas siguen pescando a la mayoría de los delincuentes profesionales, en tanto que las nuevas redes pescan a los sobrantes, pero fundamentalmente pescan a los delincuentes menores (los pececillos)” (1988:84).

Así por ejemplo a través de la derivación¹⁴⁸ se abarcaron sectores de la población que permanecían como inalcanzables, definidos como gente joven “con problemas”, “con riesgos” o “en peligro legal”, “pre-delincuentes” o “delincuentes potenciales”. Esta tendencia no sería sólo una extensión de la red, sino una intensificación y formalización de métodos anteriores (1988:84).

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

Por las mencionadas razones y por el desgaste que sufre el tanto en el ámbito económico como político el Estado de Bienestar, el modelo se irá sustituyendo a favor del mixto o de responsabilidad, que recogerá los mejores aspectos de los modelos anteriores. En España este modelo no llegó a realizarse ya que el Tutelar, como ya se indicó, se mantuvo vigente hasta el año 1991 (Cruz B., María J. 2002:96). En efecto, durante el tiempo en que tiene lugar el modelo de bienestar, en España los tribunales de

menores siguen anclados en el modelo instaurado en 1948, basado en el sistema protector, que se remonta a la legislación de 1918, y de hecho durante los años sesenta y setenta “la libertad vigilada- considerada en la época como única medida alternativa al internamiento- disminuyó” (Giménez Salinas, Esther 1992)

1. 4. Modelo de Responsabilidad

¹⁴⁸ Que Cohen denomina la *nueva derivación*, ya que obedece a un proceso formal institucional, a diferencia de la *verdadera derivación*, que siempre ha existido cuando un acto delictivo llega por ejemplo a conocimiento de los padres, maestros, vecinos, etc. Y que no dan lugar a ningún tipo de proceso.

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

Uno de los principales antecedentes del presente modelo es el caso *Gault* y que se desarrolla en el marco de la Ley de tribunales para menores de 1899 en Illinois, Estados Unidos.

Como ya lo adelantamos en la primera parte de este trabajo la constitucionalidad de la ley era dudosa, en particular por la informalidad del procedimiento y porque fue hecha intencionalmente para ser interpretada libremente. Ello finalmente fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1967 en el conocido caso *Gault*¹⁴⁹, en el que el juez Fortas señaló que los y las menores tienen derecho a:

1. notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas que se planteen en su contra;
2. notificación del derecho a ser representados por un abogado consultor en procedimientos que pueden tener por resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del niño o la niña;
3. el derecho al careo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos, y
4. advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados (Platt, Anthony 1982:174).

Especialmente ilustrativo y revelador es el argumento constitucionalista de Fortas al indicar que: “[...] por eufemista que sea el título, un ‘albergue o centro de recepción’ o una ‘escuela industrial’ para menores es una institución de confinamiento donde se encarcela al niño [...] según nuestra Constitución la condición de ser niño no justifica un simulacro.” (Platt, Anthony 1982:175)

Por primera vez se reconocen formalmente algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal. Por ello se le considera un punto de inflexión en la crisis del modelo tutelar o de protección, y el principal antecedente a un movimiento de reformas de las legislaciones europeas y latinoamericanas, de la mano de un

¹⁴⁹ Sobre el caso *Gault* véase Llobet Rodríguez, Javier, Garantías en el procesopenal juvenil. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dunkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 145-149

creciente cuerpo normativo internacional que reconoce a los niños, niñas y adolescentes el carácter de sujetos de derechos y que en materia penal se traduce en reconocerles todos los derechos sustantivos y procesales- reforzados por su particular condición de sujeto en desarrollo- y atribuyéndole responsabilidad por los actos que realiza (Vázquez, Carlos 2007: 150; Giménez Salinas, 1992; Higuera Guimerá, Juan 2003: 54).

Esta responsabilidad, tal como indica Miguel Cillero, debe considerarse como una garantía de los derechos del adolescente, ello porque si la noción de responsabilidad tienen fundamentos jurídicos, es posible limitarla y regularla, en un marco de mínima intervención (2000:134).

Como dice Gaetano de Leo, “reconocer que los(as) menores son en principio responsables significa reconocer que sus acciones le pertenecen y que están dotadas de sentido y de valor para ellos y para los demás (...). De este modo considerarlos responsables formaría parte del proceso educativo” (1985).

En este sentido, uno de los pasos teóricos más difíciles de superar es el relativo a la identificación de menor de edad con inimputable.

Con la entrada en vigor del modelo de responsabilidad¹⁵⁰, en términos generales, la dogmática española considera que “ya no es posible afirmar que el menor de dieciocho años y mayor de catorce sea inimputable¹⁵¹ (...) se crea un sistema de sanciones distinto al de los adultos, en el que priman razones de prevención especial, pero en el que no se olvidan las de carácter preventivo general ni la retribución. Y en definitiva todo ello supone que, a pesar del cambio de nomenclatura, las medidas sancionadoras educativas tengan la naturaleza de auténticas penas¹⁵²” (Lacruz, Juan 2007:253). De este modo, respecto de los y las menores de 14 años sí es posible considerar que concurre una verdadera causa de inimputabilidad y quedan al margen del Derecho penal. Y en cuanto a la caracterización de la imputabilidad de los mayores de catorce y menores de dieciocho, se discute si es plena o si para la ley penal se trata de semiimputables.

¹⁵⁰Mediante la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

¹⁵¹ En el mismo sentido Cerezo Mir, José (2001:86 y 94); Higuera Guimerá, Juan (2002:74), Vázquez González, Carlos (2003:232 y 234) y Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2004:369).

¹⁵² En el mismo sentido Cerezo Mir, José (2001:91 y ss.); Landrove Díaz, Gerardo (2001:161 y ss) y Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2004:369). Y en un sentido diverso por ejemplo Cadena Serrano, Fidel quien señala que: “habrá de convenirse, siguiendo el dictado del T.C. en su sentencia 36/91, que no son penas, sino en verdad medidas de sanción y corrección del menor orientadas, fundamentalmente, al logro de fines de prevención especial” (2002: 94, en Lacruz, Juan 2007:254)

Sobre el particular hay una parte relevante de la doctrina¹⁵³ que considera que estaríamos ante un caso de imputabilidad plena si bien dotada de características específicas dotadas de ciertas características especiales en atención a la propia naturaleza de los y las menores de edad (Lacruz, Juan 2007:254).

Si bien, un análisis exhaustivo de esta materia excede los límites del presente trabajo, sí deseamos señalar algunos aspectos que sobre el particular han precisado destacados autores latinoamericanos.

Destaca la postura de Juan Bustos que propone una distinción entre inimputabilidad y ausencia de responsabilidad (Bustos, Juan 1998). Esto permite avanzar desde la idea de menor inimputable (de 0 a 18 años) a la de adolescente responsable. Como indica Cillero: “El niño es inimputable penalmente e irresponsable, en cambio el adolescente no es imputable desde un punto de vista penal de adultos, pero sí es responsable de sus actos” (2000:119). Estamos, por tanto, “ante un derecho penal especial de adolescentes o modelo de responsabilidad (...) que contempla sanciones especiales y reconoce a los adolescentes una especial capacidad de culpabilidad”¹⁵⁴ (Cillero, 2000).

Mary Beloff se refiere a la inimputabilidad de los y las menores de 18 años, en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos. Sin embargo señala que son imputables como sujetos de derecho, lo que significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona frente a una persecución penal. Y podrán ser inimputables o no dependiendo si existe alguna causal que “excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión” (2001:58)

Para Bustos la idea de un derecho penal para adolescentes descansa sobre el fundamento de la responsabilidad. Todas las personas, incluidos los niños y las niñas son sujetos de derechos

¹⁵³ La misma postura mantienen Vázquez González, Carlos (2003:234); Gracia Martín, Luis/Boldova Pasamar, Miguel/ Alastuey Dobón, María (2004: 447 y ss) y Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2004:369). Y en un sentido diverso, Cerezo Mir, José (2001:95) y García Pérez, Octavio (2000:683 y ss), quienes se decantan por la teoría de la semiimputabilidad.

¹⁵⁴ En el mismo sentido en el contexto chileno Francisco Maldonado, también “parte de la base de una diferencia en el adolescente, en relación con su motivabilidad por las normas penales e, incluso, en relación con su percepción valorativa de tales normas, si bien no lo interpreta como un déficit (de imputabilidad, o de culpabilidad), sino como una diferencia, de modo que el adolescente no tendría ‘menor capacidad’ sino una ‘capacidad como adolescente’, que, en todo caso, justifica una menor exigibilidad” (2004: 130 y ss., en Couso, Jaime 2012: 274).

y ello lleva consigo el planteamiento de la responsabilidad. No es posible considerar a una persona sin ella, aunque sea de un modo condicionado o gradual. Detrás de ello subyace el tema de la capacidad de respuesta y la posibilidad de exigir a la persona ciertas actitudes. Todo bajo el supuesto que el sujeto ejerce al respecto algún grado de autonomía y tiene distintas opciones para responder. En esa perspectiva, desde el punto de vista penal se puede postular la posibilidad de exigir ciertas respuestas, aún tratándose de personas menores de edad. Sería el caso de los y las adolescentes entre 14 y 18 años, quienes han adquirido ciertos conceptos valorativos del sistema social, no sólo en virtud de la formación académica recibida, sino también a través de la convivencia familiar y la exposición a los medios de comunicación, por lo cual es razonable suponer que han adquirido ciertos valores y que por ello, se pueda plantear, a su respecto, determinadas exigencias (2002:79-80).

“En relación con la exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, a la que se suele asociar, consecuencia normativa, la reprochabilidad del comportamiento evitable, la asunción de que los adolescentes, atendidas sus menores capacidades cognitivas, de juicio y autocontrol de los adolescentes, están, como categoría, en una situación de exigibilidad disminuida, parece constituir la base misma para afirmar su culpabilidad disminuida, si bien a veces se alude materialmente a lo mismo mediante la referencia a una capacidad de culpabilidad (imputabilidad) disminuida o a una imputabilidad *sui generis* (...)” (Couso, Jaime 2012: 306).

Por otra parte, este modelo trata de conjugar “lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista y unas medidas de contenido eminentemente educativo. Debe tratarse de una respuesta responsabilizante, que enfrente al menor con el sentido de desvalor social de su comportamiento. Se trata de educar en responsabilidad” (Vázquez, Carlos 2007: 150).

Asimismo este modelo recoge una serie de principios ampliamente reconocidos por el derecho internacional y cuyos principales fundamentos son los siguientes:

Desde el punto de vista jurídico, este modelo descansa principalmente, en la CDN- fundamentalmente artículos 12, 37 y 40- las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) y otros instrumentos a los que nos hemos referido en el capítulo anterior, por ejemplo las Reglas de Bangkok.

En efecto el artículo 12 de la CIDN se refiere al derecho a expresar las opiniones propias y a ser escuchado¹⁵⁵.

“Se trata del derecho a ser oído-luego retomado por el art. 40-, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio como defensa material[...] (Beloff, M., 2001:43), sino que interpretado sistemáticamente, como lo ha hecho Alessandro Baratta, el precepto reconstruye “el sistema de los derechos fundamentales” (1999:52). El autor indica que a la luz de un concepto amplio de libertad, que abarque tanto su uso privado como público, se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos a escucharlo; y el derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. (1999:52-53)¹⁵⁶. Por su parte el artículo 37¹⁵⁷ en relación con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁵⁸ regula la privación de libertad.

¹⁵⁵ El artículo 12 de la CIDN establece:

“1.Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹⁵⁶ Para profundizar sobre esta interpretación véase el artículo de Alessandro Baratta titulado precisamente “Infancia y Democracia”, páginas 31-68 en *Infancia, Ley y Democracia*, García Méndez, E., y Beloff, M. (1999).

¹⁵⁷ Art. 37 de la CIDN establece que:

“Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrán la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades físicas, sociales, culturales, morales y psicológicas de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ellos se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

¹⁵⁸ La Regla 11 establece:

“A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

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

Por último el artículo 40¹⁵⁹ establece los “límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de 18 años es imputado o encontrado responsable de haber cometido un delito” (Beloff, M., 2001:45).

Este precepto en opinión de Miguel Cillero “es la síntesis más completa que se ha formulado sobre política criminal en el ámbito de la naturaleza y finalidades de las consecuencias jurídicas aplicables a adolescentes declarados responsables de infringir la ley penal” (2000:129)

Y contiene tres principios fundamentales:

- a) La intervención debe fomentar el sentido de dignidad y de valor del adolescente;
- b) La intervención debe fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros; y
- c) La intervención tiene por objetivo promover “la integración social del adolescente y que asuma una función constructiva en la sociedad” (Cillero, M., 2000:129).

¹⁵⁹ El artículo 40 de la CIDN establece:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular que:

a) Ningún niño sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes penales por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

b) El niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales tenga, por lo menos, las siguientes garantías:

I. Será presumido inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

II. Será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;

III. La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, a menos que se considere que ello sería contraído al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación, sus padres o tutores;

IV. No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, y podrá interrogar a hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogación de testigos en su favor en condiciones de igualdad;

V. En caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta como consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, conforme a lo prescrito por la ley;

VI. El niño tendrá la libre asistencia de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

VII. Se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento[...] (No se han incluido los incisos 3 y 4 que se analizará en su oportunidad)

Desde un punto de vista filosófico, la única fundamentación posible de un sistema de responsabilidad penal juvenil, debe ser coherente con el principio de mínima intervención o de derecho penal mínimo.

El modelo de Derecho Penal Mínimo, en palabras de Ferrajoli, presenta “diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal [...]” (2001:103)

Las condiciones o límites indicados por el autor son los siguientes:

1. Principio de *retribución* o de la sucesividad de la pena respecto del delito, es decir no se admite ninguna imposición de la pena sin la comisión de un delito (*Nulla poena sine crimine*);
2. Principio de *legalidad*, en sentido lato o estricto, es decir la previsión del acto como delito (*Nullum crimen sine lege*);
3. Principio de *necesidad* o de economía del derecho penal, es decir, la necesidad de su prohibición y punición (*Nulla lex, poenalis, sin necessitate*);
4. Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto, es decir, que el acto sea de efectos lesivos para terceros (*Nulla poena sine crimine*);
5. Principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción, es decir, el carácter exterior o material de la acción criminal (*Nulla iniuria sine actione*);
6. Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal, esto es, la culpabilidad del autor (*Nulla actio sine culpa*);
7. Principio de *jurisdiccionalidad*, en sentido lato o estricto, es decir, el juzgamiento del acto por un juez imparcial (*Nulla culpa sine iudicio*);
8. Principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación (*Nullum iudicium sine accusatione*);
9. Principio de la carga de la prueba o de verificación (*Nulla acusatio sine probatione*) y;
10. Principio del contradictorio, o de la defensa, o de la refutación (*Nulla probatio sine defensione*) (Ferrajoli, L., 2001:93-103)

En síntesis este modelo es entendido como “una técnica de tutela de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2001:335). Se intenta a través de esta construcción minimizar la violencia propia de los sistemas penales. O dicho de otra manera se acepta “como legítima la intervención del derecho penal, sólo cuando la misma produce (o potencialmente podría

producir) una disminución de los niveles preexistentes de violencia. Por el contrario, el mismo principio desaconseja (y deslegitima) la intervención penal, cuando la misma aumenta (o potencialmente podría aumentar) los niveles preexistentes de violencia (García Méndez, E., 2000:12).

En este mismo sentido Ferrajoli indica que: “El fin general del derecho penal, tal y como resulta de la doble finalidad preventiva [...] ¹⁶⁰ puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia de la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento [...] La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia [...]” (2001:335).

En un sentido similar, y en relación con el proceso penal de los y las menores, Perfecto Andrés Ibañez indica que: “El derecho penal democrático, opera en doble vertiente: buscar dar respuesta con racionalidad y equilibrio a la violencia criminal; y al hacerlo intenta evitar reacciones informales. Graduar pues la violencia representada por los delitos y las penas[...]La opción real se da[...] entre violencia informal, sin garantías, o violencia institucional proporcional y reglada, previa acreditación, en un marco de racionalidad probatoria, de que el hecho delictivo imputado ha tenido lugar y es atribuible a un sujeto[...] Un derecho penal presidido por el principio de intervención mínima, es decir, limitado a las acciones más graves de entre todas las lesivas de bienes jurídicos, previstas como delito mediante tipos penales claros; y un proceso penal respetuoso con las exigencias del principio del sistema acusatorio son[...] el medio más acreditado para adquirir conocimiento de conductas desviadas en el respeto de los derechos fundamentales de la persona[...]” (2001:15).

En términos generales, estos son los principales aspectos del modelo de responsabilidad, que con el paso de los años ha entrado en crisis, fundamentalmente por su creciente identificación con un modelo punitivo. Lo que para algunos autores, en el contexto europeo y estadounidense, obedece “fundamentalmente a una serie de graves y violentos sucesos” que han generado ‘alarma social’¹⁶¹ y, por ende, una “demonización” de la juventud (Vázquez, Carlos 2007:175). Y entre los aspectos que se destacan de este giro hacia un modelo más punitivo, se

¹⁶⁰ El derecho penal tendría una doble función preventiva: a) la prevención general de los delitos y, b) la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas (Ferrajoli, L., 2001:331-332)

¹⁶¹ Para profundizar sobre este aspecto véase: “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en occidente”, Vázquez, Carlos (2006: 487-507).

pueden mencionar los siguientes: disminución de la edad mínima para exigir responsabilidad penal¹⁶², exclusión genérica de la aplicación de la jurisdicción de menores a los/as jóvenes semiadultos entre 18 y 21 años¹⁶³, ampliación de los supuestos en los que se priva de la libertad¹⁶⁴, aumento de la duración de la máxima pena juvenil¹⁶⁵ y fortalecimiento de la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante menores delincuentes¹⁶⁶ (Vázquez, Carlos 2007: 178-180)

Estas modificaciones son sólo una expresión del peligroso rumbo que puede adoptar la legislación penal juvenil, que, sin ser alarmistas, tiende hacia un modelo punitivo.

En este sentido, Miguel Cano- con ocasión de las modificaciones operadas en el derecho penal adolescente español- señala que: “el continuo cambio al que se viene sometiendo al Derecho penal de menores contenido en la LORPM no constituye desde luego un fenómeno aislado, sino que se inscribe en las orientaciones político-criminales que se han ido conformando como consecuencia de la globalización económica y las estrategias de seguridad que han venido a caracterizar la nueva sociedad como sociedad del riesgo¹⁶⁷” (2011: 49).

¹⁶² Holanda redujo la edad mínima de responsabilidad penal de 14 a 12 años. En Francia, pese a que la minoría de edad se fija a los 13 años, una reforma del año 2002 ha incluido una serie de sanciones educativas que los jueces pueden pronunciar contra los y las menores de 10 años. En Inglaterra, la presunción de incapacidad de culpabilidad de la que gozaban los y las niños/as de 10 a 14 años ha sido derogada en el año 1998, presumiendo que un niño de 10 años es responsable de sus actos. En el derecho penal alemán algunos proyectos han pretendido reducir la edad mínima para exigir responsabilidad penal de los vigentes 14 a los 12 años. En España ha habido diversas propuestas por parte de la Fiscalía para incorporar a los y las menores de 12 y 13 años (Vázquez, Carlos 2007:178-179).

¹⁶³ Por ejemplo en España mediante la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los/as jóvenes-adultos de entre 18 y 21 años.

¹⁶⁴ En España, la LO 8/2006 de 4 de diciembre, limita la discrecionalidad en la elección de la medida por el juez, al añadir nuevos supuestos en los que el internamiento en régimen cerrado es una medida obligatoria; comisión de delitos graves y delitos que se cometan en grupo o cuando el o la menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación.

¹⁶⁵ En España, la medida de internamiento en régimen cerrado en la redacción original de la Ley 5/2000, no podía superar en ningún caso los 5 años. Sin embargo, en la actualidad el límite máximo alcanza los 8 años, e incluso los 10 años en supuestos de pluralidad de infracciones.

¹⁶⁶ Así sucedió en el caso español mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre que introduce en el artículo 25 la posibilidad de personarse como acusación particular a las personas ofendidas por el delito. Así también lo ha incorporado la legislación alemana tras la reforma de 22 de diciembre de 2006, en virtud de la que se reforma el § 80 apartado 3 de la JGG, de tal modo que “el ofendido o perjudicado puede personarse en el procedimiento en aquellos delitos de especial gravedad (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la indemnidad sexual, delitos contra la libertad personal, robo o extorsión con resultado de muerte), siempre y cuando la víctima «haya sufrido un grave daño físico o psicológico o haya sido expuesta a un peligro de tal naturaleza».

¹⁶⁷ Sobre la delincuencia juvenil y la gestión de ésta como “riesgo” véase el artículo de María José Bernúz B. y Esther Fernández Molina titulado precisamente “La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo” (2008: 1-20)

2.- La ceguera de género. La invisibilización de las niñas y adolescentes infractoras en el estudio de los modelos de tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil.

“El género y el delito están relacionados histórica y transculturalmente. Con independencia de cómo sea medido el delito, es un hecho conocido que los varones tienen más probabilidades que las mujeres de cometer delitos. Sin embargo, más que para preguntarse por las razones de esta relación, el hecho se ha utilizado una y otra vez para justificar la ceguera de género inherente a la criminología” (...) y al derecho penal (Cecil, Dawn 2006: 171).

El hecho de no plantearse preguntas tales como, ¿por qué las mujeres están tan poco representadas en el delito?, así como ¿por qué los hombres están tan representados? expresa una grave limitación en el conocimiento del fenómeno delictivo y su control, es decir, una limitación al saber criminológico (Cecil, Dawn 2006:171; Flavin, Jeanne 2004: 71).

Como señalan Alda Facio y Rosalía Camacho “como son poquísimas(os) las(os) criminólogas(os) que han hecho un análisis género-sensitivo, se puede afirmar que la gran mayoría de la actividad en el campo criminológico, penal y penitenciario ha quedado teñida de androcentrismo, etnocentrismo, heterocentrismo y otras formas de invisibilización y marginación que sufren todos los sectores no dominantes de la sociedad, o sea, los que no pertenecen al sector de los hombres adultos de las clases dominantes, cuya realidad es la que se toma como parámetro (...) Como hemos dicho antes, sin esta visibilización (de género) no es posible entender en toda su complejidad todas las relaciones de poder en nuestras sociedades. Y, si no se toman en cuenta en toda su amplitud las relaciones de poder al explicar el fenómeno de la criminalización de cualquiera de los sexos, o de ambos, o al explicar el control social, se está dejando incuestionada la subordinación del sexo femenino, que es precisamente el sexismo, es decir, no otra cosa que la creencia, consciente o no, en la superioridad de un sexo sobre el otro” (1993: 33).

Al revisar los procesos de criminalización¹⁶⁸ de las niñas, los niños y adolescentes, se observa como la justicia de menores, al igual que otros ámbitos de la justicia, “ha proyectado la

¹⁶⁸ Entendiendo que el objeto de estudio de la criminología son las condiciones de los procesos de criminalización y el derecho penal, con lo que la criminología misma se transforma en sociología del derecho penal. Y el estudio histórico y sociológico de los sistemas de la justicia criminal ha destacado, en particular, su carácter altamente selectivo tanto en lo que

sombra de una falsa neutralidad en el trato de los sujetos. La historia de la justicia de menores nos muestra cómo nuestras sociedades modernas han construido la identidad de género desde la infancia, asignando diferente significado a conductas similares, negando la realidad de las niñas, reprimiendo su sexualidad o ampliando la violencia que se ejerce sobre ellas. Y en la medida que asumamos como uno de nuestros objetivos sociales la igualdad en derechos de niños y niñas es necesario reconocer el diferente significado social atribuido al ser niño o niña en la justicia de menores. Sólo siendo conscientes de las vulneraciones de derechos sufridas por las menores podremos superarlas” (Bodelón, Encarna 2001: 101)

En aras de visibilizar sus particulares experiencias, haremos una breve revisión de cómo estos modelos de tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil, han discriminado a las jóvenes infractoras.

2.1. Antecedentes del Modelo Tutelar.

Como indicamos, en el contexto español, las casas de misericordia, constituye uno de los principales antecedentes de los primeros tribunales de menores. Creadas en Barcelona entre los años 1581 y 1584, esta institución reúne las características prototípicas de la nueva política social asistencial. Y tenía fundamentalmente funciones asistenciales, punitivas, económicas y políticas.

Como institucional correccional, ejemplo paradigmático de institución de control social¹⁶⁹, “la disciplina y el castigo estaban presentes tanto en los criterios de recogida y de encierro de pobres como en el régimen interno a que se les sometía según el grado de virtud o vicio” (Carbonell i Esteller, Montserrat 1997: 65).

En efecto, se ha destacado a las casas de misericordia como uno de los castigos del antiguo régimen que se imponía a aquellas personas consideradas “peligrosas” o “improductivas”. “Lo que no se ha comentado es que eran mujeres de estos colectivos

conciene a la producción de las normas penales (criminalización primaria) como en lo que respecta por parte de los órganos de la justicia criminal (policía, ministerio público y jueces) y de la opinión pública (Baratta, Alessandro 2000).

¹⁶⁹ El desarrollo de estas nuevas instituciones de carácter correccional en la Europa de los siglos XVI y XVIII, ha sido considerado como un ejemplo paradigmático de la “policía de pobres”, expresión del disciplinamiento social propio de la modernidad, caracterizadas por el encierro, la disciplina severa y carcelaria, las largas jornadas de trabajo forzoso y una estricta vigilancia moral. “De estos establecimientos, es ante todo el *hôpital général* francés, nutrido en el siglo XVII de redadas forzosas de pobres a cargo de sus tristemente célebres arqueros, el que se convirtió, a partir de los trabajos de Michel Foucault en el símbolo de la política represiva que el filósofo bautizó como el gran encierro (*le grand renfermement*)” (Bolufer, Mónica 2002: 114).

considerados marginales las que con más probabilidad eran recluidas en estas instituciones. Las ordenanzas de las casas de la misericordia no priorizaban la condición de ser mujer para poder ingresar en estos establecimientos, pero lo cierto es que la población acogida era mayoritariamente femenina” (Almeda, Elisabet 2002:39).

De hecho es un fenómeno constatable la tendencia a la feminización de las instituciones asistenciales¹⁷⁰ en la Europa del área mediterránea en el período moderno. Entendiendo por feminización de las instituciones asistenciales el hecho que la mayor parte de la población asistida son mujeres y que a la larga, estas instituciones tendían a especializarse exclusivamente en un público femenino. Así por ejemplo, el censo de Floridablanca (1787) recoge para la ciudad de Barcelona las instituciones asistenciales más importantes del momento, es decir, el Hospital de la Santa Cruz, la Casa de la Misericordia y Hospicio, la Casa de los Niños Huérfanos, la Real Casa del Retiro y la Casa de Reclusión o Galera. Las dos últimas estaban especialmente destinadas a mujeres. En principio, la Casa del Retiro recogía prostitutas arrepentidas que querían reconducir su vida, sin embargo, en la práctica se ha mostrado que entraban mujeres con problemas económicos y familiares que no necesariamente tenían que responder al perfil de mujer arrepentida. La Galera de Barcelona era el prototipo de prisión para mujeres que se desarrolla en el siglo XVI. Y las tres instituciones asistenciales restantes, orientas a la acogida de pobres, expósitos y enfermos de ambos sexos, registran una mayor representación de mujeres (Carbonell i Esteller, Montserrat 1997: 113).

En cuanto a la edad de la población acogida en la Casa de la Misericordia, al año 1768, la casi totalidad de la población era menor de 25 años (81,2%) y los/as menores de 8 años eran poco representados/as. En las mujeres, los grupos más numerosos son jóvenes entre 9 y 25 años, seguidos de niñas menores de 8 años y mujeres de entre 26 y 35 años, es decir en su casi totalidad en edad de producir y reproducirse (Carbonell i Esteller, Montserrat 1997: 115).

¹⁷⁰ El tratamiento que en esta época (S. XVI-XVIII) se hace respecto de las mujeres delincuentes deja en evidencia el rol que cumplen estas instituciones en el sentido de reguardar un modelo de mujer dócil o como decía Vives “la mujer imaginadamente perfecta” y por tanto, funcional al patriarcado. En este sentido son reveladoras las siguientes expresiones recogidas por Mónica Bolufer (2002:115): “mujeres desamparadas, pecadoras y arrepentidas: tantas mujeres arrancadas a la vida airada, tantas doncellas robadas al peligro, tantas brujas y celestinas redimidas del lenocinio y hechicerías” (Vives, 1526). “Es obra piadosísima y encomendada por Dios, Nuestro Señor, en muchos lugares de la Escritura Sagrada (...)el remedio de las mujeres, con el cual se escusan grandes peligros y deservicios de Nuestro Señor, dándoles maridos que las honren y amparen y sustenten por estar el mundo lleno de pecados de sensualidad, y correr gran riesgo estas personas que no reconocen ni tienen temor de padres, porque no los tienen, así el peligro es grandísimo de perder las alma; e inficionan los cuerpos con mil males contagiosos que resultan desto, con que tanto daño reciben las repúblicas, andando vagando por el reino” (Pérez de Herrera, 1598)

Este predominio de mujeres jóvenes aptas para el trabajo, se entiende a partir de distintas variables relacionadas con la vulnerabilidad que caracterizaba la posición de las mujeres en el entramado social y que no sólo procedía de su exclusión de las instituciones laborales, de las leyes de transmisión del patrimonio o de la limitación en la gestión de bienes, sino de otros factores tales como el control de su sexualidad, cuestión que en un primer momento se realizaba a través de una red de mantenimiento y protección existente al interior de las comunidades tradicionales. Sin embargo, a mediados del siglo XVIII¹⁷¹ - en un contexto en que las mujeres se convierten en las únicas responsables del honor de las familias- es el Estado el que se encarga - a través de las instituciones asistenciales¹⁷²- de controlar, salvaguardar o restituir el referido honor como si se tratase de un bien casi material (Carbonell i Esteller, Montserrat 1997: 115).

Para el control específico de las menores delincuentes, también cabe mencionar a la Real Casa de Arrepentidas de Santa María Magdalena (Madrid)- también conocida como de la Penitencia o Las Recogidas- que si bien tenía por objeto la reclusión de las mujeres en general, anexo a ella se creó en el año 1792 un departamento enteramente separado, pero conectado a la edificación, donde se recogieron “algunas jóvenes indóciles a sus mayores (...)” que tenía como objetivo “regenerar a unas jóvenes que no hubieran adquirido aún todos los vicios mediante el buen ejemplo de sus vecinas, *Las Recogidas*, la frecuencia de los sacramentos y la corrección por medio del trabajo, encauzándolas para vivir con honestidad y aplicación” (Martínez Galindo, Gea 2002: 129-130).

De particular relevancia es la reglamentación que regía a esta unidad del mismo año de su creación, y que ha sido mencionado como uno de los primeros reglamentos específicos respecto del régimen de las menores internas en España. Respecto de la regulación cabe destacar su férrea disciplina, relevándose nuevamente el control de la sexualidad, dejando en evidencia la estrecha unión entre el tratamiento penitenciario (Cámara, Sergio 2011:347).

“Las mujeres que se han de destinar a dicha casa de corrección, serán aquellas jóvenes que, empezando a vivir deshonestamente y no estando del todo prostitutas y abandonadas, o no

¹⁷¹ Momento que coincide con el surgimiento del Estado de Derecho. Sobre el particular, véase Bea, Emilia (1997:99-118).

¹⁷² Entre los tipos de recogimientos de mujeres Mónica Bolufer (2002:115) destaca los siguientes:

- Arrepentidas, Penedidas, Dones de la Penitencia, Convertite.
- Fanciulle Abbandonate, Vergini Miserabili, Zitelli Periclitanti (doncellas en peligro), Casa di Soccorso, Deposito; Colegios/Casas de Doncellas/Niñas/Virgenes Huérfanas y Desamparadas.
- Malmaritate (refugio para casadas).
- Desde principios de siglo XVII: Casa-Galera.

habiéndolo estado durante largo tiempo, ni estando especialmente enfermas, sean condenadas por la Real Justicia a el Hospicio de San Fernando por algún tiempo considerable, como de un año o más” (art.1).

En caso de menores particularmente desobedientes, las Hermanas que: “advirtieren que alguna es incorregible, escandalosa y perjudicial a las otras, despreciando los documentos cristianos y mortificaciones moderadas y prudentes, que se le haya impuesto, darán cuenta al Protector para que pase oficio al Sr. Gobernador de la Sala y Juez de las causa, a fin de que saque del Reclusorio a la incorregible y se lleve a una de las casas destinadas para semejantes mujeres, para que su mal ejemplo no pervierta a las demás reclusas (art. 4).-

“Paralelamente, como antecedentes de los centros de internamiento de menores, los Hospicios se convertirán en una institución ecléctica, a medio camino entre el hogar de beneficencia y la casa de corrección. En estas edificaciones encontramos, ya desde el siglo XVI, pero, sobre todo, a partir del siglo XVIII cuando se desarrolla su normativa, los primeros ejemplos de diferenciación en el régimen de vida de los menores internados de ambos sexos”

Durante el reinado de Carlos III se promulgaron las principales reglas que regían la vida de los y las menores en estas edificaciones. Así, la Real Resolución a consulta del Consejo, de 21 de julio de 1780, se establece la separación de los internos en los Hospicios, tanto por razón de sexo, como por edades. Asimismo contenía un régimen completo y específico para las niñas que se encontraran internadas en el Hospicio, bajo el título “*instrucción y destino de las niñas en los hospicios desde la más temprana edad*”, del que destacamos lo siguiente:

“Desde la mas temprana edad se les instruirá en la doctrina cristiana, a leer y escribir por sus respectivas maestras; y a su proporcionado tiempo se les irá instruyendo en los primeros elementos o principios de las labores propias de su sexo, que son hacer faxa y media.

Luego que estén hábiles, se las pasará a la costura de blanco, siguiendo, a las que descubran inclinación y genio, a los primores de bordados, blondas, redes y encaxes... Instruidas en estos principios, por el primor a que alcancen sus respectivos talentos, se les aplicará a los telares de cintas de hilo, filadiz, algodón, seda y lienzo; cuyas fábricas deberá haber en los hospicios, con buenas y hábiles maestras que cultiven las niñas en las buenas costumbres, inspirándoles con su

ejemplo las virtudes, y la suavidad de genio que necesita después la República en las madres y familias; e ínterin se les harán aprender también los ejercicios domésticos más comunes de labor, amasar, guisar, planchar etc.

Desde que las niñas empiecen a saber hacer faxa, se les irá reservando en depósito la quarta parte de lo que importare el trabajo de sus manos para formarles su peculio, como se dixo de los niños quando llegasen a la clase de oficiales; e instruidas en estos principios, hallarán en el hospicio muchos oficiales y

maestros del pueblo mujeres bien educadas, que solicitar para el santo estado del matrimonio; y muchas señoras de sus casas podrán sacar del hospicio unas criadas útiles, y bien enseñadas en las habilidades propias de su sexo; y si no lograsen en estas dos salidas, se solicitará por los Comisarios del hospicio destinarlas en él para maestras, o entregarlas a sus padres o parientes más cercanos... se les entregará el peculio que hayan formado, y se las vestirá a expensas del hospicio humilde y decentemente” (Novissima Recopilación, Libro VII, Título XXXVIII, Ley VI en Cámara, Sergio 2011:347).

“Hasta bien entrado el siglo XIX el régimen específico para las menores delincuentes, al margen de las reglas genéricas impulsadas por Carlos III en la citada *Resolución*, era prácticamente inexistente en nuestros establecimientos de corrección. De este modo, apenas existían lugares específicos donde las jóvenes corrigendas, separadas del resto de sus compañeras adultas y de los varones, cumplieran su encierro. Anclados en una filosofía de encierro prácticamente medieval, la mayor parte de los *Reformatorios* específicos para las infractoras menores de edad fundados a mediados del siglo XIX y principios del XX, continuaban instalados en conventos, bajo la gestión de congregaciones religiosas” (Cámara, Sergio 2011:349).

En síntesis, las instituciones de carácter correccional destinadas a recoger a menores delincuentes y la incipiente regulación específica, consolidan la discriminación de las niñas, promoviendo determinados estereotipos de género funcionales al patriarcado. Como señala Encarna Bodelón:

“El derecho penal del siglo XIX y buena parte del siglo XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación de del ser social mujer, es decir, de la estructura de género, también en el ámbito juvenil. Por una parte, la mujer joven aparece considerada por el derecho penal histórico como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece un conjunto de controles sobre la sexualidad femenina (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. La imagen de las mujeres que promovieron las nuevas instituciones para chicas creadas durante la segunda mitad del siglo XIX era la de la mujer doméstica, la de las esferas separadas. La mujer, la niña, pertenecía a la esfera privada: ejercía tareas como el cuidado de los otros; sus cualidades eran la obediencia, la modestia y la dependencia” (2001: 103).

2.2. Modelo Tutelar

El movimiento de Los Salvadores del Niño al que nos hemos referido anteriormente, era parte de un movimiento progresista más amplio que, entre otras cosas, estaba particularmente preocupado de los males sociales y morales, como la promiscuidad y prostitución. Liderados por mujeres privilegiadas¹⁷³, el movimiento – a través del establecimiento del tribunales de familia- tuvo una oportunidad para patrullar los límites normativos del orden social (Chesney Lind, Meda y Pasko, Lisa 2004). Particularmente preocupado por la moral sexual, las casas de acogida, hogares para madres solteras y los reformatorios para niñas sirvieron a múltiples funciones orientadas a la restauración del núcleo moral de las niñas, proporcionando atención prenatal y postnatal y conteniendo las enfermedades de transmisión sexual. Y mientras que el primer tribunal de menores originalmente definía como “delincuentes” a los menores de dieciséis años que habían violado una ordenanza de la ciudad o de la ley, cuando la definición se aplicaba a las niñas, el tribunal incluyó conductas tales como incorregibilidad, asociaciones con personas inmorales, la vagancia, la asistencia frecuente a las salas de billar o salones, otra conducta libertina y el uso de lenguaje profano (Meis Knupfer, Anne 2001).

En último término, muchas de las actividades de los protectores de la primera infancia y los tribunales de menores giraban en torno a la vigilancia de la conducta de las niñas, particularmente las niñas inmigrantes y las niñas de color, con el fin de prevenir su desviación del camino de la pureza sexual (Pasko, Lisa 2010:1099).

Lo anterior ha llevado a afirmar a Meda Chesney Lind y Randall Shelden que:

“Las niñas fueron las perdedoras en el movimiento de reformas (de los salvadores del niño) ya que desde un principio –en su mayoría- fueron remitidas a los tribunales de menores por inmoralidad y desobediencia. Una enorme cantidad de niñas que compareció ante los tribunales en las primeras décadas de su funcionamiento, fueron detenidas, juzgadas y en última instancia institucionalizada por sus delitos” (2004:181).

¹⁷³ Parte de las justificaciones de este liderazgo femenino descansan en el rol doméstico de la mujer. En este sentido Platt señala que: “en general se tenía a las mujeres por mejores maestros que los hombres, y también tenían más influencia en el manejo de los problemas de disciplina del hogar”, aunque al mismo tiempo, el autor observaría que las circunstancias sociales que estaban detrás de este maternalismo eran la emancipación de la mujer y los cambios de la vida familiar tradicional que empujaba a mujeres de clase media a labores de carácter filantrópica. Platt incluso señala que este movimiento se formó gracias a los esfuerzos de un grupo de reformadoras “feministas”. Algunos autores han afirmado que tanto feministas como no feministas irónicamente coincidieron en el mito de la domesticidad, esto es, que las mujeres eran moralmente más puras que los hombres, más capaces de altruismo y abnegación (Lasch, Christopher 1965: 53-54, en Platt, Anthony 1982:97)

Situación no muy diversa también se aprecia en el contexto español¹⁷⁴, y de ello dan cuenta alguna de las críticas dirigidas a la primera Ley de Tribunales Tutelares de Menores promulgada en el país el año 1918. Así Antonio Gómez Mesa, al analizar las instituciones auxiliares de los Tribunales Tutelares de Menores, señalaba que: “desde el primer momento se dispuso de Reformatorios para los menores, no se hizo igual, no se contó con las menores para crearse asimismo Reformatorios de niñas; este olvido, imperdonable y absurdo, parece ser que se va subsanando con la creación (...) de ciertas instituciones dedicadas exclusivamente a escuelas de reforma para las menores, gracias a las iniciativas de miembros del Consejo Superior de Protección de Menores, como lo son Matilde Huici y Rafaela Jiménez Quesada” (1934:62-63)

A la época, se trataba de una población muy reducida. Según los datos de Bugallo Sánchez en el año 1929 pasaron por el Tribunal de Madrid, mil ciento sesenta y cuatro niños, mientras que sólo pasaron ciento ochenta y una niñas, es decir éstas representaban un 13,45% (1931:9).

Al mismo tiempo, existían muy pocos centros que se ocupaban de su encierro separándolas de las presas adultas. En este mismo sentido Bugallo señalaba:

“No existe en España, al menos que yo sepa, ningún verdadero reformatorio de niñas, más que el de Madrid, si es que a éste se le puede llamar reformatorio, pues está en período de formación o, mejor diría aún, de transformación.

Fue instalado primero en el edificio que la comunidad religiosa, conocida por las Oblatas, tenía en la calle de Canarias, número 3. Para ello se construyó en uno de los patios, sobre grandes pilares, otro cuerpo de edificio que constaba de un pabellón dormitorio, con veinte camas, una clase para la instrucción de las corrigendas, lavabos y retretes.

Después de 1930, dicha Comunidad adquirió en Carabanchel Alto, una finca que perteneció a la condesa de Montijo y en ella instaló ya el Reformatorio, dividiendo las niñas en dos secciones; una de observación y otra de reforma, llegando a reunirse en él unas noventa educandas.

Dispone el Reformatorio de talleres de modista, tapicería de nudo, planchado, bordado, corte y confección; pero en la actualidad, y dando con ello cumplimiento a lo que la Constitución de la República dispone, se está verificando, aunque muy lentamente, el traslado de las niñas a un edificio situado en Chamartín de la Rosa, donde las menores estarán a cargo de un profesorado laico, lo cual es tan digno de aplauso que debiera ser imitado por lo que a los niños se refiere.

¹⁷⁴De la mano del positivismo correccionalismo vigente a principios del siglo XX. Tal como ha señalado Gutmaro Gómez, “El tratamiento penal de las mujeres fue el campo de batalla, junto al de los menores, del reformismo penitenciario español” (2006:615).

En Barcelona, aunque no disponen, en realidad, de un reformatorio de niñas, cuentan con dos instituciones que en parte pueden, mejor o peor, sustituirlo, y son la llamada Casa de trabajo y La Granja.

En la primera, las niñas, constituyendo una familia, están bajo la vigilancia de una directora casada, que habita el mismo edificio, con su esposo.

En La Casa, hay establecidos algunos talleres que trabajan para fuera de ella, pudiendo las corrigendas salir, si bien nunca solas.

La Granja es una institución basada en el sistema de Elberfeld y destinada especialmente a las niñas procedentes del medio rural. Las educandas, divididas en pequeños grupos, o familias, cada una de éstas con su pabellón independiente, se dedican a trabajos agrícolas, cría de animales domésticos, y aprendizaje de las industrias derivadas de la agricultura y la ganadería.

En cuanto a otras provincias, repito que ignoro si existe algún otro reformatorio de niñas, pero desde luego, si lo hay, no tiene carácter oficial” (1932: 85-88, en Cámara, Sergio 2011:361).

Como se observa se trata de “escuelas industriales y agrícolas semejantes a las establecidas en Europa para los menores infractores, que tuvieron poca difusión en nuestro país, pero que, sin embargo, parecían ser más adecuadas al papel de la mujer de la época, normalmente encargada de la administración de las tareas y labores domésticas” (Cámara, Sergio 2011:361)

En este sentido, el tratamiento otorgado a las menores de edad seguía la misma línea de las mujeres adultas, aunque en este caso particularmente reforzado por su condición de niñas.

Su “educación” se centraba en el aprendizaje de las labores del hogar, cuestión que ya había sido criticada por Concepción Arenal, quien como inspectora de casas de corrección de mujeres¹⁷⁵ intentó poner en práctica en las reclusas los objetivos pedagógicos para que el desarrollo de la razón individual, la atención y cultivo del cuerpo, la libertad de acción e indagación, fuesen posibles y es que ella “a la mujer la quería independiente, y tenía de la misma un alto concepto moral¹⁷⁶. La animaba a que trabajase fuera del hogar por considerar el cuidado de los/as hijos/as no era suficiente para llenas las necesidades espirituales e intelectuales de un ser humano (Cercós i Raichs, Raquel 2009:61).

¹⁷⁵ Cargo que ocupó desde 1868 a 1873. Previamente, el año 1863 fue designada como de visitadora de prisiones de La Coruña, puesto que sin mayor razón aparente se suprime en el año 1865, lo que para la propia Arenal obedecía a que: “Yo era una rueda que no encajaba con ninguna otra máquina penitenciaria y debía suprimirse” (Telo, María 1995:29)

¹⁷⁶ Sobre el particular Arenal señalaba: “en peores condiciones, esto es, siendo más pobre, más ignorante y menos respetada, delinque menos” (1999), disponible <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/cartas-a-los-delincuentes--0/html/>. Véase además su obra *La Mujer del Porvenir* (2003), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-mujer-del-porvenir--2/html/>

Reclamaba para la mujer igual trato penitenciario, ya que ésta “tiene los mismos resortes morales, igual inteligencia, siente, comprende y quiere como el hombre (...) los conocimientos que pueden adquirir en una penitenciaría, afirmamos que con igual facilidad, sino mayor, los adquirirán las mujeres que los hombres” además “en la educación industrial de ésta, nunca se recomendará bastante a la Dirección de las prisiones que salga de la rutina y enseñe a las penadas oficios lucrativos que pueden proporcionarles medios de subsistencia, en vez de limitarse a los que se llama labores propias de la mujer, que no son propias sino para entregarla a la miseria y ponerla al borde de la prostitución” (1895, 269-271 en Cercós i Raichs, Raquel 2009:61).

Por otra parte, a través de sus escritos, denunciaba una serie de aspectos que dan cuenta discriminación de que era (es) objeto la mujer en la sociedad haciendo particular referencia a las mujeres privadas de libertad y que son plenamente aplicables a las menores de edad.

Así por ejemplo, señalaba que las consecuencias que el encarcelamiento suponía para la situación familiar eran mucho más graves en el caso de las mujeres:

“Si es una mujer la que ha sido penada por la ley, el daño es todavía mayor; porque si al delito del hombre aún sobrevive la familia, es raro que el de la mujer no la disuelva. ¿Cómo se rehabilita la mujer delincuente? Su ejemplo es más contagioso, su infamia más endeble; y si su arrepentimiento sincero es posible y edificante, la sociedad parece mirarla incrédula, o la considera cuando más como un objeto extraño y aún admirable pero que no tiene aplicación. Los lazos que rompió el delito de la mujer rotos quedan por lo común para siempre, y la familia pobre que se disuelve puede asegurarse que es familia miserable” (1897:16, en Almeda, Elisabet 2002:68).

Para Arenal, la “buena corrección” se sustenta en dos pilares, a saber, la enseñanza y el trabajo, aunque también era partidaria que los y las reclusos/as se dediquen a actividades formativas y recreativas, siempre que dieran su consentimiento. Entre sus propuestas, destacan tres. Primero, la creación de un cuerpo de facultativo de profesionales en el ámbito penitenciario. Segundo, aumento de establecimientos penitenciarios para reducir masificación y mejorar las precarias condiciones de vida de las cárceles existentes. Y por último, defendía la creación de asilos provisionales para las reclusas (Almeda, 2002:67). En este sentido la pensadora afirmaba: “Con ser tan mala la situación del hombre que sale de presidio, la de la mujer es infinitamente peor. Más despreciada que él, también más tentada (1995:44 en Telo Núñez, María).

Asimismo, y desde una perspectiva más general de la mujer se ha reivindicado el pensamiento feminista de Arenal ya que no sólo manifiesta una “preocupación real por la condición de la mujer en sociedad, sino que además hay una reflexión crítica del papel que históricamente se le ha asignado, siempre reivindicaba una valoración más positiva del rol de la mujer en sociedad y una demanda de mayor participación femenina en los asuntos públicos (...) le resultaba difícil comprender por qué se marginaba a las mujeres de los estudios y de muchas profesiones u oficios acaparados por los hombres. A menudo ‘animaba’ a la mujer para que trabajara fuera del hogar. Consideraba que el cuidado de los hijos/as y la casa no era una actividad suficientemente estimulante para llenar las necesidades espirituales e intelectuales del ser humano. Ciertamente, para esta pensadora, el ideal de ama de casa era un ideal equivocado y anacrónico que debía cambiarse” (Almeda, Elisabet 2002: 68).

Continuando la labor iniciada por Concepción Arenal, destaca el trabajo de la jurista malagueña Victoria Kent¹⁷⁷, quien- durante la segunda República (1931)- asumió como Directora General de Prisiones, cargo que ostentó hasta el 1932. “Partidaria de redimir al hombre por el trabajo, el factor educativo más fuerte y eficaz, quiso desarrollar en el penado habilidades que le fuesen útiles al reintegrarse en la sociedad (...)siguiendo las intenciones del krausismo”. Sin embargo lo que realmente le preocupaba a Kent, era la situación de la mujer presa. Porque “(...) la mujer delincuente delinque poco pero sufre un castigo mil veces más duro que el hombre. Yo he visto cárceles de mujeres y son un espectáculo de horror. Primero arreglar cárceles para mujeres, no por ser mujeres; mi criterio es de absoluta igualdad” (Telo, María 1995:97). En esta perspectiva, Kent llevó a cabo una serie de reformas penitenciarias, entre las que destaca la construcción de una nueva cárcel de mujeres en el barrio de las ventas de Madrid y creó, reglamentó y estructuró la Sección Femenina del Cuerpo Auxiliar de Prisiones, suprimiendo el cuerpo de monjas que atendía a las presas, abogando, de este modo, por un cuerpo especializado en las referidas funciones.

Sin embargo, “la prisión continuaba constituyendo un lugar donde reinaban los valores dominantes y en donde se efectuaba un control de los elementos que entraban en contradicción

¹⁷⁷ “Discípula de Jimenez de Asúa, abogado socialista y vinculado a los círculos krausianos, su influencia se reflejaba en el pensamiento de la malagueña que coincidía con las ideas correccionalistas aunadas con el humanismo fruto de su formación en la Institución Libre de Enseñanza. Es quizás también por esa razón su profundo respeto por la quien, sin duda, llegó a ser un modelo y referente: Concepción Arenal” (Cercós i Raichs, Raquel 2009:63).

con las clases que ejercían el poder en el primer tercio del siglo XX. De hecho Victoria Kent, también fue víctima como Concepción Arenal, del androcentrismo. El resultado fue su dimisión del cargo de Directora de Prisiones un año después de su nombramiento” (Cercós i Raichs, Raquel 2009:65).

De este modo, “ni las ideas revolucionarias de la II República en lo que respecta a la igualdad entre sexos, que recogían el testigo que durante el siglo XIX había dejado la obra de Concepción Arenal, pudieron imponer un nuevo orden pedagógico para la menor infractora” (2011:362), ni menos un tratamiento jurídico no sexista.

Precisamente, sobre el régimen educativo a que se sometía a las menores durante el modelo tutelar se pronunció Bugallo Sánchez:

“Lo mismo que con la educación sucede con la instrucción, no debe someterse a plan fijo; mas, sin embargo, pueden trazarse algunas líneas generales (...): debe ser física, moral, intelectual e industrial, igual para los varones que para las hembras, pues dadas las corrientes modernas, que cada día abren nuevos caminos a la mujer para que entre a participar con el hombre en los azares de la cruenta lucha por la vida sin tener que resignarse a estar bajo su dependencia económica, es necesario que las delincuentes, al ser puestas en libertad, estén en condiciones de entrar en la sociedad bien pertrechadas también para la batalla, no debiéndose limitar, por tanto, para ellas la enseñanza a labores y quehaceres domésticos, sino procurando que al salir sean prácticas en contabilidad, mecanografía, idiomas, telegrafía, telefonía y todos aquellos conocimientos que puedan servirles para ganarse el sustento, sin que tengan que recurrir de nuevo al delito ni a la prostitución.

No impide esto, claro está, que se les enseñe a ser buenas madres de familia, cosa importantísima, pues una madre influye siempre en el corazón de sus hijos y hacer buenas madres es crear una buena generación futura¹⁷⁸” (132:82).

La victoria del franquismo truncó cualquier intento de innovación en la materia, “pasando la mujer y por tanto también la niña (...) a un plano secundario en relación con el hombre” y las adecuaciones legislativas del texto de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores se encuentran “dominadas por un criterio paternalista y moralizante propio de la época en que se

¹⁷⁸ A pesar de reconocer la contribución del trabajo de Bugallo Sánchez, en el sentido de visibilizar la situación crítica en que se encontraban las menores internadas, consideramos que sus planteamientos eran realizaba desde una óptica paternalista-asistencialista, sin cuestionar la situación de inferioridad social que vivía la mujer en aquella época. En este sentido se comprende el estudio criminológico, que lleva a cabo el autor, sobre la mujer delincuente menstruante, en efecto, él pensaba que “el ser mujer el delincuente ya atenúa su responsabilidad, según la mayoría de los juristas, y buena prueba de ello es que, en casi todos los códigos, había y hay penas que sólo se aplican al hombre”. Y las causas de que la mujer sea una delincuente inferior al hombre, descansarían en que “el organismo de aquella es más delicado, su psiquismo más débil, su emotividad más sutil, la sufestibilidad extraordinaria y la sensibilidad exquisita: únase a esto atavismos ancestrales, su escaso juicio por atrofia (pues no se le ha permitido ejercitarlo, en esa injusta esclavitud en que se le ha mantenido durante siglos, siendo la sierva a la que no se permitía ni razonar, ni instruirse, ni apenas aprender a mal leer y peor escribir, pues si alguna más resuelta, conseguía, a pesar de todo, revelarse y adquirir una cultura, siquiera media, se la motejaba de bachillera y cultilatiniparda (...)” (1935: 91-98, en Acale, María 2006:24-25).

promulgó, adoleciendo, por lo demás, de graves lagunas, contradicciones e incoherencias que resultan inadmisibles en cualquier regulación jurídica” (Giménez i Colomer, Esther 1981: 27).

2.3. Modelo de Educación o Bienestar

A fin de graficar la situación de las menores delincuentes durante la vigencia de este modelo, nos referiremos al caso paradigmático de Estados Unidos, el que en materia de “corrección” de menores evoluciona desde un tratamiento basado en la actuación de las instituciones a una creciente desconfianza general en ellas durante los años sesenta. Lo que contribuyó, como ya lo hemos señalado, al surgimiento de aproximaciones basadas en la prevención, la derivación (diversión) y la desinstitucionalización (Miller, 1961).

“La masiva distribución de fondos por parte de la nueva Administración de Apoyo al Cumplimiento de la Ley (*Law Enforcement Assistance Administration*) en los años 1970 animó la proliferación de programas diseñados para librar a los(as) jóvenes susceptibles de redención de las formalidades y estigmas de la jurisdicción de menores. La Ley de Prevención de la Delincuencia y Justicia Juvenil de 1974 (*1974 Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act*) puso gran énfasis en el tratamiento de base comunitaria e incorporó la prohibición de encarcelar a los(as) infractores de *status* en establecimientos cerrados de detención y corrección. La desinstitucionalización se puso de moda, aunque estaba reservada mayormente para los(as) autores de infracciones de *status*. Opciones no privativas de libertad eran los hogares tutelados, las comunidades terapéuticas abiertas, los centros de día y los programas en la naturaleza. Sin embargo, las evaluaciones de estos programas no han podido acreditar reducciones apreciables de la conducta desviada entre los(as) menores” (Welsh, Harris, y Jenkins 1996, en Harris, Philip; Welsh, Wayne y Butler, Frank 2006:62)

En efecto, desde la década de 1960 operan cambios significativos en el sistema de justicia de menores. Y en lo que dice relación con las principales transformaciones que afectan a las niñas y el control de la sexualidad cabe señalar las siguientes. En primer lugar, como lo indicamos, a partir de la década de 1970, se realizaron esfuerzos concertados en los niveles federal y estatal (algunos) de desinstitucionalización los delincuentes habituales, a través de *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act* (1974). A pesar de la aplicación incoherente de esta disposición y algo de resistencia por parte de los estados para despenalizar a los/as delincuentes

habituales, las niñas fueron las claras beneficiarias de la reforma, ya que ya no podían ser encarceladas directamente por desobediencia filial, huir de casa, ausentismo escolar o inmoralidad. Los índices de internamiento de las menores infractoras en los centros penitenciarios y de detención en los Estados Unidos se redujo en las décadas posteriores a su paso, lo que estaba en claro contraste con las tendencias anteriores del siglo (Pasko, Lisa 2010:1108-1109).

Además, los estudios realizados sobre la toma de decisión de las cortes encontraron menos evidencia clara de la discriminación contra las niñas en aquellos lugares del país donde se estaban produciendo los esfuerzos más serios de desviación (Teilmann y Landry, 1981 en Chesney Lind y Shelden 2004:175).

A pesar de estos avances, particularmente durante los primeros años del movimiento de desinstitucionalización los estudios posteriores de los tribunales en la década de 1980 y principios de 1990 muestran que los y las infractores/as de *status*¹⁷⁹ aún son severamente sancionados (Chesney Lind y Shelden, 2004: 175). En un sentido similar, Harris, Welsh, y Butler, consideran que las evaluaciones de los programas de *desinstitucionalización* “no han podido acreditar reducciones apreciables de la conducta desviada entre los(as) menores” (2006:62).

Por otra parte, “los desafíos a la desinstitucionalización durante los años 1980 y 1990 indican que los logros alcanzados en la erradicación de los prejuicios de género siguen estando en peligro e incluso podrían revertirse”. Asimismo respecto de los tribunales del siglo XXI “(...) es demasiado fácil encontrar pruebas de que las niñas que entran en el sistema -y no sólo en los Estados Unidos - están recibiendo una forma especial, discriminatorio de la justicia¹⁸⁰” (Chesney Lind y Shelden, 2004:181-182).

Una muestra de ello, es que de acuerdo a Chesney Lind y Shelden (2004), la sexualidad de las jóvenes es uno de los elementos que suele ponerse bajo observación. “Frecuentemente durante el proceso se hace referencia a la actividad sexual de las chicas. Esta información se usa

¹⁷⁹ En el original, *status offenders*.

¹⁸⁰ Las autoras señalan que las niñas están sobrerrepresentados entre los/as acusados/as de *status offenses*, cuestión que fue reconocido como hipótesis de trabajo de la *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act* reautorizada de 1992, la que solicitó a la GAO (*Government Accountability Office*) realizar un estudio de los prejuicios de género en los sistemas de justicia juvenil del estado, con especial atención a la frecuencia con la que las mujeres han sido detenidas por este tipo de delitos (Chesney Lind y Shelden, 2004:179).

de tal forma que se produce lo que se ha denominado un proceso de ‘sexualización de la delincuencia femenina’, es decir frecuentemente los profesionales consideran que las chicas con problema tienen problemas con su sexualidad. El problema principal es, sin embargo, que muchas de las chicas han sufrido abusos sexuales¹⁸¹” (Bodelón, Encarna 2003: 463).

2.4. Modelo de Responsabilidad.

Como señalamos el modelo de responsabilidad, significó reconocer que los y las menores son sujetos de derecho y responsables, en la medida que son capaces de autodeterminarse, con todas las consecuencias jurídicas ya revisadas anteriormente, y que tienen su mayor expresión jurídica en la CIDN (1989).

En lo que se refiere al tratamiento jurídico de las menores infractoras, cabe señalar que en la mayoría de los textos revisados en lengua castellana, relativos a la justicia juvenil y el modelo de responsabilidad, su situación se invisibiliza, y sólo hacen referencia al menor o al niño.

Se hace del todo pertinente lo señalado por Encarna Bodelón cuando afirma que:

“El sexismo del lenguaje utilizado no es únicamente una cuestión terminológica, si así fuera bastaría por incluir en nuestras leyes y regulaciones la expresión más genérica ‘infancia’ o la más concreta, niña o niño. Sin embargo (...) el problema no se resuelve incluyendo la referencia lingüística a las niñas” (2003:461).

Este silencio, ya presente en los modelos anteriormente revisados, constituye una más de las discriminaciones que viven las mujeres en general y las mujeres y menores delincuentes en particular. Particularmente grave es la constatación que hemos efectuado en algunos casos, cuando el Estado u organismos internacionales de referencia en el contexto latinoamericano no cuentan con información estadística específica, de tal modo que deberíamos entender comprendida la situación de la delincuencia juvenil femenina en la delincuencia juvenil a secas. Se hace verbo el sexismo en general y algunas de sus expresiones más “rutilantes” ya identificadas

¹⁸¹ Recientes informes señalan que en Estados Unidos de América: “hasta el 73 por ciento de las niñas en el sistema de justicia juvenil tienen antecedentes de violencia física y sexual” en “H.R. 1833--113th Congress: Improving the Juvenile Justice System for Girls Act of 2013.” [www.GovTrack.us](http://www.govtrack.us). 2013. February 3, 2014 <<http://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr18>. En sentido similar, estudios anteriores de Chesney Lind y Shelden (1992) sobre las chicas norteamericanas detenidas muestra que entre dos tercios y tres cuartos de ellas son chicas que han sido abusadas sexualmente” (en Bodelón, Encarna 2003: 463).

por Margrit Eichler. En efecto, en este caso específico nos encontramos ante documentos insensibles al género, que como señalan Facio y Camacho se “presenta cuando se ignora la variable sexo como una variable socialmente importante o válida. Este es el caso de casi todos los estudios que se hacen sobre los efectos de determinadas leyes o políticas, cuando se olvida, que los sexos tienen género y que los efectos son distintos en cada uno de ellos si se toma en cuenta los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización del tiempo y del espacio diferenciada para cada sexo, el menor poder femenino, etc. Cuando no se toma en cuenta la variable género, es imposible identificar cuáles son los problemas que no se vieron para uno u otro sexo, porque sencillamente la información no está presente (Facio, Alda y Camacho, Rosalía 1993:39)”

De lo revisado en la escasa documentación recopilada relativa a las menores infractoras y su tratamiento en el modelo de responsabilidad, presentaremos algunas cuestiones puntuales sobre la delincuencia juvenil femenina y su tratamiento jurídico en el actual contexto español, con el fin de caracterizar su situación al interior del sistema de justicia juvenil.

2.4.1. España: delincuencia juvenil femenina y su tratamiento jurídico penal en la actualidad.

Como ya hemos indicado, el modelo de responsabilidad español ha tendido hacia aspiraciones más punitivas alejadas de los principios inspiradores de la original Ley Orgánica 5/2000¹⁸², particularmente en el núcleo más duro (Bernúz, M. José 2005; Vázquez, Carlos 2007; Cano, Miguel 2011).

¹⁸² Recordemos que se modificó la LO 5/2000 antes y después de su entrada en vigor. “Así, antes de su entrada en vigor, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, relativa a los delitos de terrorismo, permitió cambiarlas condiciones de enjuiciamiento y aumentar la duración de las medidas de internamiento para los delitos muy graves (homicidio, asesinato, agresión sexual grave y violación); y la LO 9/2000, de 22 de diciembre, suspendió la aplicación de la LO

5/2000 para los jóvenes adultos de entre 18 y 21 años. Después de su entrada en vigor, se han sucedido dos modificaciones más. La primera fue la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal que introdujo la acusación particular para las víctimas de un delito cometido por un menor. Dicha Ley, siguiendo la tónica de las reformas anteriores, se sustentó en la necesidad de calmar la alarma social que generó un nuevo caso, excepcional pero muy dramático: el denominado caso “Sandra Palo”. Finalmente, la última reforma ha sido introducida por la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Esta reforma, además de seguir insistiendo en la necesidad de incrementar la duración de las medidas para el denominado núcleo duro de la delincuencia juvenil, ha reforzado la posición de la víctima en el proceso, regulando más extensamente sus derechos y dotando de recursos al Juez para garantizar una mayor protección de la misma” (Bernúz, María J. y Fernández, Esther 2008: 5).

Se trata de delitos violentos que causan alarma social y que consolidan la percepción de un aumento imparable de la delincuencia juvenil. Sin embargo, diversos estudios, particularmente aquellos que revisan tanto datos oficiales como autoinformes, ofrecen una imagen diferente “el porcentaje de jóvenes antisociales y delincuentes en España permanece estable en conjunto, con ligeras subidas y bajadas en conductas concretas. Igualmente, el patrón de conducta antisocial se mantiene: se inicia en torno a los 13/14 años, comienza a descender al final de la adolescencia (18 años), se hace en compañía de otros y las conductas más frecuentes siguen siendo el consumo de alcohol, los robos en tiendas, las peleas y el vandalismo” (Fernández, Esther; Bartolomé, Raquel; Rechea, Cristina y Megías, Ángel 2009: 23)

En lo que respecta a la delincuencia juvenil femenina- en el contexto español- cabe hacer las siguientes observaciones:

a) Aumento de la delincuencia juvenil femenina: si se observan los datos del Ministerio del Interior (comparación ratio 10.000 habitantes de detenidos juveniles 0 a 17 años en España por sexo 1998 y 2007), efectivamente se aprecia un aumento¹⁸³, aunque no es particularmente significativo, se pasa de un 8,5% en 1998 a un 12, 2% en el año 2007 (ver gráfico 1). (Fernández, Esther et.al., 2009)

Asimismo de las investigaciones realizadas (García Pérez, Octavio 2008; Fernández, E 2008) se puede concluir que del número de expedientes de reforma incoados el año 2001, el 9,6% corresponde a mujeres mientras el 90,4% a hombre y el 2006, el 17,5% y el 82,5% respectivamente, es decir, se confirma la tendencia (ver tabla 1).

En un sentido similar, un estudio desarrollado en Cataluña y que comprende el período 2001-2004, aprecia un aumento del número absoluto de chicas atendidas en los diferentes programas de Justicia Juvenil, aunque en términos porcentuales respecto de la población juvenil su presencia disminuye en todos los programas, con excepción de la medida en medio abierto (ver tabla 2). Sin embargo, si tomamos el conjunto de medidas a que son sometidas en relación a la población juvenil, su presencia aumenta porcentualmente de un 13,41 al 2001 a 14,4 el 2004 (ver gráfico 2) (Panchón, Carme; Ferrer, Carles y Costa, Sandra 2005).

¹⁸³ Lo mismo sucedería con la delincuencia femenina adulta.

Si observamos las últimas estadísticas publicadas por la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña, se aprecia un aumento significativo desde el año 2006, aunque el porcentaje se mantiene relativamente estable en un 17% (ver gráfico 3). En síntesis, se confirma la tendencia existente en el estado español.

En Estados Unidos de acuerdo a los datos de la Oficina Federal de Investigaciones, en el período comprendido entre 1991-2000, las detenciones de las menores de edad aumentaron más (o disminuyeron menos) que las detenciones de niños por la mayoría de los tipos de los delitos (Departamento de Justicia de Estados Unidos, 2010). Entre 1991 y 2003, las detenciones de las niñas aumentaron en un 98%, en comparación con una expansión del 29% en las detenciones de los muchachos (Chesney-Lind, Meda; Morash, Merry y Stevens, Tia 2008:162-163). Otros estudios más recientes también registran un aumento de la proporción de chicas que ingresan al sistema de justicia juvenil, desde un 20% en 1980 a un 30% el año 2009 (2013¹⁸⁴; 2012¹⁸⁵).

Sobre el mismo punto, en el contexto estadounidense, se ha señalado que el aumento se debe en parte a que las chicas son arrestadas y llevadas a juicio por delitos no tradicionales. Entre 1985 y 2002, el mayor incremento tuvo lugar en los casos de delitos contra las persona (202%). Y en cuanto a otras ofensas personales aumentaron un 322% (el aumento masculino comparable es del 111%). También se ha apreciado dicho aumento en delitos de drogas (171% entre las niñas en comparación con un aumento del 156% en las referencias de los muchachos). Y en cuanto a los delitos contra la propiedad, los delitos cometidos por chicos se han reducido un 19% y el número de casos cometidos por chicas aumentó un 27% (Chesney-Lind, Meda; Morash, Merry y Stevens, Tia 2008:162-163).¹⁸⁶

¹⁸⁴ 113th Congress: Improving the Juvenile Justice System for Girls Act of 2013. (2013). <http://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr18>.

¹⁸⁵ Office of the Juvenile Defender, disponible en <http://www.ncids.org/JuvenileDefender/Guides/RepresentingGirls.pdf>

¹⁸⁶ Ante este aumento, se podría esperar un crecimiento paralelo en aquellos programas que eviten que las chicas infrinjan la ley, tanto para “desviarlas de la penetración profunda en el sistema de justicia de menores y para responder a sus necesidades y a las causas de su comportamiento ilegal (...) sin embargo, hay señales de falta de alternativas apropiadas, ya sea antes de la sentencia o después de ella a la espera de una colocación en la comunidad”. En el contexto estadounidense estaríamos ante un patrón que amenaza con deshacer décadas de esfuerzos de 'desinstitucionalización', y sin perjuicio de el aumento de género femenino, también hay claras diferencias basadas en la raza por ejemplo, un estudio realizado por la *American Bar Association* y la *National Bar Association* (2001) reveló, aunque las niñas blancas constituyen una clara mayoría de

Este leve aumento de la presencia de las menores de edad en el sistema de justicia de menores, “podría estar relevando un cambio en la estrategia de judicialización en relación a las chicas (...) Así, los datos oficiales muestran que su comportamiento es puesto en conocimiento de las instancias de control formal en mayor medida (...)” (Fernández, Esther et. al., 2009:25). En un sentido similar otros estudios señalan que no sólo ha crecido la persecución y judicialización, sino también la denuncia de los delitos cometidos por chicas (Steffensmeier et al., 2005 y 2008).

Por su parte Carla Davis, plantea que luego que en el año 1974 se despenalizara el *status offense*, “los desafíos a la autoridad de los padres ahora se construyen y se procesan en otras categorías oficiales de delitos o crímenes” y agrega: “estas niñas, en gran medida se clasifican como delincuentes por sus familias que acuden a la justicia en busca de ayuda” (2013: 69-85). En el mismo sentido Feld (2009) mantiene la tesis de que se están produciendo un nuevo etiquetado en las chicas de los delitos de estatus, no perseguibles, por otros que sí lo son y que permite mantener en los sistemas de control a las “chicas incorregibles”.

b) Tipos de delitos que cometen las chicas

En el contexto español los delitos que cometen las chicas en relación con los chicos son en general de la misma intensidad.

En este sentido el estudio coordinado por Octavio García, señala que al analizar la aplicación de la Ley 5/2000, de un total de 1231 varones, el 74% efectuó delitos contra el patrimonio, el 20% lesiones y el 3,5% amenazas. En el caso de las mujeres, de un total de 130, el 66,9% realizó delitos contra el patrimonio, el 27,7% lesiones y el 12,3% amenazas. Un elemento a destacar es que, en el caso de las mujeres, aproximadamente la mitad de las infracciones tanto con la vigencia de la Ley 4/92 como con la 5/00 está constituida por faltas, mientras que los porcentajes son considerablemente inferiores en el caso de los chicos. En éstos con la Ley 4/92 en torno al 35% estaba enjuiciado por falta mientras que con la 5/00 este porcentaje bajaba hasta

la población en situación de riesgo (65%), casi la mitad de las niñas en *detención de seguridad* en los EE.UU. eran afroamericanas (Chesney-Lind, Meda, et.al., 2008:163)

el 25,6%. Por otra parte, en un análisis comparativo de la delincuencia patrimonial cometida por varones y mujeres cabe señalar algunas diferencias, al revisar la Ley 4/92 se concluye que los varones cometen mucho más robos con fuerza en las cosas que con violencia o intimidación (25% frente al 16%), en el caso de las mujeres la tendencia se invierte, cometiendo más delitos de robo con violencia o intimidación (21% frente a un 15%). Asimismo se aprecia que los hurtos o robos de uso de vehículo a motor o ciclomotor se cometen fundamentalmente por varones (13%), teniendo una escasa incidencia en las mujeres (4%). Respecto a los daños y hurtos, los varones cometen más de los primeros (245 frente al 22%) y la tendencia se invierte en los segundos (20% frente al 35%) (2008: 75-77).

De acuerdo a los datos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (AMIR) de 2012¹⁸⁷, del total de detenciones e imputaciones de menores de edad por causa de infracción penal, las tendencias se mantienen, aunque con algunas mínimas variaciones. En primer lugar, del total de estas detenciones e imputaciones, respecto de las mujeres, casi la mitad corresponde a faltas (44,7%) a diferencia de los hombres, respecto de los cuales la proporción es significativamente inferior (19,2%). En cuanto al total de detenciones e imputaciones por delitos, cabe señalar que tanto respecto de hombre y mujeres la mayoría corresponde por delitos contra el patrimonio, 67,5% y 61,4% respectivamente. Los hombres aparecen con mayores porcentajes en los robos con fuerza, 28,8% a diferencia del 13,28% de las mujeres. Y se mantienen con menor proporción en los robos con violencia, aunque la diferencia es menor de un punto porcentual (20, 81% hombres y 21,02% mujeres). Las mujeres siguen con mayores niveles de detención e imputación por delitos de hurtos (17,9%) a diferencia del 7,9% de los hombres. En lo que se refiere a los delitos contra las personas, las mujeres aparecen con una mayor proporción, equivalente al 15,6% a diferencia del 11,5% de los hombres. Y por último, respecto del tráfico de drogas, ambos sexos muestran una baja incidencia, aunque las mujeres aparecen levemente más representadas, 3,05% a diferencia del 1,9% de los varones adolescentes.

Deseamos hacer algunas consideraciones, sobre la participación de las mujeres en los delitos violentos. Sobre este punto un estudio del 2009 señaló que las mujeres efectivamente “cometen proporcionalmente más delitos violentos. Según los datos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (AMIR) de 2007, de los delitos que han cometido las chicas un 22,1%

¹⁸⁷ Anuario Estadístico disponible en <http://www.interior.gob.es/file/63/63661/63661.pdf>, última visita 7 de febrero de 2014.

son robos con violencia frente al 14,7% de los chicos, un 6,1% son lesiones frente al 5,7% de los chicos. Por el contrario cometen proporcionalmente menos delitos patrimoniales, por ejemplo, de los delitos cometidos por chicas un 10,4% son robos con fuerza frente al 18,5% de los chicos, siendo la única excepción en este sentido los delitos de hurto que representan un 20,5% los cometidos por las chicas frente al 6,4% de los chicos” (Fernández, Esther et. al., 2009:21).

Sobre el particular, el mismo estudio concluye que: “las chicas que aparecen en el sistema de justicia lo hacen en mayor medida por este tipo de delitos, aunque los datos de autoinforme muestran que la mayor distancia entre chicas y chicos se da en las conductas violentas (...) lo que obedecería al mayor control formal en éste tipo de conductas¹⁸⁸” (Fernández, Esther et. al., 2009:26).

Otro estudio desarrollado en el ámbito español, sobre la delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina concluye que “las diferencias fundamentales encontradas se refieren a la prevalencia o tasa de participación, que es más baja en la mujer para todas las categorías, excepto en conductas problemáticas (faltar al colegio y fugas de clase). (...) las mujeres se inician en la mayoría de los comportamientos estudiados un poco más tarde, y la prevalencia comienza a decrecer a una edad más temprana, si consideramos el total de conductas delictivas. Las diferencias más llamativas se dan en el caso de las conductas violentas (...) mucho más frecuentes en los chicos que en las chicas” (Montañés, Juan; Bartolomé, Raquel; Latorre, José y Rechea, Cristina 1999: 276).

Sobre este punto, estudios desarrollados en Estados Unidos de América señalan que las chicas “en general” cometen diversos tipos de delitos, pero es menos probable que se involucren en delitos serios y violentos a diferencia de los chicos. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, la investigación, en particular aquella procedente de estudios de auto- informes, sugiere que hay más similitudes de lo imaginado previamente entre la delincuencia masculina y femenina. Asimismo en este contexto, la evidencia indica que la delincuencia femenina ha cambiado un poco en las últimas tres décadas. Tanto las estadísticas de detención oficiales, como los datos de auto-informes sugieren que los cambios que hemos visto en las infracciones que cometen las

¹⁸⁸ Las/os autoras/es plantean que es cierto que la prevalencia de conductas violentas se ha mantenido estable en las chicas, mientras en los chicos ha descendido, lo que plantea la cuestión de que lo insólito era que antes no llegaran al sistema (Fernández, Esther et. al., 2009:26).

niñas han sido en faltas leves y tradicionalmente *female offenses* a pesar de toda la atención que se presta a los aumentos de los arrestos por delitos violentos¹⁸⁹. En general, las niñas siguen siendo detenidas y conducidas a los tribunales por un gran número de infracciones contra la propiedad y *status offenses* (Chesney –Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:29-30).

En el caso de infracciones contra la propiedad, estudios estadounidenses destacan el hurto en tiendas¹⁹⁰ como la conducta más cometida por las niñas. “De los escasos estudios disponibles, aparece que las niñas y los niños tienen la misma probabilidad de hurtar en tiendas, pero las chicas tienen más probabilidades de ser detectadas por personal de la tienda, detenidas por la policía y remitidas a la corte juvenil. Los objetos hurtados por las chicas son de menor valor que los hurtados por los niños, y las niñas son más propensas a ser aficionadas¹⁹¹. La mayoría de los artículos que las chicas hurtan son para uso personal y puede estar vinculada a su deseo de cumplir con un estándar de belleza femenina y apariencia que de otro modo inaccesible a las niñas pobres” (Chesney –Lind, Meda y Shelden, Randall 2004:62-63).

En síntesis, las mujeres no sólo cometen menos delitos sino que, además, éstos son de menor gravedad que los realizados por los varones. Los datos revisados, “no avalarían los argumentos de las teorías que indicaban que los cambios en el rol femenino y la igualdad de oportunidades para delinquir, han supuesto un aumento en la tasa de comportamientos problemáticos, agresivos y violentos de las chicas hasta el punto de equipararse a los chicos, tal como lo anunciaban (Montañés, Juan et. Al., 2009:276)

Asimismo las chicas participan menos pero cuando lo hacen se comportan de modo similar a los chicos y son las más jóvenes que delinquen más, en síntesis el patrón de conducta en términos generales es similar (Montañés, Juan et. al., 2009:276; Fernández, Esther et. al., 2009:26)

c) Respuestas de los Tribunales

De acuerdo a los escasos estudios realizados en el contexto español aunque parece exigirse más de la esfera formal, las respuestas parecen ser más benévolas y con un carácter más terapéutico que de reforma. El estudio de Fernández (2008) indica que si bien por una parte se las judicializa menos (se ha impuesto medida a un 59,8% de los chicos y a un 49,5% de las

¹⁸⁹ Sobre la delincuencia femenina más violenta véase el artículo de Meda Chesney Lind y Vickie V. Paramore, *Are Girls Getting More Violent?* (2001), disponible en <http://www.sagepub.com/martin/Chesney-Lind.pdf>

¹⁹⁰ N. del T. En el original *shoplifting*.

¹⁹¹ N. del T. En el original *amateurs*.

chicas) y por otra, cuando el Juez impone una medida a las chicas, proporcionalmente, aplica más amonestación y medidas comunitarias, y menos condenas privativas de libertad¹⁹².

En concreto, “en 2006 cuando se ha impuesto una amonestación el 72,2% eran chicos y un 27,8% eran chicas, y cuando se han impuesto medidas comunitarias un 84,3% eran chicos y un 15,7% eran chicas, siendo las medidas menos graves, como las tareas socioeducativas, las que se han impuesto proporcionalmente mas veces a chicas. Por su parte, los porcentajes de presencia de chicas van desapareciendo conforme aumenta la gravedad de la medida, así cuando hay medidas privativas de libertad las chicas solo representan un 11,4% y cuando se trata de un internamiento en centro cerrado el porcentaje de chicas es de un 2,6%. La única salvedad habría que hacerla respecto a la medida de internamiento terapéutico que es el único supuesto donde las chicas tienen una presencia mayor. De hecho, esta es altísima, ya que cuando se ha impuesto dicha medida la presencia de chicas es de un 75% frente al 25% de los chicos” (Fernández, Esther 2008).

Respecto de la alta prevalencia de la medida de internamiento terapéutico, algunas consideraciones. Esta medida se encuentra definida en el artículo 7.1 de la Ley 5/2000, en los siguientes términos:

“d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias”.

De la lectura de la norma se aprecia el carácter “patológico” de las personas a las que está dirigida. De este modo, se confirmarían los análisis realizados por la criminología feminista en el sentido de la persistencia de las más arraigadas concepciones positivistas respecto de la delincuencia femenina (Pollack, 1961 Cowie, 1968), entendiendo que la desviación de la mujer delincuente es expresión de una patología mental que requiere en casos extremos el ingreso en centros de salud mental (Smart, 1977).

¹⁹² Sobre el particular, el estudio de Esther Fernández et. al, señala que no se dispone de estudios en España sobre los razonamientos jurídicos que justifiquen penas diferentes para chicos y chicas. En este sentido señalan: “consideramos que la combinación de datos de autoinforme y oficiales que se ha llevado a cabo en este trabajo es una buena estrategia de análisis de las tendencias en la delincuencia juvenil, pero aún insuficiente (2009:27).

Consideramos que la alta proporción de la medida de internamiento terapéutico es una de las expresiones de la pervivencia del modelo tutelar respecto de las chicas infractoras, es decir, y en este sentido apuntan nuestras primeras conclusiones, si bien el modelo de responsabilidad ha reconocido – al menos en términos formales- el carácter de sujeto de derecho a los/as menores de edad en general, este reconocimiento, sólo ha alcanzado al varón adolescente, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Por otra parte, pasando ahora al contexto estadounidense, las “estadísticas judiciales juveniles muestran que las niñas tienen más probabilidades que los varones de ser remitidos a los tribunales por *status offenses* (especialmente huir de casa e incorregibilidad). Los niños, en cambio, tienen más probabilidades de ser remitidos por crímenes violentos. Las infracciones contra la propiedad conducen a un gran número de niñas y niños a la corte, pero para las niñas la mayor parte de esas conductas se enmarcan en la categoría de hurto- robo¹⁹³ (la mayoría son por hurto en tiendas).

Por último, en el mismo contexto, Lisa Pasko señala que: “a pesar de - y en ocasiones debido a – las transformaciones la justicia de menores (desinstitucionalización, la desaparición de la rehabilitación, el aumento de los archivos directos y de sanciones punitivas, el aumento de los centros de tratamiento privados, y la re- caracterización de los delito sexual de menores) enfoque penal a través de una definición u otra - sigue siendo en el comportamiento sexual de las niñas como causa para la respuesta legal, arrestos y el internamiento” (2010:1129).

El mismo estudio concluye que la Justicia Juvenil “con un enfoque en su apariencia física y su sexualidad, en las actas oficiales y expedientes caracteriza regularmente a las niñas como engañosas, manipuladoras, histéricas, tremendamente sexual y verbalmente abusivas (...) Asimismo el tribunal con frecuencia etiqueta a las niñas como sexualmente promiscuas, indignas de confianza, y rebeldes, sin necesidad de conectar dichos comportamientos a sus historias de vida y contextos sociales (Pasko, Lisa 2010:1112)”

d) Menores privadas de libertad

En primer lugar, y antes de entrar en el análisis del contexto español, cabe realizar algunas

¹⁹³ N. del T. En el original *larceny-theft category*.

consideraciones generales sobre la situación de las las menores privadas de libertad. En este sentido, resultan clarificadores algunos estudios de carácter internacional, en particular un informe elaborado por UNICEF (2011) cuyas principales conclusiones presentamos a continuación.

Las mujeres siempre han formado una pequeña minoría de la mayoría de la población privada de libertad y las niñas en prisión constituyen un pequeño porcentaje de los y las jóvenes delincuentes. Las reclusas tienen diferentes necesidades físicas, psicológicas, dietéticas, sociales y de salud que los hombres, y que deben ser tratadas de manera diferente de sus contrapartes masculinos. Las necesidades de salud de las mujeres en prisión son más variadas y complejas que los de los hombres. La menstruación, por ejemplo, puede crear problemas específicos para las mujeres prisioneras, bañarse y lavar las instalaciones son más urgentes a fin de protegerlas contra las infecciones, asimismo la falta de intimidad al compartir abluciones puede causar angustia. También puede ser especialmente aterrador y humillante para las mujeres usar los baños que están expuestos, sobre todo cuando los agentes masculinos están presentes. Las mujeres detenidas sufren de depresión, ansiedad, fobias, neurosis, la automutilación y el suicidio a un ritmo mucho más alto que los hombres detenidos¹⁹⁴. En este mismo sentido diversos estudios desarrollados en Estados Unidos así lo confirma. Por ejemplo, las niñas que ingresan al sistema de justicia juvenil corren un riesgo significativamente mayor (80%) que los varones (67%) de un trastorno de salud mental (Shufelt, Jennie y Coccozza, Joseph 2006:5). Las niñas tienen tasas más altas de comportamiento auto-dañino, trastornos de estrés post-traumático e intentos de suicidio que los niños. Respecto de las tasas de suicidio se cree que son mayores para las niñas a causa de la depresión, los trastornos de ansiedad, abuso sexual, físico y emocional y estrés postraumático. Los estudios también revelan que las niñas encarceladas son más propensas a ser diagnosticados con más de un trastorno de salud mental, o la comorbilidad, lo que aumenta la dificultad de su tratamiento. Por otra parte, si bien las tasas de abuso de sustancias parecen ser similares entre los niños y niñas que participan en el sistema de justicia de menores, algunos estudios indican que la comorbilidad con trastornos de salud mental puede ser mayor para las niñas en el sistema de justicia de menores con problemas de abuso de sustancias.

¹⁹⁴ Véase Office of the High Commissioner for Human Rights, Dignity and Justice for Detainees Week: Information Note No. 5, 'Women and Girls', 2008.

Por otra parte, son mucho más vulnerables al abuso físico y sexual. En efecto, en las “prisiones donde hay niñas que están supervisadas por personal de ambos sexos, se han denunciado numerosos casos de abusos graves por parte del personal masculino, lo que demuestra el grado de vulnerabilidad de las niñas recluidas (...) quienes pueden sufrir, además, abusos por parte de las mujeres mayores y el personal femenino¹⁹⁵” (Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2013).

Vinculado con lo anterior, cabe tener presente que los estudios revelan que el abuso es un factor de riesgo asociado a niñas que ingresan al sistema de justicia de menores, y uno de los factores más comunes asociado con las niñas en la sistema. De acuerdo a una de las investigaciones, entre el 56% y el 88% de las niñas que ingresan al sistema de justicia de menores informan experiencias de abuso emocional, físico o sexual, con índices de reporte de abuso sexual tres veces mayores que los niños.

En cuanto a su salud física, estudios desarrollados en Estados Unidos indican que tanto las niñas como los niños en el sistema de justicia de menores se involucran en conducta sexuales a edades más tempranas, tienen una mayor incidencia de enfermedades de transmisión sexual e incurrir en comportamientos sexuales más riesgosos que los jóvenes que no participan en el sistema. Los investigadores especulan que las niñas en sistema de justicia experimentan tasas más altas de enfermedades de transmisión sexual que los niños en el sistema y que las niñas en la comunidad debido al abuso sexual, la participación en la prostitución y los delitos relacionados con la prostitución que llevan a la violencia sexual.

Por otra parte, en las jurisdicciones donde se han arrestado a las niñas por delitos relacionados con la prostitución, como huir de casa, drogas o delitos contra el orden público en altas tasas, los expertos creen que los patrones de arresto ocultan altos índices de prostitución. En general, la investigación también indica que la tasa de conducta sexual de riesgo aumenta entre las niñas en el sistema de justicia de menores, cuando las niñas experimentan problemas de abusos de sustancias. En términos de embarazo, los estudios indican que las niñas en el sistema de justicia de menores tienden a reproducirse precozmente y que aproximadamente el 10% de

¹⁹⁵ Véase por ejemplo, Custody and Control-Conditions of Confinement in New York's Juvenil Prison for Girls, Human Right Watch, American Civil Liberties Union, septiembre 2006.

estas niñas experimentan un embarazo durante su encarcelamiento, lo que requiere la atención prenatal y servicios relacionados (*Office of the Juvenile Defender*, 2012).

En síntesis, las niñas constituyen uno de los grupos más vulnerables en la detención, debido a su edad, sexo y su reducido número (las pocas olvidadas en palabras de Ilene Bergsmann¹⁹⁶). La mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo carecen de políticas y programas específicos para adaptarse a sus necesidades particulares, incluyendo sus necesidades de protección (Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2013).

Al revisar estos estudios, nuestro propósito ha sido evidenciar una serie de particularidades que caracterizan la experiencia de las chicas privadas de libertad, que dan cuenta de su especial situación de vulnerabilidad, así como la necesidad de protección especial que ellas requieren.

A continuación esbozaremos algunas características de la privación de libertad de las chicas, así como su tratamiento en la legislación española.

Como ya indicamos, en el contexto español la presencia de las chicas en las sanciones va disminuyendo en la medida que aumenta la gravedad de las mismas. “Así cuando hay medidas privativas de libertad las chicas sólo representan un 11, 4% y cuando se trata de un internamiento en centro cerrado el porcentaje de chicas es de un 2, 6%” (Fernández, Esther 2008).

Un estudio desarrollado en Cataluña y que analiza el período 2001-2004 señala que: “de las chicas que se encuentran internadas en centros de justicia juvenil, mientras que en 2001 eran el 11 ,3% del total de la población joven, al año 2004 han sido un 9,3%” (Panchón, Carme et. al., 2005: 41).

Si observamos las estadística de la Generalitat de Cataluña al 2012, específicamente la población internada en centros educativos al último día¹⁹⁷, se aprecia como la presencia de las chicas ha disminuido considerablemente, desde un 7,5% el 2002 a un 4,1% el año 2012 (véase gráfico 4).

Aunque no contamos con estudios o suficientes datos para analizar la evolución de la

¹⁹⁶ Véase Bergsmann, Ilene R. (1989, March). The forgotten few: Juvenile female offenders. *Federal Probation*, 53(1), 73-78.

¹⁹⁷ No ha sido posible analizar los datos de la población total anual, ya que las cifras publicadas no se encuentran desagregadas por sexo. Véase http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Home/Departament/estadistiques/justicia_juvenil/2012_dades_jj.pdf última visita 9 de febrero de 2014.

privación de libertad de las menores de edad a nivel nacional, podríamos aventurar que la tendencia a la baja observada en Cataluña puede ser una manifestación de lo que arrojan los últimos estudios que confirman un descenso en los niveles de internamiento de los menores de edad en el Estado español (Fernández, Esther 2012)¹⁹⁸.

Respecto de las menores internadas, y contra la tendencia observada en Cataluña, el estudio de Tomás Montero Hernanz que toma los datos de las diferentes Comunidades Autónomas, concluye que: “tomando como referencia los datos disponibles desde 2001, y sabiendo que existen diferencias en cuando a la forma de recogida hasta el año 2006 lo que puede restar alguna fiabilidad a los mismos, la tendencia que se observa es un incremento en el número de mujeres condenadas, cuyo peso porcentual se ha duplicado desde 2002 a 2009” (2011).

En un sentido contrario, el análisis efectuado por Sergio Cámara señala que: “si observamos las cifras correspondientes a las medidas impuestas por los Jueces de Menores a las jóvenes infractores, apreciamos un descenso de la utilización de las medidas de internamiento en general”, sin embargo respecto del internamiento en centro cerrado “comprueba un ligero ascenso de la utilización de la medida de internamiento en régimen cerrado en menores infractoras, pasando de 49 sentencias en 2008, a un total de 58 en 2009” (2011: 338).

Ante los diversos análisis, concordamos con Sergio Cámara en el sentido de que los datos estadísticos deben “ser interpretados con suma cautela, no pudiéndose anunciar un aumento de la delincuencia femenina entre los menores de edad” (2011:339).

En este sentido, el autor hace referencia como a lo expuesto en el XII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal:

¹⁹⁸ El estudio en análisis señala que: “en contra de lo que cabría esperar, tras la entrada en vigor de una regulación cada vez más restrictiva, el uso de la privación de libertad presenta una tendencia a la baja, y más concretamente si se habla del internamiento en régimen cerrado(...) y es posible que esta tendencia se deba a un cambio en las estrategias de judicialización que están aplicando los operadores jurídicos, Fiscales y Jueces de menores”. Y concluye que: “existe una resistencia por parte de los profesionales al rigor punitivo en la aplicación de la ley, poniendo en evidencia aquellos análisis iniciales que concluyeron quizás precipitadamente que en España se había producido al igual que en los países anglosajones un giro hacia un modelo de control. Y, aunque se cuenta con una legislación que en rigor puede ser extremadamente punitiva, el margen de discrecionalidad que todavía alberga y el uso que los operadores jurídicos han hecho de él, permiten hablar de una realidad nacional que aunque comparte premisas con los países del entorno, presenta también especificidades en la práctica aplicada” (Fernández, Esther 2012).

“En muchos países se han publicado informes sobre lo que se percibe como un aumento de los delitos violentos cometidos por niñas, incluso por pandillas de niñas. Si bien hay pruebas de que en muchos países desarrollados y en algunos países en desarrollo aumentan las denuncias por delitos cometidos por niñas, ello no necesariamente significa un aumento en el número real de delitos cometidos por niñas, dado que también puede deberse a un aumento en la proporción de delitos que se denuncia y en la adopción de políticas por las que no se tolera en absoluto la violencia en las escuelas o la comunidad”¹⁹⁹.

Por otra parte, en cuanto a las necesidades específicas de la población femenina menor de edad en los centros de internamiento y cuál ha sido su tratamiento en la actual legislación penal. Cabe señalar que en España, “la respuesta ha sido bastante exigua por no admitir que es prácticamente inexistente” (Cámara, Sergio 2011:364).

2.5.- Reflexiones y estrategias para enfrentar la discriminación sexual en el marco de un modelo de responsabilidad.

Como se aprecia de lo expuesto, a pesar de algunos esfuerzos programáticos, particularmente originados en el Derecho internacional de los Derechos Humanos (Reglas de Bangkok), las menores infractoras continúan “ignoradas, trivializadas o negadas” (Chesney Lind, Meda y Okamoto, 2001).

Reconocemos como un avance en términos jurídicos el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, así como el modelo de responsabilidad que consagró la CDN, aunque en lo referido a éste último, dos observaciones.

La primera es que concordamos con Mary Beloff quien lo ha calificado como una “victoria pírrica”. Efectivamente y considerando las tendencias que dan cuenta de un giro del modelo de responsabilidad hacia uno más punitivo o de control de riesgos, es posible concluir desde una óptica crítica, que las reformas básicamente han significado criminalizar con garantías²⁰⁰. Lo que marca un signo de interrogación sobre el carácter positivo de esta regulación jurídica penal. Sobre el particular –en el contexto latinomericano- Mary Beloff señala lo

¹⁹⁹ Véase Documento de trabajo elaborado por la Secretaría General de Naciones Unidas, A/CONF.213/4, de 15 de febrero de 2010, p. 13.

²⁰⁰ El modelo tutelar criminalizaba igualmente pero sin garantías (Cortés, Julio).

siguiente:

“Criminalizar con garantías para un penalista es casi una redundancia. No es posible criminalizar sin garantías. Lo curioso de este proceso es el reclamo de la reducción de la edad penal (esto es, criminalizar a las personas más jóvenes) para que tengan garantías procesales y penales, cuando lo que exigen los tratados de derechos humanos y demás normas internacionales sobre el tema- en particular la CDN- es que primero debe evitarse criminalizar a los niños mediante la prevención de los delitos. Por supuesto, una vez que ingresan al sistema penal y son criminalizados. Deben tener todas las garantías y derechos que tienen frente al sistema penal de adultos más garantías y derechos específicos. Ésta es una regla general del derecho. De modo que el razonamiento que parte de la base de que es preciso criminalizar a los jóvenes para que tengan garantías está invertido. Tiene un defecto lógico de base y no se deriva de las normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, tanto regionales cuanto internacionales” (2011).

En este sentido compartimos la consideración de Encarna Bodelón, quien señala que “es imprescindible reconocer que sigue implicando una contradicción la utilización de determinados instrumentos penales y la defensa de los derechos de los menores. Partiendo de esta idea es necesario reducir al máximo la intervención de la justicia penal juvenil y desarrollar los derechos de los menores en todos aquellos ámbitos que le son propios. La protección de la infancia y el desarrollo de las libertades y los derechos de los menores debe fomentarse fuera del derecho penal juvenil, el derecho penal juvenil debe jugar un papel de no vulneración de dichos derechos. Es decir, no aumentar el daño social que la infracción del o la menor haya producido, y todo esto teniendo en cuenta que el derecho penal juvenil no puede aumentar la desigualdad de género que sufren los/as menores en todas nuestras sociedades (2003a: 111)”

Segundo, reconociendo esta contradicción y a pesar de las críticas que se han planteado al modelo de justicia en el contexto español, no se puede desconocer que, en particular, con la entrada en vigencia de la LO 5/2000, se ha regulado de un modo específico la responsabilidad penal de los/as menores de edad y ello supone, en nuestra opinión, un avance en el reconocimiento de sus derechos humanos y por tanto de su calidad de sujetos de derechos.

Sin embargo, esta afirmación aún oculta la situación de las menores infractoras de ley penal. En efecto, ellas –en general- se mantienen ausentes de la regulación jurídica específica (LO 5/2000 y Reglamento) y de los estudios específicos que analizan la delincuencia juvenil. De este modo, podemos concluir que el sujeto sobre el que se articula el modelo de responsabilidad, en particular, el tratamiento jurídico penal y las políticas penitenciarias, es el menor varón, lo que nuevamente pone en evidencia el carácter particularmente incompleto de la ciudadanía de las menores de edad.

En este sentido cabe recordar que la ciudadanía que poseen las mujeres, tal como le ocurre a la infancia, “es una ciudadanía hipotecada, es decir, ambos grupos no pueden llevar a cabo un proceso de asimilación con respecto al modelo humano de referencia, el varón-adulto. Por esta razón, las mujeres y la infancia se encuentran atrapadas en la paradoja de imitar un modelo que no es universalizable y que no los puede identificar (...) porque el modelo de sujeto ha sido construido como un yo autosuficiente vital y económicamente, un yo desprovisto de ligámenes. Los menores no pueden asimilarse a ese modelo porque son sujetos dependientes, y las mujeres tampoco porque ellas han sido socializadas y han construido su identidad, de mujeres, como madreposas, cuidadoras, no como sujetos sin vínculos, independientes. La imagen de las niñas en los parques jugando con muñecos que representan bebés, esto es, como cuidadoras y mamás, desde muy pequeñas, es un claro ejemplo de cómo aún existe una socialización fuertemente marcada por el género, que hace creer que se poseen por naturaleza ciertas habilidades y aptitudes. A diferencia de los chicos que juegan con el balón o la bicicleta²⁰¹” (Rubio, Ana 2008:263)

Y cuando la sociedad se sensibiliza respecto a la necesidad de afrontar de un modo adecuado la protección de los derechos de la infancia, se presupone que los menores niños y niñas están sometidas a la misma violencia, explotación y marginalidad. Este planteamiento, presuntamente neutro e imparcial, oculta los problemas específicos de las niñas” (Rubio, Ana 2008: 274)

²⁰¹ Para Bordieu: “el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por estructuras de dominación, que hacen posible la complicidad de las víctimas con los dominadores”, sólo puede esperarse una transformación radical de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones, cuando los dominados puedan adoptar sobre los dominadores y sobre ellos mismos un punto de vista diferente al que los dominadores establecen y definen sobre lo real y lo justo. La violencia simbólica se realiza a través del acto de conocimiento y de reconocimiento práctico, que se produce sin el conocimiento consciente y la voluntad del sujeto, lo que le confiere poder hipnótico. (2000:58-59, en Rubio, Ana 2008:263).

De un modo similar, cuando la CIDN ha reconocido la calidad de sujetos de derechos y regulado un modelo de responsabilidad penal adolescente, ha presupuesto que las niñas y niños tienen idénticas necesidades. Y esta falsa neutralidad e imparcialidad ha invisibilizado sus problemáticas específicas y ello se ha proyectado en las políticas específicas que han implementado el referido modelo.

En este sentido Encarna Bodelón plantea que: “una de las herencias del positivismo ha legado a la justicia juvenil contemporánea es que todavía persiste en numerosas prácticas y normas la idea de considerar al menor como objeto y no como sujeto de derechos. Este problema es especialmente significativo en relación a las niñas, que sufren así una doble vulneración de sus derechos en tanto que menores y mujeres. Las niñas siguen siendo consideradas como sujetos de derechos especialmente incompletos” (2003: 463).

De esta forma se aprecia con claridad lo que estudios feministas han señalado desde la década de ochenta, esto es, la paridad de los sexos en la disposiciones jurídicas no implica la igualdad material de los sexos ante el derecho (Facio, 1992). Por tanto, “la justicia igual en un nivel formal no equivale a una justicia en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales. Las mujeres criminalizadas deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales profundamente marcadas por las relaciones patriarcales. Desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no sólo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones” (Bodelón, Encarna 2003:454).

No se debe olvidar que, pertenecer a un “grupo social subordinado sitúa a las personas que forman parte de él en situación de explotación, marginalidad, violencia, exclusión del poder y no participación en la cultura. Por consiguiente, para corregir la discriminación que padecen las niñas como grupo social no basta la exclusiva utilización del Derecho²⁰². Ni la CDN (...) ni todas las declaraciones de derechos son suficientes si junto a este cambio normativo no se produce un cambio en la cultura, un cambio en las normas no escritas que condicionan la interpretación y aplicación de las normas escritas, para eliminar de ellas la discriminación y el privilegio. Si la socialización mantiene modelos y actitudes sexistas contra las mujeres y las niñas

²⁰² Iris M. Young señala que: “hacer justicia donde hay explotación requiere reorganizar las instituciones y las prácticas de toma de decisiones, modificar la división del trabajo, y tomar medidas similares para el cambio institucional, estructural y cultural” (2000:93, en Rubio, Ana 2008: 277).

el contenido normativo de la Convención no alcanzará el nivel de eficacia necesario para imponer nuevas prácticas, modelos y valores” (Rubio, Ana 2008:277).

CAPÍTULO IV: LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS ADOLESCENTES INFRACTORAS DE LEY PENAL EN CHILE.

1. Procesos de reforma legal en América Latina. Nuevos Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil

1.1. Introducción

Emilio García Méndez, señala que en América Latina es posible distinguir dos grandes etapas de reformas jurídicas en temas de infancia. Una primera, desde 1919 a 1939, que introduce la denominada justicia juvenil minoril. Y una segunda que comienza en 1990, y que continúa en evolución hasta el presente (1999:12).

Es en el año 1990 cuando se aprueba en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente, cuyo principal antecedente está constituido por las reformas que se introducen en el año 1988 a la Constitución Brasileña, las que no son sino el resultado de una importante lucha colectiva y democrática a favor de los derechos de la infancia-adolescencia.

A partir de 1990, se inicia un proceso que comienza a extenderse, con mayor o menor fuerza, al resto de los países de América Latina y El Caribe. Cabe destacar que en este proceso, y sin perjuicio de las profundas reformas legislativas, se produce, por una parte, un cambio en las formas de producción del derecho, en efecto, el proceso se transforma en un “verdadero laboratorio político-social de producción jurídica democrática” y, por otra, un derecho que tiene por destinatario a todos/as los niños, las niñas y adolescentes, no solamente a los/as menores en situación irregular (García Méndez, Emilio, 1999:13).

A continuación, y con el fin de fijar el marco en el cual se han construido los nuevos sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, presentaremos los principales aspectos de este proceso, haciendo especial mención al caso brasileño, ya que constituye el ejemplo paradigmático en esta materia.

1.2. La CDN como marco del proceso de reformas legislativas.

La aprobación, por unanimidad, de la CDN y su posterior ratificación por la totalidad de los países del globo, con la excepción de Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur, marca un hito en la historia de la infancia – adolescencia. En efecto, al reconocer a niñas y niños su carácter de sujetos de derecho, permite su ingreso al pacto social, del cual habían sido largamente excluidos (García Méndez, Emilio, 1998:242-243; Baratta, Alessandro, 1999:31y siguientes). Es más, al interpretar sistemáticamente la CDN²⁰³, ésta reconoce a los niños, las niñas y adolescentes una ciudadanía plena, y que les habilita a ejercer su derecho a participar activamente en la democracia. Cuestión que es posible resumir en las palabras que hace más de

²⁰³ Alessandro Baratta postula que al interpretar sistemáticamente el artículo 12 de la CDN, el precepto reconstruye “el sistema de los derechos fundamentales”. El autor indica que a la luz de un concepto amplio de libertad, que abarque tanto su uso privado como público, se puede llegar a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos a escucharlo; y el derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse. (1999:52-53). Para profundizar sobre esta interpretación véase el artículo de Alessandro Baratta titulado precisamente “Infancia y Democracia”, páginas 31-68, en *Infancia, Ley y Democracia*, García Méndez, E., y Beloff, M. (1999).

20 años expresara el pedagogo brasileño Antonio Carlos Gomes da Costa, del “menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente” (1992:131).

Este proceso “revolucionario” progresivamente se irá extendiendo, y con particular fuerza, a los estados de la región de América Latina y El Caribe, los que no sólo ratificarán la CDN sino que dando un paso más adelante la incorporan en sus respectivas legislaciones internas, al transformarlas en ley nacional a través de un trámite de aprobación parlamentaria (García Méndez, Emilio 1999:10).

Ello produce, sin embargo, a nivel normativo, una profunda contradicción entre la nueva y progresista legislación y la antigua normativa minoril. De este modo la Convención dejó fuera de la “legalidad internacional e interna buena parte de la legislación y de la praxis administrativa de los estados ratificantes” (Baratta, Alessandro 1990-1991: 164).

En un primer momento, dicha contradicción se resolvió en el plano judicial, a favor de la legislación minoril, y sólo excepcionalmente se recurría a la CDN. Y este letargo²⁰⁴ contrario a derecho, indicaba que probablemente la Convención permanecería “tal vez por muchos años, como un simpático instrumento del derecho internacional” (García Méndez, Emilio 1999:10).

Sin embargo este letargo se ve alterado por los sucesos que se gestaron en aquel entonces en Brasil, y que marcarían, en el contexto de América Latina y el Caribe, el inicio de un histórico proceso de reformas legislativas a favor de la infancia-adolescencia.

1.3. Proceso de reforma legislativa en Brasil: el inicio de una reforma regional.

En Brasil, un importante movimiento social a favor de los derechos de los niños y adolescentes, llevó a cabo una extraordinaria lucha cuya culminación estaría constituida por las enmiendas populares realizadas a su Carta Fundamental, y que recogen, ya en el año 1988, los principios fundamentales de la futura CDN. A continuación, y atendida la importancia del proceso, haremos un breve repaso de los acontecimientos que gatillaron las mencionadas reformas constitucionales²⁰⁵.

²⁰⁴ Consideramos que este letargo, también obedece, al marcado carácter autoritario de la legislación y de la praxis judicial, consecuencia de las dictaduras militares instauradas en la década de los setenta en diversos países de América Latina.

²⁰⁵ Para un análisis detallado del proceso llevado a cabo en Brasil, véase el trabajo de Antonio Carlos Gomes da Costa (1992).

Los años ochenta en Brasil son signo, por una parte, de una grave crisis económica y, por otra, de innegables avances políticos en la construcción de un Estado Democrático de Derecho. En este último aspecto, una señal de impronta democrática estuvo constituida por el florecimiento de un incipiente movimiento social a favor de los niños, las niñas y adolescentes “en circunstancias especialmente difíciles” (Gomes da Costa, Antonio 1992:141). Movimiento que en el año 1984 vive un evento que de cara al país dará cuenta de su vida y fuerza, en efecto, en noviembre de ese año se realiza en Brasilia, el I Seminario Latinoamericano de Alternativas Comunitarias de Atención a Chicos y Chicas de la Calle. A partir de aquel momento las alternativas comunitarias de atención se “impusieron como una crítica en acción al viejo modelo asistencialista-represivo vigente [...]” (Gomes da Costa, Antonio 1992:144).

En mayo de 1986 se realiza en Brasilia el I Encuentro Nacional de Chicos y Chicas de la Calle, evento en el cual los niños, las niñas y adolescentes que asistieron discutieron sobre temas de salud, familia, trabajo, escuela, sexualidad, derechos y otros en esta línea, y denunciaron la reiterada violación de sus derechos.

Todo ello motivó la realización de una lucha por consagrar sus derechos en la Carta Constitucional, y la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente se transformaba en la oportunidad para ello.

En esta lucha política participaron organizaciones del más variado tinte ideológico y social, pero todos comprometidos en la promoción y defensa de los derechos de los chicos y chicas. Destacan en esta integración el Frente Nacional de Defensa de los Derechos de los Niños y Adolescentes, la Pastoral del Menor de la Conferencia Nacional de los Obispos de Brasil, el Movimiento Nacional de Chicos y Chicas de la Calle y la Comisión Nacional Niño y Constituyente. Esta última realiza un importante plan de “sensibilización, concientización y movilización de la opinión pública” (Gomes da Costa, Antonio 1992:145).

En este contexto se realizaron encuentros públicos, manifestaciones de miles de niños y niñas frente al Congreso Nacional, campañas de publicidad en televisión, radios y periódicos²⁰⁶. Todo ello culminó en la presentación de dos enmiendas de iniciativa popular, presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y que fueron aprobadas por una mayoría de 435 votos a favor y 8 en contra.

²⁰⁶ Para ello los grupos empresariales cedieron parte de sus espacios publicitarios para llevar a cabo la campaña.

Así el 5 de octubre de 1988 estas enmiendas se introducen en los artículos 204 y 227 de la Carta Constitucional, las que, como se ha dicho, recogen la sustancia de la CDN, cuyo proyecto ya era conocido en Brasil por aquel entonces (Gomes da Costa, Antonio 1992:146).

El artículo 227 que resume los principios fundamentales, establece:

“Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al esparcimiento, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar, comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, crueldad y opresión”.

Por su parte el artículo 204 señala:

“Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios...II. Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles”.

Preceptos que son “claves para todo el desarrollo de un nuevo tipo de política social para la infancia: la política social pública” (García Méndez, Emilio 1999:11).

En este nuevo contexto, se hacía necesaria la dictación de una legislación garantista, que reemplazara la antigua legislación minoril. Nuevamente en un marco de participación y discusión democrático, se gestó el Foro DCA²⁰⁷ (Foro Nacional Permanente de las Entidades No Gubernamentales de Promoción y Defensa de los Derechos del Niño y del Adolescente), cuyo grupo de redacción, recibiendo propuestas de distintos sectores, elaboró el Estatuto del Niño y del Adolescente, que fue aprobado por el Congreso Nacional, y se convirtió en ley nacional (número 8069) el 13 de julio de 1990, ley que cuenta con 267 artículos y que “equivale a una verdadera Constitución del Niño y del Adolescente en Brasil” (Gomes da Costa, Antonio 1992:148).

El ECA²⁰⁸, en el contexto latinoamericano, representa con toda claridad la ruptura con una antigua tradición tutelar, el comienzo del fin de una legislación minoril anclada en la

²⁰⁷ Gomes da Costa señala que tres fuerzas se unieron en torno al Estatuto del Niño y del Adolescente: el mundo jurídico, las políticas públicas y el movimiento social (1992:147).

²⁰⁸ Para mayor análisis del Estatuto véase Gomes da Costa, Antonio (1992); Seda, Edson (1992) y García Méndez, Emilio (1998: 83-101).

Doctrina de la Situación Irregular, dando paso a la construcción de una legislación garantista, enmarcada en la Doctrina de la Protección Integral²⁰⁹. Y es considerado por diversos/as autores/as como “una ley revolucionaria e incluso más abarcadora que la propia Convención” (Gomes da Costa, Antoni 1992; Rizzini, Irene 1992; Garcés, Laura 2004). “Revolucionaria porque rompe con la lógica represiva de paradigmas que hasta entonces habían dominado nuestras leyes. Y más abarcadora porque de él emerge una reordenación en la balanza de poderes. En primer lugar, porque independientemente de la responsabilidad o no del adolescente por el crimen del que se lo acusa, el ECA va más allá de la dimensión estrictamente jurídica y lleva el debate hacia una lectura sobre el crimen a partir de una perspectiva social. El poder supremo de los jueces pierde completamente su aura de voz incontestable y definitiva. Esto se debe a que se prevé un mecanismo permanente de participación de la sociedad civil organizada en los Consejos tutelares. La función de estos consejos abarca desde denunciar desobediencias o incumplimientos de los derechos de niños y adolescentes hasta fiscalizar la acción de los propios jueces y las medidas por ellos tomadas, pasando por la participación activa en la formulación de políticas sociales previstas en el ECA” (Vieira, Joice Melo, 2011: 10).

A partir de estos acontecimientos, comenzó a generarse en la región un importantísimo proceso de reforma, así, a modo de ejemplo, Ecuador aprobó un nuevo Código de Menores el 16 de julio de 1992, y luego se sumaron a fines de 1992 Bolivia, con la aprobación de la ley 1.403 que dispone la creación del Código el Menor, y Perú, con la promulgación de un nuevo Código del Niño y del Adolescente, proceso que se extendió rápidamente en nuestra región²¹⁰.

²⁰⁹ El autor chileno Miguel Cillero Bruñol, señala que la denominación de Doctrina de la Protección Integral habría sido acuñado por el destacado Magistrado brasilero Antonio Amaral e Silva quien tuvo una destacada participación en la redacción del Estatuto (Cillero, M., 2002:34)

²¹⁰ Este proceso de reformas en el contexto latinoamericano se ha analizado de manera exhaustiva en la obra *Infancia, Ley y Democracia*, García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores) (1999).

1.4. Nuevos Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescente en América Latina

1.4. 1. Introducción

La incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes -en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado- cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad. E independientemente de que efectivamente se haya producido un cambio legal en los países de la región, “a nivel doctrinario se debaten los alcances de la concepción de los niños y las niñas como sujetos plenos de derecho, de protección integral, de interés superior del niño, de responsabilidad penal especial, etc. Y dentro de las diversas áreas problemáticas que caracterizan la nueva condición jurídica de la infancia en América Latina, tales como el trabajo infantil, la adopción internacional, los límites a las facultades correctivas de padres, madres y maestros, los derechos sexuales y reproductivos, etc., lo relacionado a cómo debe el Estado responder, es más, si el Estado debe responder a la situación de una persona menor de dieciocho años que lleva a cabo una conducta descrita como infracción penal constituye un terreno bastante polémico (Beloff, Mary 2007: 177-178).

Siguiendo a Beloff, entendemos que en los nuevos marcos legales, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los niños, las niñas y adolescentes infractores/as de ley penal y a la reacción coactiva del Estado frente a tales conductas “pueden y deben ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la pena estatal” (2007: 179).

Tal discusión abarca desde posturas abolicionistas a la industria del control del delito²¹¹, el derecho penal del enemigo, la sociedad del riesgo²¹² y los sistemas de derecho penal de máxima intervención. En este marco el “derecho penal mínimo” o garantismo penal “surge como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas” (Beloff, Mary 2007:179;).

²¹¹ Sobre el particular véase *La Industria del Control del Delito* de Nils Christie (1993).

²¹² Sobre este tema véase el interesante análisis que desarrolla María José Bernúz en su artículo “La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo” (2008).

Sin embargo, cabe hacer presente que el derecho penal mínimo, no pretende sustituir con su respuesta reactiva, todas las respuestas proactivas útiles y necesarias, ni se considera como la única respuesta reactiva posible. La fuerza y no la debilidad del derecho penal mínimo deriva de su voluntad de permanecer realmente mínimo. Y si es fuerte es porque sabe que puede ser mínimo, ya que no está solo en la defensa de los derechos fundamentales. Por ello se hace necesario construir una respuesta que produzca no “solamente una política criminal alternativa, sino que pueda movilizar una política multiagencial alternativa a la política criminal misma.” De esta manera es posible dejar a la respuesta punitiva el espacio “residual y el papel fragmentario que le pertenecen”, sin dejar de lado la tutela de las necesidades reales todos los ciudadanos (Baratta, Alessandro 1998:45).

La necesidad de seguridad de los/as ciudadanos/as - continúa Baratta- no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización, es una necesidad de ser y sentirse garantizado en todos sus propios derechos: de existir, de ser libres, de poder desarrollar las propias capacidades, de poder expresarse y comunicarse, de tener una calidad de vida digna y gratificante, de tener voz y de poder influir sobre las condiciones de las cuales, en concreto, depende de su propia forma de ser y de existir” (1998:78).

En este sentido, consideramos que si bien la cuestión de las reacciones coactivas estatales ante la delincuencia juvenil es un asunto que debe enfrentarse desde la teoría del derecho penal y sus límites, aunque no de modo exclusivo, es decir, en términos generales las reacciones ante los y las adolescentes que infringen la ley penal debe abordarse en el marco de una perspectiva jurídica, social y política amplia. Esta perspectiva es la que constituye lo que modernamente se entiende por Estado Constitucional de Derecho (Cillero, Miguel 2000:114).

En esta línea -continúa Cillero- “si el sistema de reacción ante las infracciones a la Ley Penal, se encuentra en consonancia con una verdadera teoría de la ‘ciudadanía’ de la infancia y la adolescencia, expresada en el reconocimiento de derechos ante el Estado y del derecho a participar como un sujeto activo en las decisiones que lo afecten, se tendrá un sistema basado en la existencia de garantías específicas que orientan y limitan el control del Estado” (2000:116).

Esto se debe traducir en un repliegue de la intervención penal del Estado, el que, en este contexto, sólo puede actuar, como máximo “ante las mismas conductas que autorizan su intervención en el caso de los adultos, e idealmente, debería reducir aún más su intervención y

limitarla, sólo a hechos que siendo posibles de punir en el sistema de adultos, tengan especial significación antijurídica para los adolescentes” (Cillero, Miguel 2000:116).

Ahora bien, en consonancia con lo señalado, y desde una perspectiva integral de los derechos fundamentales, este modelo de derecho penal mínimo supone que en un ámbito “paralelo y diferenciado, el sistema jurídico desarrolle mecanismos que garanticen a los niños, las niñas y adolescentes el ejercicio integral de sus derechos, es decir, su desarrollo integral a través de un conjunto de dispositivos que no tienen relación alguna con el sistema de adjudicación de responsabilidad por infracciones a la ley” (Cillero, M., 2000:116).

Si aceptamos la siempre debilitada garantía de los derechos sociales, y reconociendo el carácter selectivo de la justicia penal,²¹³ se hace necesario que de la mano de un modelo de responsabilidad penal adolescente exista un dispositivo de protección integral de los derechos fundamentales, que se desarrolle, eso sí, en un espacio diferenciado. La realidad tutelar, que confundió ambos planos, se encargó de demostrar que en nombre de fines asistencialistas y paternalistas, se cometieron gravísimas violaciones a los derechos fundamentales de la infancia adolescencia.

En el contexto latinoamericano, a partir del modelo de garantismo penal y principios contenidos en la CDN es que- por lo menos en teoría- a partir de mediados de la década de los ‘90 se han diseñado e implementado sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, con soluciones propias cuya calidad formal y sustancial se ha ido perfeccionando en la medida que los países dictan nuevas legislaciones y aprenden de los errores de los otros, y teniendo presente que estas reformas han tenido lugar en conjunto con la

²¹³ Diversos estudios dan cuenta del carácter selectivo de la reacción social ante la delincuencia en general y ante la delincuencia juvenil en particular (Serra Yoldi, Inmaculada, 1993; Cea D’Ancona, María Ángeles, 1992; Albrecht, Peter 1990; Dos Santos, Juarez Cirino, 2002). Como indica Gaetano De Leo “Si damos por sentado que cuanto mayor es la marginación de un estrato social mayor es también el control institucional ‘secundario’ que sufre. En el interior del área juvenil, los estratos más afectados por estos procesos son también aquellos situados más al margen, esto es, los y las menores pertenecientes al subproletariado y proletariado[...]La justicia de los menores es, por tanto, la forma institucional adoptada para la distribución de un cierto tipo de ‘desprivilegios’, esto es, de privilegios negativos[...]” (1985:19). En este mismo sentido Alessandro Baratta indica que: “[...]el funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección de bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización [...] todo ello esta dirigido casi exclusivamente contra las clases populares, y en particular, contra los grupos más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales[...]” (1987:625; 2000: 10 y ss). En este sentido “las máximas chances de ser seleccionados para formar parte de la ‘población criminal’ aparecen concentradas en los grados más bajos de la escala social (1989:23). Posición precaria en el mercado de trabajo y defectos de socialización familiar y escolar, son características comunes de los y las adolescentes objetos de control punitivo.

discusión sobre las reformas de la administración de justicia y la superación de los sistemas inquisitivos (Beloff, Mary 2001:35; 2007: 213).

A estos sistemas se les ha denominado sistemas de justicia juvenil, sistemas de justicia penal especial para adolescentes o sistemas de responsabilidad penal para adolescentes. En nuestro caso, adoptaremos la última acepción ya que este sistema es sólo aplicable a los y las adolescentes, no a los niños y las niñas, los/as que deben ser excluidos/as de la reacción punitiva estatal²¹⁴ (Cillero, Miguel 2000:114).

1.4.2 Características de los Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescentes en las nuevas legislaciones latinoamericanas (SRPA).

La base jurídica directa de estos nuevos sistemas de responsabilidad, descansa fundamentalmente en los artículos 37 y 40 de la CDN, cuyos principios se traducen en considerar que los y las adolescentes “dejan de ser responsables penalmente por lo que son, para comenzar a serlo únicamente por lo que hacen y eso sólo cuando este hacer implica una infracción a normas penales” (García Méndez, Emilio 2001:12)

Asimismo, en lo relativos a los y las adolescentes infractores/as hay que tener presente como parte fundamental del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para los Estados los tratados, “son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas –y eventualmente pueden devenir obligatorios en la medida que se conviertan en costumbre internacional – según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados” (Beloff, Mary 2007:180).

Estos instrumentos son fundamentalmente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing (1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad o Reglas de la Habana

²¹⁴ Artículo 40.3.a de la CIDN

(1990), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de la RIAD (1990).

Asimismo deben considerarse todos aquellos instrumentos internacionales que son pertinentes en la materia. Por ejemplo, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes o Reglas de Bangkok (2010), en particular el apartado relativas a las adolescentes infractoras de la ley penal. Por otra parte, y en la medida que la CDN no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños (y las niñas) al crear el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general , que en los últimos años ya ha dado muestras de su utilidad en la promoción y defensa de derechos de la niñez²¹⁵” (Beloff, Mary 2007:181).

Si tomamos como punto de partida a la CDN y la nueva condición jurídica de la infancia, la base de estos sistemas descansa en la consideración de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos a los/as que se les reconoce una particular posición ante el sistema normativo (Cillero, Miguel 2000:114). Los y las menores de 18 años son titulares de todos los derechos y garantías de los que es titular un mayor, más derechos y garantías específicas por su edad y autonomía progresiva. Y de esa condición de sujeto de derecho se deriva la condición de sujeto de responsabilidad especial (Beloff, Mary 2004). De este modo una idea fundamental que caracteriza a estos sistemas y que nos sirve para comprender el contenido de la CDN en esta materia, es la de responsabilidad. En este sentido se ha señalado que: “el sistema pre-convención era el sistema de la irresponsabilidad: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se auto cumplía porque era incapacitante de todos los involucrados. Incapacitante de la familia pobre; del Estado-que de paso justificó así su omisión en la implementación de las políticas adecuadas-; y de los/as adolescentes que cometían delitos y no respondían formalmente por ellos” (Beloff, Mary 2000:78; 2004: 31).

De esta forma los y las adolescentes deben responsabilizarse por los actos que cometen, sin embargo, esta responsabilidad, debe considerarse como una garantía de los derechos del

²¹⁵ Véase *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano* de Mary Beloff (2004).

adolescente, ello porque si la noción de responsabilidad tienen fundamentos jurídicos, es posible limitarla y regularla, en un marco de mínima intervención (Cillero, Miguel 2000:134).

En síntesis, a partir de los instrumentos internacionales referidos y los principios en ellos contenidos, se han diseñado estos sistemas, que contemplan algunas características que, en líneas generales, se encuentran presentes en las legislaciones que- ya sea a través de Códigos integrales o leyes especiales- han adecuado su ordenamiento jurídico a la CDN.

A continuación, indicaremos las principales características de estos sistemas de responsabilidad penal adolescente y que en términos generales se han incorporado a las legislaciones vigentes en América Latina.

a) Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de 18 años comete un delito, una falta o una contravención

En conformidad a los principios del derecho penal mínimo, no deberían contemplarse ni las faltas ni las contravenciones, ya que la intervención penal no debería proceder cuando se trata de infracciones mínimas, conflictos que debiesen ser resueltos “fuera de la lógica del castigo y de la lógica penal” (Beloff, Mary 2001:49). No obstante ello, diversos países contemplan en sus legislaciones faltas o contravenciones, tal es el caso de Brasil, art. 103 de su Estatuto²¹⁶ o Costa Rica en el art. 1º de la Ley de Justicia Penal Juvenil²¹⁷, El Salvador en el artículo 2º de la Ley del Menor Infractor²¹⁸, entre otros.

b) Se establecen soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario²¹⁹

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

²¹⁶ Art. 103 establece que: “Se considera acto infractor a la conducta descrita como crimen o contravención penal”.

²¹⁷ Art. 1º establece “Serán sujetos de esta ley todas las personas que [...] al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”.

²¹⁸ El artículo 2º señala en su inciso 3º que: “La conducta antisocial de los menores [...] que constituya delito o falta[...]”.

²¹⁹ Cabe distinguir entre alternativas al proceso penal de las alternativas en el proceso penal. Las primeras constituyen una solución de tipo abolicionista. Las segundas pueden ser formas anticipadas de terminación del proceso, como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso. (Beloff, Mary 2000:86; 2001:50)

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

También las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), establece la posibilidad de remisión de casos.

La Regla 11.1 indica: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la norma 14.1 para que sean juzgados oficialmente”.

Por su parte las Directrices de la RIAD establece tal posibilidad fundamentalmente en las Directrices 6 y 58.

La Directriz 6 señala en su parte pertinente: “[...] Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control”.

La Directriz 58 señala: “Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”.

Las diversas legislaciones latinoamericanas recogen estas soluciones alternativas al conflicto penal, fundamentalmente, bajo la forma de las siguientes instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión. Ejemplo el ECA²²⁰ en Brasil incorpora la remisión (artículos 126 a 128).

c) Se excluyen de los sistemas de responsabilidad penal a los niños y las niñas (según las nuevas legislaciones latinoamericanas, los menores de 12, 13 y 14 años).

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

Asimismo las Reglas de Beijing establecen en su Regla 4.1:

²²⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

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

Es decir desde un punto de vista político-criminal se debe renunciar a intervenir coactivamente en todos aquellos casos en que los niños y las niñas cometan actos delictivos (Cillero, Miguel 2000:118; Beloff, Mary 2001:56). Esta decisión se justifica en atención a su temprana edad, y maduración. Sin perjuicio de ello, es posible además justificar este hecho atendida la escasa incidencia de actos delictivos cometidos por personas de tan temprana edad (Beloff, Mary 2001:56).

A este respecto en América Latina se recoge la tendencia legislativa a distinguir entre los/as niños/as, generalmente hasta los 12 o 14 años, y adolescentes, para los mayores de esas edades y menores de 18. Los sistemas de responsabilidad se basan en esta distinción, y sólo son aplicables a los y las adolescentes (Cillero, Miguel 2000:118).

El modelo indica que deben ser excluidos/as de toda intervención estatal, salvo que se acredite en debido proceso que se encuentran bajo una situación de grave amenaza a sus derechos. Sin embargo diversas legislaciones latinoamericanas contemplan lo que se ha denominado como “derivación automática al sistema de protección” (Beloff, Mary 1999:93-94; 2001:53; 2007:184), esto es, algunas legislaciones²²¹ establecen una derivación automática a los sistemas de protección, de los niños y las niñas que cometen un acto delictivo. Situación especialmente grave si se piensa que entre las medidas de protección se puede contemplar la privación de libertad. Es una solución criticable, ya que no porque el niño o la niña haya cometido un acto de esta especie, requerirá de asistencia estatal. Aplicar esta solución sería volver

²²¹Es el caso por ejemplo de Nicaragua en cuyo artículo 95 inciso 4º del Código de la Niñez y Adolescencia (1998) se establece que: “Las niñas y niños que no hubieren cumplido los trece años de edad, no serán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, velará y protegerá en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Se prohíbe aplicarles, por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad”. En un sentido similar el caso de Brasil, en el que el ECA establece en el artículo 105 que: “al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101”, que corresponden a las medidas de protección previstas para aquellos niños, niñas o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados.

a parámetros de la doctrina de la situación irregular. Si el niño o la niña requiere de protección ello deberá ser acreditado en sede judicial, al amparo de todas las garantías de fondo y forma.

d) Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos.

Como ya lo hemos indicado, se reconoce al adolescente como un sujeto de derechos, y como tal debe ser considerado responsable de sus actos de acuerdo con su grado de desarrollo como persona, pero en ningún caso de manera igual que un adulto (Cerda, Mónica y Cerda, Rodrigo 2007: 35).

Mary Beloff se refiere a la inimputabilidad de los/as menores de 18 años, exclusivamente en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos, sin embargo- precisa la autora- son imputables como sujetos de derecho, lo que significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona frente a una persecución penal. Y podrán ser inimputables o no dependiendo si existe alguna causal que “excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión” (2001:58).

En este sentido el paso teórico más difícil de superar es la identificación de menor de edad con “inimputable”, para ello algunos autores proponen una distinción entre inimputabilidad y ausencia de responsabilidad²²². Esto permite avanzar desde la idea de menor inimputable (de 0 a 18 años) a la de adolescente responsable. “El niño es inimputable penalmente e irresponsable, en cambio el adolescente no es imputable desde un punto de vista penal de adultos, pero sí es responsable de sus actos” (Cillero, Miguel 2000:119).

En América Latina sólo Bolivia desconoce este principio, ya que si bien señala en el artículo 2 del Código del Niño, Niña y Adolescente, que adolescente es todo ser humano desde los 12 a los 18 años cumplidos, luego en el artículo 225 establece de un modo contradictorio que la responsabilidad del adolescente se aplicará a personas comprendidas entre los 12 y los 16 años. El resto de los países contempla este principio²²³.

²²² Cfr. el artículo de Bustos, Juan, titulado “Imputabilidad y edad penal” (1998), en Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Ediciones del Instituto, Guatemala.

²²³ Cf. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada, por la

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

Desde el punto de vista procesal se requiere un sistema acusatorio, oral y contradictorio, sin mayor complejidad. Perfecto Andrés Ibañez, indica que estos procesos deben ser de carácter ágil, desburocratizados, transparentes en su desarrollo y contenido de las decisiones (2001:16).

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

“En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho

ley 10.764 del 12 de noviembre de 2003, que declara la inimputabilidad para los menores de dieciocho años y un

sistema especial de respuesta para los adolescentes entre doce y dieciocho años no cumplidos en los artículos 104, 105 y concordantes; el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, aprobado por la ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992, que crea un sistema similar al brasileño; en Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia aprobada por el Decreto N° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el decreto N° 2-2004), que crea un sistema similar pero con un piso de trece años en lugar de doce; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, aprobado por el Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996, con el mismo techo de dieciocho años y piso de doce, en los artículos 180 y concordantes; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, que crea una justicia penal del adolescente para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos, en los artículos 95 y siguientes, aprobado por ley 87, del 12 de mayo de 1998; en Ecuador el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 RO/737, aprobada el 17 de diciembre de 2002, establece en el artículo 305 que “Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales”. En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, estarán sujetos a medidas socio-educativas (artículo 306); en la República Dominicana, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobado por ley 136-03, del 15 de julio de 2003, crea un sistema especial para los adolescentes – mayores de trece años y menores de dieciocho– y excluye a los niños, en los artículos 222 y siguientes; la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, Ley 5.266, aprobada el 3 de septiembre de 1998, crea del mismo modo un sistema especial para adolescentes entre doce y dieciocho años; la Ley del Menor Infractor de El Salvador, Decreto 863 aprobado el 27 de abril de 1994, establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad; la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Ley 7.576 aprobada el 6 de febrero de 1996, crea un sistema similar; y en Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40, aprobada el 26 de agosto de 1999. Modificada por la ley 46, aprobada el 6 de junio de 2003, abarca al grupo etéreo entre catorce y dieciocho años no cumplidos (Beloff, Mary 2007: 99).

a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”.

Los sistemas latinoamericanos contemplan, con mayor o menor detalle, garantías sustantivas y procesales.

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

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

A este respecto las Reglas de Beijing establecen:

“18.Pluralidad de medidas resolutorias

18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) Libertad vigilada;
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) Otras órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”

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

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los

programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Es decir en un sistema de este tipo se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente sanciones diferentes, que van desde la amonestación o advertencia hasta las sanciones privativas de libertad. “En caso de que sea necesario recurrir a la respuesta estatal coactiva, la centralidad lo ocupan están sanciones y lo alternativo es la privación de libertad. Por eso en los nuevos sistemas no sería conveniente hablar (...) de alternativas a la pena privativa de libertad ya que lo alternativo y lo excepcional, conviene insistir, es la privación de libertad” (Beloff, Mary 2008:12).

Por otra parte, en relación con el artículo 40 de la Convención, cabe señalar que de los principios generales que deben regir las consecuencias jurídicas aplicables a los y las adolescentes infractores de la ley penal, es posible extraer un principio general en cuya virtud: “no se puede privar de más derechos que aquellos estrictamente restringidos por la sanción impuesta”, principio que deberá regular la imposición de la medida. Así el juez deberá optar por la medida menos gravosa, y en caso de privación de libertad, el joven no podrá ser privado de otros derechos tales como la educación, el juego, o ningún otro derecho más que los restringidos por sentencia judicial (Cillero, Miguel 2000:129).

Los y las adolescentes poseen un sistema de consecuencias jurídicas diferentes²²⁴, no solamente por los efectos dañinos del sistema penal de adultos, sino por su condición jurídica diferenciada de la de los adultos (Cillero, Miguel 2000:130; Beloff, Mary 2001:61).

Las legislaciones latinoamericanas contemplan consecuencias jurídicas diferentes, y se las denomina de diversas maneras, a saber, medidas, medidas socio-educativas, o simplemente sanciones. En este sentido, la dificultad del adjetivo socio-educativo, es que “tiende a interpretarse como una intervención psicosocial destinada a modificar al sujeto, que no reconoce como límite la propia voluntad del sujeto” (Cillero, Miguel 2000:132).

En este sentido nos parece más precisa la denominación de sanciones, cuya principal clasificación sería la que distingue entre dos grandes grupos, las privativas y no privativas de libertad (Cillero, Miguel 2000:132).

²²⁴ La centralidad la ocupan estas medidas diferentes, lo alternativo es la privación de libertad (Beloff, Mary 2001:61)

Por último, en cuanto al fundamento jurídico- penal de estas sanciones, éste se orienta a la prevención especial positiva. Es decir la reacción frente a la criminalidad de los y las adolescentes debe tener especialmente en cuenta “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (artículo 40.1 CDN.), “la Convención sobre los Derechos del Niño sintetiza una aspiración común y permanente en todos los instrumentos internacionales sobre la materia, que se oponen a cualquier enfoque exclusiva o predominantemente retributivo, que agote la justificación de la reacción penal en el merecimiento de un castigo o la necesidad de una incapacitación del infractor o de intimidación individual o colectiva” (Couso, Jaime 2012: 290).

En este sentido también se dirige el comentario oficial de la Regla 17 de las Reglas de Beijing: “(...) los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”.

Por último, en la misma línea el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha señalado que respecto de niños, niñas y adolescentes: “los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva”, bajo la asunción de que esto “puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”, y concluyendo que: “debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias” (Observación General N° 10, 2007 en Couso, Jaime 2012: 290-291).

g) La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve.

Acorde con los principios de un Derecho penal mínimo de adolescentes, solo subsidiariamente cabe responder penalmente en casos de delitos más graves, en los que la víctima no acepte la reparación, preferentemente por medio de sanciones (y medidas cautelares) no privativas de libertad –como hemos visto- y sólo como última ratio, mediante sanciones privativas de libertad (Art. 40.4 CDN), “sujetas a revisión y sustitución, cuando su efecto desocializador así lo haga necesario, o a término anticipado, cuando su prolongación ya no sea necesaria para los objetivos tenidos en cuenta al imponerla” (Couso, Jaime 2009:221).

Sobre esta medida cabe tener presente la regulación de los instrumentos internacionales. En este sentido, y en primer lugar destaca la definición que de ella hacen las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que en su Regla 11.b establece que:

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

Esta definición es de suma importancia ya que, por una parte, es un ejemplo de la tendencia a la eliminación de eufemismos tutelares, tales como “el internamiento o la ubicación institucional” y llamar a las cosas por su nombre, esto es, privación de libertad (García Méndez, Emilio 1998:13), y por otra, diversas legislaciones contemplan medidas de internamiento, las que en el hecho constituyen privación de libertad (Cillero, Miguel 2000:133).

En cuanto a la privación de libertad como sanción, las Reglas de Beijing establecen:

“17.1 Principios rectores de la sentencia y resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

c) sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”;

Es decir, sólo podrá aplicarse en caso de criminalidad grave, cuando se hace necesaria una condena visible desde el punto de vista de las necesidades de prevención general positiva y negativa. Aunque, en ciertos casos de criminalidad grave podrá prescindirse de las sanciones privativas de libertad y recurrir por ejemplo a una libertad asistida, cuando esta renuncia preventivo-general tengo por objetivo evitar un grave efecto desocializador (prevención de la no desocialización como límite²²⁵). O bien podría evitarse la sanción orientada a la prevención general cuando fuese posible reparar a una víctima dispuesta a ello (Couso, Jaime 2009: 232-233).

Por su parte las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad, establecen en su Regla 1:

“1. [...] El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”.

En la Regla 2 se establece:

“2. [...] La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

En cuanto a la privación de libertad como medida cautelar durante el proceso, las Reglas de Beijing establecen en su Regla 13:

“13. Prisión Preventiva.

13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

²²⁵La prevención especial de la no- desocialización como límite de la pena: “se trata de un fin buscado no mediante la imposición de la pena, sino precisamente mediante su evitación o su sustitución por una menos desocializadora (en el caso de las privativas de libertad). El presupuesto de este límite de la pena es la crítica al efecto criminógeno de las penas privativas de libertad, pero también del proceso con su carga estigmatizante y desocializadora. De acuerdo con esta crítica, si la prevención especial en general no es alcanzable por este medio de las penas y del proceso penal, y más bien hay razones para temer que éstos en general traerán más delincuencia, entonces la prevención especial se vuelve en un argumento y un criterio para evitar la imposición de una pena, o sustituir una privativa de libertad por una no privativa de libertad, cada vez que la necesidad preventivo-general de pena (dependiente de cuán “intolerable” parezca el delito, en las circunstancias concretas) no sea demasiado alto (Couso, Jaime 2009:223).

13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia-social, educacional, profesional, psicológica, médica y física-que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

En este mismo sentido- respecto del tratamiento que deberá otorgarse a los y las adolescentes privados/as de libertad, la CDN señala en su artículo 37.c que:

“Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad”.

En especial la CDN le reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a:

Estar separado de los adultos (art. 37.c); Mantener contacto con su familia (art. 37.c); Una pronta asistencia jurídica (art. 37.d); Impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un Tribunal u otra autoridad imparcial e independiente y a una pronta decisión sobre dicha acción (art.37.d).

En cuanto a la detención como medida preventiva la Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece:

“[...] En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias, cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible[...]”.

Respecto de los y las adolescentes es fundamental evitar el primer arresto o disminuir al máximo su impacto. “Estudios empíricos dan cuenta de la alta correlación entre la experiencia del primer arresto y la probabilidad de futuros conflictos con la justicia, especialmente si el primer arresto se produce durante la adolescencia, que aumenta hasta en cuatro veces la

probabilidad de que vuelva a ingresar como adulto al sistema penal” (Feld, Barry 1999: 221-222, en Couso, Jaime 2009: 223).

1.4.3. Análisis particular de los sistemas de responsabilidad penal adolescente en Brasil y Costa Rica.

A continuación, revisaremos los aspectos generales de los sistemas de responsabilidad penal adolescente de ambos países, toda vez que constituyen un referente explícito para la legislación chilena. Ello sin perjuicio de lo que ya hemos indicado de Brasil como caso paradigmático en el contexto latinoamericano.

a) Brasil.

Como ya se ha indicado Brasil fue el precursor de los procesos de reforma legislativa en materia de infancia-adolescencia en América Latina.

Se trata de un sistema de responsabilidad penal adolescente incorporado a un Código Integral de la Infancia y Adolescencia.

En efecto, el *Estatuto da Criança e Adolescente* (ECA) del año 1990, fue el primero en regular la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando éstas son cometidas por menores de 18 años.

En principio, el ECA utiliza la fórmula tutelar tradicional, ya que el artículo 104 establece que las personas menores de dieciocho años son “penalmente inimputables” y que están “sujetos a las medidas” previstas en el referido Estatuto. Cabe precisar que el ECA no habla de “responsabilidad penal adolescente” ni de “imputabilidad” (Beloff, Mary: 2008:183), sin embargo regula una responsabilidad penal especial, en los términos de la CDN, ya que en ambos casos estamos en presencia de a) una respuesta a la realización culpable de una conducta delictiva y b) de una restricción de derechos, y en consecuencia, de una sanción negativa. Entendemos que la expresión utilizada en este caso de inimputabilidad es expresión de la vieja tradición doctrinal dominante, sin embargo, y bajo los parámetros de la doctrina integral, cabe interpretarla en el sentido que el adolescente no es imputable, en el entendido de que “no se le puede atribuir aquella responsabilidad penal plena y que por tanto no es sujeto de las sanciones establecidas en

el Código Penal para los adultos. Pero esto no implica que él no tenga una responsabilidad penal atenuada, esto es, la capacidad de ser sujeto de aquellas medidas que a menudo, en las legislaciones de menores, se llaman “socio-educativas”. Estas medidas comportan una restricción de determinados derechos, y teniendo como título jurídico la realización culpable de una figura delictiva, son sanciones negativas aunque su fin sea la de reeducar” (Baratta, Alessandro 1995:11-12).

En este sentido-y siguiendo a Baratta-consideramos que las expresiones del ECA inducen a confusiones y en definitiva es: “contraproducente camuflar con eufemismos la responsabilidad que se puede imputar al adolescente, que no es otra cosa que la capacidad de ser sujeto de sanciones negativas y por tanto, es una responsabilidad penal. Sólo reconociendo la naturaleza restrictiva de derechos, podemos asegurarle, en el proceso y en la ejecución de las medidas todas las garantías necesarias, que no deben ser menores, sino mayores a las que goza el infractor adulto” (1995:12).

En concreto el ECA regula la referida responsabilidad en el Título III, del Libro II del Estatuto del Niño y del Adolescente²²⁶, denominado “Práctica de Acto Infractor”.

Sin perjuicio de lo ya señalado, el establecimiento de un sistema diferente a la de la Justicia penal de Adultos queda clarificado de la lectura del artículo 104 y 103.

El artículo 104 establece en su inciso 1º que:

“Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, quedando sujetos a las medidas previstas en esta ley”.

Por su parte el artículo 103 establece que:

“Se considera acto infractor a la conducta descrita como crimen o contravención penal”. Como se indicó en su oportunidad se critica la inclusión de la contravención penal como acto infractor.

En cuanto a las soluciones alternativas a la reacción punitiva estatal, el Estatuto contempla la posibilidad de remisión (solución alternativa dentro del proceso penal), regulada en los artículos 126, 127 y 128. Se contempla como facultad del Ministerio Público antes de iniciado el proceso, o como facultad del Juez una vez iniciado el proceso.

²²⁶ Ley 8069, de 13 de julio de 1990.

En cuanto a la exclusión del niño o niña²²⁷ de este sistema, el artículo 105 del Estatuto establece que: “Al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101²²⁸”. Esto significa que son excluidos, pero se derivan automáticamente al sistema de protección, cuestión criticable, como se indicó oportunamente.

Se contemplan, a favor de los y las adolescentes, garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 a 111, aunque no se desarrollan en detalle.

Como consecuencia de la atribución de responsabilidad penal, se contemplan consecuencias jurídicas diferentes, denominadas medidas socioeducativas y reguladas en el capítulo IV del Título III indicado del Estatuto (artículos 112 a 125).

En cuanto a la internación, el ECA la considera una medida privativa de libertad, ésta se encuentra regulada en los artículos 121 y 122. Y se limita a tres supuestos:

- a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona;
- b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y
- c) falta de cumplimiento reiterado e injustificado de una medida impuesta anteriormente,

y en este caso la internación no puede ser superior a tres meses.

Asimismo se establece en el N°3 del artículo 121 que en ningún caso podrá exceder los tres años de duración.

No obstante la intención de limitar la internación, por su vaguedad la norma referida “ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de libertad prácticamente en todos los casos de adolescentes infractores (...) por lo que posteriores leyes de otros países (...) han revisado estos límites y encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta sanción” (Beloff, Mary 2008:185).

Por último, respecto de la privación de libertad durante el proceso se establece que no puede exceder de 45 días, plazo en que el juez deberá dictar la resolución definitiva (art. 108).

b) Costa Rica

²²⁷ Artículo 2° del Estatuto establece: “Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona hasta doce años incompletos[...].”

²²⁸ Artículo que contempla medidas de protección.

Cuenta con un sistema de responsabilidad que se regula en una ley específica, tal como sucede en El Salvador (1994); Panamá (1999) y Chile (2007).

La Ley de Justicia Penal Juvenil²²⁹ si bien establece un sistema de justicia penal juvenil, no utiliza la expresión responsabilidad y sin referencias a priori a la culpabilidad (Beloff, Mary 1999:104; 2008:209). A pesar de ello, valgan idénticos comentarios efectuados para el ECA en el sentido de señalar que estamos frente a la regulación de la responsabilidad penal del adolescente (Baratta, Alessandro 1995).

En cuanto al ámbito de aplicación según los sujetos, el artículo 1º de la Ley establece que:

“Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”

En cuanto a las soluciones alternativas a la reacción punitiva estatal, la Ley contempla la conciliación (art. 61 a 67) y criterio de oportunidad reglado (art.56).

En cuanto a la exclusión del niño o niña de este sistema, el artículo 6 inciso 1º establece que:

“Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; [...] Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios”.

Criticamos la fórmula de remisión automática que contempla la legislación, ya que la intervención sólo podrá tener lugar en caso de estar frente a una vulneración de derechos del niño o niña.

Se contemplan, en favor de los y las adolescentes garantías sustantivas y procesales, reguladas en el Capítulo II, del Título I de la Ley, denominado “Derechos y Garantías fundamentales” (art. 10 a 27).

Se contemplan diferentes consecuencias jurídicas, reguladas en el Título IV de la Ley, que se que se denomina “Sanciones”. El artículo 121 distingue tres tipos, a saber, sanciones socio-educativas, órdenes de orientación y supervisión y las sanciones privativas de libertad.

²²⁹ Ley N° 7576 de 6 de febrero de 1996

En cuanto a la sanción de privación de libertad en centro especializado, el artículo 131 declara su carácter excepcional. Y sólo puede ser aplicada en los casos que contempla, a saber:

a) cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.

b) cuando haya incumplimiento injustificado de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

En cuanto a la duración de la sanción, la ley distingue según el grupo etario al que pertenezca el adolescente. En efecto, la privación de libertad durará un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y diez años para menores con edades entre los doce y los quince años. Duración que consideramos excesiva, conforme a los principios de mínima intervención y consideraciones realizadas sobre el fundamento de la pena en esta materia²³⁰.

Por último en cuanto a la privación de libertad como medida cautelar, y que en la Ley se denomina “Detención provisional” cabe señalar que el juez podrá decretarla cuando se presenten las circunstancias que establece el artículo 58, que dicen relación con el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia o exista peligro para la víctima, denunciante o testigo.

La medida tiene carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince (art. 59).

2. Comentarios generales sobre la implementación de los Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescente en América Latina: Análisis particular de la situación de las adolescentes infractoras en Brasil y Costa Rica.

2.1 A propósito de la implementación de los SRPA en América Latina: ¿La retórica de los Derechos?.

Un análisis exhaustivo de la implementación de los sistemas de responsabilidad penal adolescente excede los límites del presente trabajo, sin embargo, a fin de contextualizar la

²³⁰ Véase el artículo de Jaime Couso titulado “Principio Educativo y (Re)Socialización en el Derecho Penal Juvenil” (2008).

situación en que actualmente se encuentran- particularmente -las adolescentes infractoras señalaremos algunos comentarios generales de su implementación a la luz de los parámetros de la CDN e instrumentos internacionales pertinentes.

En este sentido, podemos afirmar que la mayoría de los Estados de la región cuentan con un marco legal especial en materia de justicia juvenil que, en muchos casos, se adecua a los estándares internacionales sobre la materia. Asimismo algunos países se han esforzado por adecuar sus prácticas, instituciones e instalaciones relacionadas con la justicia juvenil a los estándares internacionales sobre la materia (CIDH, 2011:párr.6).

A pesar de ello, estos sistemas muestran una serie de debilidades y en algunos casos los Estados han impulsado políticas regresivas que vulneran los principios de Derecho Penal Mínimo. En particular, se aprecia una importante distancia entre el discurso normativo de los Estados y la realidad que enfrentan los niños, niñas y adolescentes acusados de haber infringido la ley penal. Cuestión que ha llevado a la concluir en un reciente informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de estos sistemas en Las Américas²³¹ que: “ (...) con excepción de algunos pocos ejemplos de buenas prácticas, los sistemas de justicia juvenil del continente se caracterizan por la discriminación, la violencia, la falta de especialización y el abuso de las medidas de privación de libertad” (CIDH, 2011: párr.. 7).

En primer lugar, y respecto de las políticas regresivas, cabe señalar que recientes informes han identificado diversas reformas legales regresivas en relación a los buenos estándares logrados en los años ‘90, en leyes y normas específicas, ligadas a un retroceso general de la región en torno a los derechos humanos. Ejemplos de ellas son las propuestas para la rebaja en la edad penal, como por ejemplo Panamá, donde a finales del 2010 el Estado aprobó una reforma legal a su sistema de justicia juvenil que, entre otras cuestiones, disminuyó la edad mínima para responsabilizar a los niños, niñas y adolescentes ante el sistema de justicia juvenil de 14 a 12 años o el caso de Ecuador²³² o Brasil donde una comisión legislativa ha propuesto el año 2007 rebajar

²³¹ Informe que también contempla la legislación y prácticas de Estados Unidos.

²³² Donde en julio de 2010 se presentó un proyecto de Ley de Responsabilidad Penal para Adolescentes Infractores. El proyecto prevé que se apliquen las leyes penales a quienes, al momento en que se inicie la ejecución del delito, sean mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. Según el proyecto, en caso que el delito tenga su inicio entre los 16 y los 18 años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los 18 años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los procesados mayores de edad. De tal forma, la iniciativa permitiría que los adolescentes de 16 años de edad acusados de infringir leyes penales sean sometidos a la justicia penal ordinaria, cuando actualmente en Ecuador, las personas

la edad de responsabilidad penal de 18 a 16 para delitos graves²³³.

Otros ejemplos son la implantación de toques de queda (por ejemplo, en Colombia), planes de mayor control sobre los niños como el “Plan Mochila Segura” llevado adelante en escuelas mexicanas bajo el pretexto del control del consumo de drogas, la “Ley de Cultura Cívica” del D.F. de México, que persigue a las poblaciones callejeras (REDALMYC, 2009: 48).

Mención especial merece el desarrollo de movimientos regresivos en “Centroamérica, particularmente en El Salvador, Honduras y Guatemala. En los dos primeros países, un fenómeno real como es el de las “maras”, tal vez una forma primaria y espontánea de asociación de jóvenes pobres, ha servido de detonador para la aprobación a fines del 2003, de leyes “antimaras”, que (...) pretenden dejar sin efecto toda la normativa relativa a la responsabilidad penal juvenil, pacientemente construida a partir de la Convención” (Unicef, 2004: 37-40) .

Por último, cabe señalar la situación de Uruguay, “un país con diferencias importantes en relación a la realidad salvadoreña (sin fenómeno de pandillas, con una población envejecida, y niveles de desigualdad social mucho menores, entre otras diferencias). Allí también en los primeros años del siglo XXI y en plena crisis económica se incrementó la judicialización de los

que no han cumplido los 18 años están sujetas a un Código especial sobre Niñez y Adolescencia, siendo inimputables de los delitos previstos en el Código Penal que rige para adultos (CIDH, 2011: párr. 142).

²³³ La iniciativa se refería a delitos graves como homicidio y tortura, entre otros. La propuesta es parte de un conjunto de medidas que se discutían intensamente desde comienzos del 2006 debido a una ola de ataques de bandas criminales en la ciudad de Sao Paulo en la que murieron casi 200 personas. A finales de 2006, Río de Janeiro fue el blanco de estos hechos violentos que dejaron 19 muertos, ocho de ellos quemados vivos en un autobús. Algunos delitos fueron cometidos por menores de edad, según informaron las autoridades judiciales. Cabe recordar que la Constitución actual - aprobada en 1988- prohíbe que un menor de 18 años sea juzgado criminalmente. En contraposición a esta postura, la senadora Serys Shessarenko, del Partido de los Trabajadores (PT), ha indicado que esos jóvenes que delinúan “ya son castigados por ser excluidos de la sociedad” y criticó “a quien los quiere castigar aún más” (Disponible en <http://crin.org/es/biblioteca/archivo-de-noticias/brasil-una-comisi%C3%B3n-legislativa-propone-bajar-la-edad-penal-de-los-18>, última visita 10 de abril de 2014).

niños en entornos cercanos al 165 %, según investigaciones de DNI-Uruguay y Unicef, bajo un fuerte discurso de que la inseguridad aumentó como consecuencia de la acción de niños cada vez más pequeños y más violentos” (2004).

Por otra parte, el informe reciente de la CIDH da cuenta de la ausencia de garantías específicas, como el derecho a defensa, así por ejemplo en algunos Estados como en Brasil la información recabada da cuenta de que pese a que la legislación señala que la defensa técnica debe ser garantizada en forma amplia e independiente, las Defensorías Públicas estatales no están presentes en todas las “comarcas” o no lo suelen estar en número suficiente, dando lugar muchas veces a procesos carentes de defensa o el caso de Uruguay, en que un estudio²³⁴ efectuado el año 2006 señala que el 73% de los casos se recabaron declaraciones de los niños previamente a la instancia judicial sin dar cumplimiento a las garantías del debido proceso, especialmente las relativas al derecho a la defensa (CIDH, 2011: párr.. 153).

Por otra parte, a pesar de que la normativa internacional exige que para los niños, niñas y adolescentes se apliquen alternativas a los procedimientos judiciales siempre que sea posible, el informe de la CIDH (2011) da cuenta de que este tipo de alternativas se utilizan muy poco en la mayoría de los Estados de la región.

Asimismo, aunque la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes debería ser utilizada como último recurso y durar el menor tiempo posible, el informe de la CIDH permite concluir que la prisión es la respuesta más común en la mayoría de los sistemas de justicia juvenil de las Américas, tanto antes del juicio como con posterioridad a la sentencia. Principios que deben regular la adopción de sanciones, como el principio de proporcionalidad, son a menudo vulnerados en favor de la adopción de sanciones prolongadas que se considera ayudan a la “rehabilitación” de los niños, niñas y adolescentes (2011: párr.12). E incluso en algunos países, como Argentina, se observa que los niños, niñas y adolescentes son privados de libertad por razones meramente asistenciales sin tenerla en cuenta como último recurso (Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia Argentina, en REDALMYC, 2009: 49).

Por último, en cuanto a la garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que son privados de su libertad, el mismo informe señala que las condiciones de los

²³⁴ Observatorio del Sistema Judicial, Discurso y realidad: La aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto, UNICEF, Movimiento Nacional Gustavo Volpe, Montevideo, 2009.

centros de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes, en general, son inadecuadas y, a menudo, estas condiciones dan lugar a situaciones de violencia entre los mismos niños, niñas y adolescentes o por parte de las autoridades de los Estados. Asimismo, las condiciones de detención no siempre garantizan adecuadamente otros derechos de los niños, niñas y adolescentes que no tienen por qué ser restringidos durante la privación de libertad, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la alimentación, a la educación y a la recreación (2011: párrf.13).

En síntesis, es posible concluir que existe un retorno al asistencialismo y represión, especialmente en lo vinculado con los niños en conflicto con la ley y en situación de calle, que se identifica como uno de los aspectos en los cuales se está siendo regresivo en la región con respecto a lo alcanzado. En este sentido las palabras del miembro del Comité de Naciones Unidas por los derechos del Niño, Wanderlino Nogueira Neto quien detecta:

“Un fuerte retorno al minorismo-tutelarista y/o penalismo–retribucionista (asistencialismo y represión) en el Sistema de Justicia, principalmente cuando se trata de la atención al adolescente en conflicto con la ley y a los niños y adolescentes en situación de calle” (REDALMYC, 2009:49).

En este sentido nos quedamos con el diagnóstico que hace Mary Beloff sobre los referidos sistemas y la traducción en América Latina de la CDN. Para ello valga citarla extensamente:

“(…) una foto de lo que era la situación de los (as) adolescentes infractores (as) antes de las reformas legales sobre justicia penal en general y juvenil en particular y una de la situación actual son idénticas. No hay cambios significativos entre la foto tomada hace veinte o treinta años y la que podríamos tomar ahora.

Sin embargo, las leyes cambiaron sustancialmente. Prácticamente todos los países latinoamericanos cuentan con leyes técnicamente impecables (...) ¿Qué es lo que sucedió entonces? ¿Por qué leyes tan necesarias y tan adecuadas formalmente no impactaron en la realidad?

(...) no hemos sido capaces de diseñar e implementar una respuesta con garantías centrada en la prevención y en clave de especialidad. La ley y los operadores deben poder reconocer que se trata de una persona menor de edad con derecho a protección especial y trato diferente que el adulto en términos de mayores derechos y garantías. No se verifica este tratamiento diferencial en los nuevos sistemas latinoamericanos. Esta pérdida de la especialidad que revela la tendencia latinoamericana es idéntica a la que tuvo lugar en los Estados Unidos en

las décadas del 60 y '70 y en gran parte de Europa, en España en particular como referencia de Hispanoamérica: el precio que pagaron los niños, niñas y adolescentes para ser respetados en sus garantías procesales fue perder la posibilidad de ser reconocidos como tales. A partir de la negociación por las garantías se los empezó a tratar como adultos y a transferirse los casos que los involucraban al sistema de justicia penal de adultos.

(...) debe retomarse la centralidad de la idea de la prevención de los delitos de los jóvenes pensada como garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales. En este marco ¿cómo es posible generar las condiciones para que niños y niñas puedan vivir vidas dignas de ser vividas —en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y no se involucren en delitos? Aún si se da el caso de que cometan un delito, ¿cómo se logra que paradójicamente ese delito se convierta en una oportunidad para que en el futuro el joven o la joven no se meta en problemas? Prevención significa en este último sentido que una vez que se cometió el delito, puedan generarse las condiciones para que ese joven no repita su conducta conflictiva con la comunidad.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina nuestras sociedades. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen del proceso (...) otros profesionales y otras disciplinas.

Por ello sugiero pensar la CDN a partir de lo sucedido en diferentes regiones del mundo, no en espejo del pasado sino como un instrumento con una enorme potencialidad para construir en el presente y hacia el futuro, vidas dignas de ser vividas para todos los niños, niñas y adolescentes de la región sin excepción” (2011: 17-37)

2.2. La situación de las adolescentes en los SRPA en América Latina: la sinergia de la precariedad e invisibilidad.

En el capítulo II nos referimos en extenso a la particular situación de precariedad que viven las niñas y adolescentes en nuestra región, particularmente en lo referido a la garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales. En un contexto de profundas discriminaciones que no hacen sino reforzarse en el área de la responsabilidad penal adolescente.

Valga señalar en primer lugar, la dificultad adicional para obtener información relevante sobre ellas en los sistemas de responsabilidad penal adolescente en el contexto latinoamericano, a pesar de haber revisado las fuentes institucionales habituales²³⁵ y mediado solicitudes escritas para tales efectos, como se indica en el anexo de este trabajo.

²³⁵ UNICEF, América Latina; ONU Mujeres, ILANUD, la CIDH entre otros.

De este modo, la primera evidencia nos permite concluir la invisibilidad a la que las adolescentes infractoras son “recluidas”, y que a su vez es fuente de nuevas y reforzadas precariedades en la garantía de sus derechos sustantivos y procesales, particularmente el de las adolescentes privadas de libertad.

La escasa información recabada, ha sido obtenido fundamentalmente de un informe elaborado por la CIDH, o de documentos provenientes de Organizaciones de la Sociedad Civil o en el caso de Costa Rica, del Poder Judicial en conjunto con Unicef. Respecto del primer y tercer caso cabe señalar que los referidos estudios o informes realizan algunas precisiones sobre la situación de las adolescentes. Sin embargo- en nuestra opinión- no cuentan con una perspectiva sensitiva al género.

A continuación señalaremos algunos aspectos relevantes de estos documentos

En relación al contexto latinoamericano, de la información recibida por la CIDH ésta concluye que: las niñas son frecuentes víctimas de discriminación por parte de los sistemas de justicia juvenil en razón de su género. Así, las niñas son a menudo privadas de su libertad por haber cometido actos que no constituyen delitos si son cometidos por mayores de edad, o por los cuales los niños, a diferencia de ellas, a menudo no son sancionados, como por ejemplo consumir alcohol y cigarrillo, fugarse de su casa o mantener relaciones sexuales, debido a estereotipos de género asociados a una concepción de subordinación de las mujeres respecto a los hombres (*status offenses*).

Asimismo, debido al número relativamente pequeño de niñas infractoras en los sistemas de justicia juvenil de la región, las instalaciones disponibles para ellas a menudo no existen o se encuentran en condiciones muy deficientes en comparación con las instalaciones destinadas a niños. Por ello, las niñas que infringen las leyes penales son enviadas con mayor frecuencia que los niños a centros para adultos, donde es común que no se las separe de las mujeres adultas. También es común que no se atiendan las necesidades particulares de las niñas, como por ejemplo la necesidad de servicios de salud reproductiva. Más aún, la falta de mujeres en el personal policial y carcelario hace que las niñas sean frecuentes víctimas de abusos físicos, psicológicos y violencia de género en los sistemas de justicia juvenil en el contexto regional. Las diferencias legales o de hecho basadas en estereotipos de género asociados a la subordinación de

las mujeres respecto a los hombre “constituyen una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de lamujer”²³⁶ (CIDH, 2011: párr.. 120).

En particular, respecto a la separación por sexo, todos los todos los Estados que respondieron al cuestionario de la CIDH han adoptado medidas para que los niños detenidos se encuentren separados en razón de su sexo. En la mayoría de casos, las instalaciones se encuentran completamente separadas, y en algunos pocos casos si bien las celdas para mujeres están separadas de las celdas para hombres, se comparten algunas instalaciones comunes. Por ejemplo, Ecuador informó que cuenta con ocho centros para niños, dos para niñas y dos mixtos en los que comparten áreas de recreación, comedor y lavanderías pero no habitaciones. Costa Rica informó que el Centro Zurquí aloja a niños de ambos sexos pero mantiene separados a hombres y mujeres (CIDH, 2011: párr. 423).

Sin embargo en algunos Estados no se separa a los niños y las niñas detenidos en razón de su sexo. En el Caribe hay varias instituciones en las que no existe dicha separación, como es el caso de Surinam y Guyana, cuyos centros de privación de libertad alojan en ocasiones a personas menores de edad de ambos sexos (CIDH, 2011: Párr. 424).

Respecto de **Brasil** cabe mencionar que las niñas sometidas a algunas de las medidas socio-educativas son una minoría en la población brasileña de los adolescentes en conflicto con la ley. Se estima que el año 2006, correspondían a un poco más de 3.000 niñas en un universo de más de 40.000 adolescentes, es decir, un 7,5%. Y respecto de las medidas de privación de libertad de los adolescentes, al año 2008 eran menos de mil niñas en centro cerrado en un total de 16 mil adolescentes (6,2%), según informe de la Secretaría Especial de Derechos Humanos de la Presidencia .

En cuanto a las medidas aplicadas, cabe señalar que en general se les aplican sanciones más leves que los hombres. Así en el año 2006, más del 80% de ellas estaba sometida a una medida de Libertad Asistida y/o Prestación de Servicios a la Comunidad, y menos del 8% a medidas de internamiento. A diferencia de los adolescentes, el 16% durante el mismo período.

²³⁶Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

Respecto al tipo de conducta cometida, como los chicos, ellas también cometen infracciones contra la propiedad (46 % de ellas), tales como el robo y el hurto. En el caso de los chicos el porcentaje es del 64%. En segundo lugar, sin embargo, se involucran más con delitos relacionados con agresiones a personas y a las costumbres (agresión física y delitos relacionados con la intimidad). Un 24,7% de ellas, frente al 12,6 % de ellos. Proporcionalmente, también se involucran más que ellos con actos vinculados con el tráfico de estupefacientes. Más del 16% de las niñas con medidas socio educativas son condenadas por este tipo de actividad, mientras que entre los varones el porcentaje es inferior al 13 %²³⁷.

Respecto de **Costa Rica**, recabamos información sobre las mujeres adolescentes privadas de libertad en un estudio Diagnóstico sobre el Sistema Penal Juvenil de Costa Rica elaborado por el Poder Judicial y Unicef (2012). En éste se señala que una característica de la justicia penal juvenil es la reducida cantidad de mujeres a las que se condena a una sentencia de internamiento, aunque las cifras han ido en aumento (cuadro 2)

Menores de edad sentenciados(as) a internamiento según sexo durante 2009-2011

Sanción de internamiento en centro especializado	Total	Sexo Masculino	Sexo Femenino
2009	54	53	1
2010	88	83	5
2011	99	95	4

Fuente. Poder Judicial Costa Rica y UNICEF (2012) 2012.

En el estudio una de las funcionarias clave hizo mención a la poca cantidad de mujeres privadas de libertad, indicando que pocas mujeres están relacionadas con delitos graves. Indicó que más bien se les atribuía en la justicia penal juvenil delitos de lesiones y contravenciones. Por su parte otro de los funcionarios clave hizo referencia a que no había encontrado un análisis de género en ninguna sentencia. En el mismo informe diagnóstico, se señala que la mayoría de las mujeres privadas de libertad fueron trasladadas al Centro Zurquí, luego de que el sitio en que se

²³⁷ <http://www.promenino.org.br/noticias/especiais/uma-vida-nada-cor-de-rosa-para-as-meninas-em-medida-socioeducativa>, última visita 10 de abril de 2014.

encontraban en el Centro el Buen Pastor, presentaba problemas. Las mujeres según se informó por una persona clave del sistema penitenciario reciben clases junto con los hombres. Se indicó que ellas presentan en general problemas de control de impulsos y un porcentaje muy alto tiene un pasado de explotación sexual o ha sido abusada, o ha tenido problemas de padres adictos o sumisión a organizaciones familiares. Se indica que a las mujeres les cuesta demostrar las emociones (Poder Judicial Costa Rica y Unicef, 2012: 201-202).

En el informe elaborado por la Defensoría de los Habitantes sobre los problemas que atraviesa el Sistema Penitenciario Nacional²³⁸, que hace referencia a la necesidad de enfrentar los problemas que ha traído el aumento de la cantidad de jóvenes privados de libertad bajo la Ley de Justicia Penal Juvenil, se indica con respecto a la mujeres privadas de libertad que: “las mujeres privadas de libertad adultas jóvenes deben tener una respuesta (...) en el Centro Penitenciario el Buen Pastor, una vez que dicho centro reúna las condiciones para albergarlas. Esto por cuanto el Centro de Formación Juvenil Zurquí en este momento no les está garantizando a las adultas jóvenes la separación de indicada y sentenciada, ni el espacio más adecuado para su estancia”

3. Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile. Análisis particular del tratamiento de las adolescentes infractoras.

3.1. Evolución del control socio-penal de la infancia adolescencia en Chile

3.1.1. Antecedentes.

En el primer capítulo de este trabajo hemos hecho referencia a la evolución del control socio-penal de la infancia adolescencia en el contexto latinoamericano, y Chile se enmarca en el proceso de evolución señalada, en particular con la implementación del modelo tutelar y luego con el proceso de reformas legislativas en el marco de la CDN.

²³⁸Oficio No. 01956-2011 Defensoría de los Habitantes.

A continuación presentaremos “las formas sucesivas y/o simultáneas de control social punitivo que se ha aplicado a los niños, niñas y adolescentes en Chile, dentro de las que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20084)²³⁹ es la expresión más reciente” (Cortés, Julio 2009:61).

a) Período de inexistencia de una legislación especial: Derecho Penal de Adultos (1875-1928).

El Código Penal chileno, promulgado el 12 de noviembre de 1874, en materia de responsabilidad penal, regulaba en su artículo 10 la exención de responsabilidad de los menores de diez años, y la de mayor de diez y menor de dieciséis, a no ser que conste que haya obrado con discernimiento. Asimismo establecía, una responsabilidad penal atenuada, tanto para el menor que había sido declarado con discernimiento, como para el mayor de dieciséis y menor de dieciocho. Como se observa el discernimiento aparece como un elemento clave para establecer la responsabilidad penal del menor de edad, sin embargo la ley no entrega definición de discernimiento, ni precisa los elementos que el Juez debe tomar en consideración para pronunciarse (Cillero, Miguel 1994:89).

En este mismo período se aprecia el surgimiento de algunas normas destinadas a proteger y corregir a los menores de edad.

En este sentido cabe mencionar el Decreto-Ley de octubre de 1925 que instauraba establecimientos especiales para la prevención de la delincuencia juvenil; el D.S. de 30 de diciembre de 1896, que crea la Escuela Correccional de niños de Santiago y las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal del año 1906 (art. 315), relativas a la separación de los menores de los adultos en los recintos de detención o cumplimiento de condenas.

Por otra parte el año 1912 se dicta la Ley 2.675 sobre protección de la infancia desvalida, a través de la cual se facultó a los Jueces para internar a los menores en algún establecimiento de reforma o beneficencia, o para entregarlos al cuidado de personas de su confianza.

Esta etapa se caracteriza por “un énfasis jurídico-penal, preocupado más de restablecer y mantener el orden social y familiar, que de la situación personal de los niños” (Cillero, Miguel

²³⁹ De ahora en adelante LRPA.

1994:92). Y si bien formalmente la legislación penal está destinada a todos los niños, en la práctica determina si “los niños marginales deben ir o no a la cárcel” (Couso, Jaime 2000:49).

b) Período de las Leyes de Menores: Derecho Tutelar de Menores (1928-1990)

El nacimiento de la legislación minoril en Chile tiene lugar con la dictación de la Ley de Menores N° 4.447 del año 1928, con anterioridad a ella regían, respecto de los y las menores de edad, las normas de Derecho Civil y del Código Penal.

La Ley de Menores de 1928, fue posteriormente reemplazada por la Ley N° 16.618 inspirada en la doctrina de la situación irregular.

La legislación minoril chilena, reguló fundamentalmente, los problemas de control y protección de la infancia que se encuentra en situación de dificultad. Es decir, centra su atención en las conductas “irregulares” y/o en los “problemas” de los/las “menores”, particularmente de aquéllos que “entran en conflicto con las reglas y leyes del mundo adulto”, y será de (Cillero, Miguel 1994:87).

En cuanto a los antecedentes de la legislación minoril nacional, cabe señalar que la dictación de la primera Ley de Menores N° 4.447 de 1928, fue promovida por la confluencia de dos corrientes estrechamente vinculadas entre sí, las humanitarias, y las positivistas. Las primeras influyen en que el Estado asuma un rol protector y las segundas, modifican la concepción de delito y delincuente, manifestando una gran confianza en que el Estado podrá intervenir en beneficio de los jóvenes, apoyándose en las “nuevas corrientes del pensamiento científico”, como consecuencia de ello se estructura un enfoque médico-sanitario con el fin de comprender e intervenir en el ámbito de la infancia (Cillero, Miguel 2000:93).

En este sentido resulta ilustrativo el mensaje de un proyecto anterior del Ejecutivo del 8 de agosto de 1927:

“[...] en el orden penal, nuestra legislación es todavía más deficiente, alejada de todo principio de economía social y sin base verdaderamente científica, aplica al menor el mismo tratamiento jurídico que al adulto y se preocupa sólo de reprimir, de defenderse de ciertos elementos que en determinadas circunstancias podrían transformarse en factores de gran utilidad, mediante un tratamiento científico adecuado[...]según las investigaciones, estos niños que constituyen la avanzada más peligrosa contra la sociedad, llegan a esta situación por abandono de los padres, irresponsabilidad de ellos, etc.” (Boletín de Sesiones de la Cámara de Senadores, citado en Cillero, Miguel 1994:94).

Los elementos más destacados de la Ley N° 4.447 son los siguientes:

- a) En lo que se refiere al tratamiento jurídico de la delincuencia juvenil, se establece que si un menor de veinte años y mayor de dieciséis, comete un hecho que reviste carácter de delito, podrá ser castigado penalmente, si el tribunal estima que actuó con discernimiento. Por lo tanto se mantiene la figura del discernimiento;
- b) El Estado se hace cargo de las situaciones de abandono o “peligro material o moral”, sin distinguir claramente entre delincuencia juvenil y riesgo social;
- c) Creación de los Juzgados de Menores. En ellos el juez de menores goza de amplias competencia, destacando la facultad de dictar medidas de protección respecto de menores inimputables que habían cometido delitos. Asimismo a ellos les corresponde la declaración previa de discernimiento;
- d) Creó la Dirección General de Protección de Menores como el órgano a través del cual el Estado ejercerá “la función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional” de ellos;
- e) Se dispone la creación de Casas de Menores y se crean en aquella época las de Santiago (1929) y Valparaíso (1934).

Cabe mencionar que uno de los efectos de las amplias facultades concedidas al Juez de Menores, fue el incrementar de manera definitiva el control sobre la infancia, utilizándose para ellos los métodos punitivos, entre los cuales destacó la privación de libertad, la que se ejecutaba en los mismos recintos destinados para adultos, a la espera de construir los recintos adecuados (Cillero, Miguel 1994:101).

Esta ley fue objeto de posteriores modificaciones, entre las que destaca en primer lugar la Ley N° 11.183 de 1953, ya que modifica la edad de responsabilidad penal. En efecto el artículo 10 del Código Penal, luego de la modificación, establece que están exentos de responsabilidad penal:

2° El menor de dieciséis años.

3° El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

La necesidad de modificar la antigua legislación, conduce a la dictación en el año 1967 de la Ley N° 16.618 que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, reemplazando a la ley N° 4.447.

La ley N° 16.618, parcialmente vigente en la actualidad, mantuvo la tendencia de la antigua legislación, y fue el resultado de las diversas modificaciones de que ya había sido objeto la ley N° 4.447.

A continuación presentaremos los principales aspectos originales de la Ley N° 16.618, y sus principales modificaciones posteriores:

- a) Se crea el Consejo Nacional de Menores (CONAME) organismo gubernamental descentralizado, vinculado al Ministerio de Justicia, encargado de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y organización de las entidades y servicios públicos o privados que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular²⁴⁰. Sin embargo en el año 1979, bajo el régimen militar, se dicta el Decreto-Ley N° 2.465 que crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME) organismo que reemplaza al CONAME, actualmente vigente, y que es definido por la ley como “[...] un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar las acciones necesarias para asistir o proteger a los menores en situación irregular ²⁴¹ y estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollan las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones” (D.L. 2.465 de 1979);
- b) Los Juzgados de Letras de Menores mantienen amplísima competencia, la que comprende desde materias de Derecho de Familia, hasta las vinculadas a infracciones y medidas de tipo penal, entre éstas destacan la de resolver sobre la vida futura del menor cuando se encontrare en peligro material o moral; conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores inculcados de crímenes, simples delitos o faltas, y expedir la declaración previa sobre si el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho ha obrado o no con discernimiento; aplicar las medidas de protección a los menores de dieciséis años como a los mayores de esa edad y

²⁴⁰ El CONAME definió al menor en situación irregular como aquellos “Menores que presenten graves problemas derivados del ambiente y leves problemas conductuales. Menores que sufran alguna irregularidad física o psíquica que le van a producir una inadaptación social. Menores en conflicto con la justicia. Menores cuya irregularidad está condicionada por problemas económicos. Menores en peligro moral” (Cortés, Julio 1994:248).

²⁴¹ El SENAME definió a los menores en situación irregular como aquellos “Menores que carezcan de tuición o que teniéndola, su ejercicio constituye un peligro para su desarrollo normal integral; los que presenten desajustes conductuales y los que estén en conflicto con la justicia” (Cortés, Julio 1994:248).

menores de dieciocho que hayan obrado sin discernimiento y ejecutado un hecho que, si hubiere cometido por mayores de edad, habría constituido “delito”;

- c) Desde el punto de vista del procedimiento las reglas en esta materia son de carácter general y otorgaban gran libertad al Juez de Menores para su aplicación. Asimismo atendida la diversidad de materias que conocía y las atribuciones de que era titular no existía un solo procedimiento aplicable; sin embargo la ley tampoco establecía de manera clara y detallada los distintos procedimientos. Con el fin de ilustrar el carácter “irregular” de la legislación, cabe destacar que en materia probatoria el artículo 32 de la Ley establecía que el Juez “[...] antes de aplicar a un menor de dieciocho años algunas de las medidas contempladas en la presente Ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, debe establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él le ha cabido al menor”. Sin embargo esta obligación, de carácter fundamental, para probar los hechos y la participación que le ha cabido se veía disminuida por el tenor del inciso 2º del mismo precepto y otras disposiciones. En efecto el inciso 2º del artículo 32 señalaba que “Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación ninguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral”. En este mismo sentido el artículo 30 que facultaba al Juez para aplicar al menor alguna medida de protección, “según más convenga a la irregularidad que presente [...] cuando se recoja un menor por hechos que no son constitutivos de crimen, simple delito o falta”. Esta norma se refiere a la detención (la ley usa la expresión “recoja”) de niños / as por hechos no constitutivos de delito, y constituía una grave violación al principio de legalidad, ya que es posible aplicar sanciones de carácter punitivo, por hechos que no constituyen delitos. Asimismo el juez podía aplicar la medida de protección sin “necesidad de llamar al menor a su presencia” (en virtud del artículo 32), esto es, la Ley no le exigía probar ningún hecho que justifique su aplicación. El marcado carácter inconstitucional del precepto obligó al legislador a derogarlo expresamente mediante la Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002.
- d) Las medidas de protección que podían ser aplicadas por el Juez de Menores se contemplaban en el artículo 29 de la Ley.

c) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Hacia la configuración de un Modelo de Responsabilidad Penal Adolescente 1990-2013

A partir de la ratificación de la CDN por el Estado Chileno²⁴², se generó una contradicción explícita entre la legislación minoril vigente y los derechos fundamentales reconocidos en ella a los niños/as y adolescentes (Cillero, Miguel 2002:17; Couso, Jaime, 2000:62). Se hicieron evidentes dos visiones jurídicas contrapuestas: la Convención *versus* la Ley de Menores, por una parte, la continuidad del sistema de control/ protección de la infancia y, por otra, la transición hacia un sistema de protección integral de la infancia en el marco de los derechos humanos (Cillero, Miguel 1994:88).

De este modo, se marcaba el inicio de un largo período de reformas legislativas que se mantiene hasta el día de hoy.

En este sentido, la CDN dispone en su artículo 4° que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Esta disposición obliga a los Estados a adecuar sus respectivas legislaciones, cuestión que ha sido comprendida desde el inicio por los gobiernos democráticos chilenos. En este sentido cabe destacar las siguientes reformas:

a) Ley N° 19.089 de 1991 que modifica el Código Civil en materia de filiación, y elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos;

b) Ley N° 19.043 de 1991 que introduce modificaciones a la Ley sobre abuso de publicidad, protegiendo a los menores de 18 años, inculpados o víctimas de delitos, en cuanto a la divulgación de su identidad y a cualquier otra forma que conduzca a ella;

c) Decreto Supremo N° 1.373 de 1990 del Ministerio de Justicia que crea nuevos sistemas de atención de menores del sector Justicia, privilegiando los medios abiertos, colocación familiar diurna, hogares de vida familiar, villas de menores, atención familiar de emergencia, rehabilitación en familia, libertad protegida y residencias provisorias;

²⁴² En Chile la CIDN fue promulgada el 14 de agosto de 1990, por Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre del mismo año.

d) Ley N° 19.343 de 1994 sobre “Erradicación de Niños de las Cárceles”. Esta ley por una parte dispuso que las Casas de Menores debían funcionar a través de dos establecimientos completamente separados, los primeros destinados a acoger a menores que hubieren cometido hechos constitutivos de crimen o simple delito²⁴³, y los segundos destinados a acoger a niños y jóvenes que requieran diagnóstico, asistencia y protección , mientras el Juez adopta alguna medida que diga relación con ellos, asimismo en estos centros se atiende a jóvenes infractores de ley cuando no procede su privación de libertad. Esta Ley prohíbe el ingreso de personas menores de 16 años, o mayores de 16 y menores de 18 años, cuando no hubieren cometido infracciones a la ley penal, a la Sección de Menores de los establecimientos penitenciarios para adultos;

e) La ley N° 19.806 publicada el 31 de mayo de 2002 conocida como “Adecuación de las normas vigentes a la reforma procesal penal”, que sin perjuicio de otras disposiciones, introdujo modificaciones a la Ley de Menores N° 16.618, entre las que destaca la derogación al artículo 32, y la nueva redacción que le otorga a los artículos 29 y 30;

f) Decreto Supremo 553 del Ministerio de Justicia, publicado el 22 de enero de 2002, “Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería”, el que en su artículo 10 señalaba que: “(...) la actividad al interior de estos centros, en especial el trato con los menores internos, se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución (...) y a las recomendaciones y directrices aprobadas por los organismos internacionales de los cuales Chile es miembro”;

g) En octubre del año 2005 comenzó a regir la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y que deroga la Judicatura de Menores.

h) Y por último la Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (LRPA).

3.2. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

²⁴³ La atención en estos centros se considera privación de libertad.

3.2.1 Antecedentes

A partir de la ratificación de la CIDN, en Chile se generó una contradicción explícita entre la legislación vigente y los derechos consagrados en ella. En lo que se refería a la responsabilidad penal de los y las menores de edad, la práctica administrativa optó mayoritariamente por aplicar la legislación “minoril”²⁴⁴.

Esta legislación se encuentra esparcida en diversos cuerpos normativos, de la más variada jerarquía e inspiración doctrinaria. Desde el punto de vista de la responsabilidad penal de los/as menores de edad, la materia se regulaba por el artículo 10.2 del Código Penal establecía una presunción de derecho, en virtud de la cual las personas menores de 16 años eran inimputables. Por ello el mencionado precepto los declaraba exentos de responsabilidad penal.

En cambio, respecto de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, el artículo 10.3 del Código Penal establecía una presunción legal, en virtud de la cual están exentos de responsabilidad penal, a menos que hayan obrado con discernimiento. Este trámite se solicitaba por el Juez del Crimen correspondiente, y se llevaba a cabo ante el Juzgado de Menores, en virtud de un procedimiento que carecía de forma de juicio y otorgaba casi nulas garantías al adolescente (Rodríguez, M., 2000:210; Jiménez, M., 2000:63).

Por otra parte, en cuanto a la privación de libertad, ésta era una medida autorizada ampliamente por la Ley de Menores (N° 16.618), tanto para los niños/as y adolescentes necesitados de asistencia o como medida de protección durante el proceso.

Por otra parte, en cuanto al lugar de su ejecución, en casi todas las regiones del país, con excepción de la Región Metropolitana, en las cárceles de adultos se habilitaba una sección para los/as adolescentes. Y la letra h) del artículo 40 del Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería y en el artículo 84 del Reglamento de Casas de Menores, se establecía como una sanción posible, el encierro en celda solitaria hasta por cinco días, lo que se convirtió en una práctica cotidiana en los centros.

²⁴⁴ Uno de las excepciones en la materia estuvo constituida por el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17 de septiembre de 2002, que acogió un recurso de amparo contra Gendarmería de Chile. En él se dispuso que “la sanción contemplada en la letra h) del artículo 40 del citado Reglamento (Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería), denominada ‘internación en celda solitaria’ resulta contraria a dichos preceptos dispuestos por el organismo técnico de las Naciones Unidas, con mayor razón si se tiene en cuenta que su ejecución práctica no se realiza en la misma celda en que habita el menor, como tampoco en otra de condiciones de higiene, iluminación y seguridad similar[...] por lo cual Gendarmería de Chile deberá abstenerse de aplicar en el futuro dicha sanción” Sentencia que acoge el Recurso de Amparo presentado contra el Director Nacional de Gendarmería de Chile, considerando 7°, rol 53.423-2002, pronunciada por los ministros Sergio Muñoz Gajardo, Lamberto Cisternas Rocha y Raúl Rocha Pérez.

Una vez ratificada la CDN y frente a la grave situación de los derechos fundamentales de los y las menores de edad imputados de la comisión de una conducta delictiva, el primer gobierno democrático chileno desde el año 1973, promovió, a través del Ministerio de Justicia y SENAME, importantes iniciativas con el fin de difundir los derechos de la infancia, y desarrollar evaluaciones de la situación y propuestas de reforma legislativa en el ámbito de la reacción penal ante los menores de edad, ya que éste se identifica como uno de los aspectos más deficitarios de la legislación chilena (Alvear, S., 1999:328).

En este marco el Ministerio de Justicia en 1994, bajo la dirección de Soledad Alvear, formo una comisión para la creación de un nuevo sistema de justicia con el fin de enfrentar las reformas a la justicia de familia, la protección de los derechos de infancia y la responsabilidad penal juvenil. A esta comisión fueron convocados destacados especialistas en derecho de la infancia y adolescencia, académicos de derecho penal de importantes universidades, expertos de organismos internacionales tales como UNICEF y el Instituto Interamericano del Niño, miembros del poder judicial y organizaciones de la sociedad civil destacadas en la protección de los derechos de la infancia (Alvear, Soledad 1999:328).

Finalmente el Ministerio aprobó en el año 1994, las “Ideas Matrices para una legislación sobre los Niños y Jóvenes Infractores de la Ley Penal”, documento que reconocía la necesidad de adecuar la legislación nacional a la CIDN con el fin de garantizar la vigencia de los derechos de los niños/as y adolescentes.

La postura garantista adoptada en la reforma se reforzó al producirse un trabajo conjunto entre los redactores del Proyecto de Código Procesal Penal y la comisión de reforma sobre infancia, ya que así se aseguró una coherencia en las reformas al sistema penal.

Esta primera etapa de trabajo culminó con el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal.

En síntesis, el anteproyecto establecía un sistema especial de responsabilidad penal para las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, en que las conductas sancionadas se reducían a algunas de las consideradas como crímenes y simples delitos por la ley penal de adultos; la privación de libertad sólo procedía en aquellos supuestos de infracciones graves contempladas taxativamente en la ley con una duración no superior a tres años. Además se

establecía un proceso oral, acusatorio, con intervención del ministerio público y en el que se contemplan todas las garantías del debido proceso.

Sin embargo, y pese a la urgencia de la reforma ésta se postergó hasta el año 2002, oportunidad en que el Presidente de la República envió al Congreso Nacional para su discusión el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. “Durante ese tiempo aumentó la presión sobre el sistema judicial y político por generar una respuesta penal más severa para los adolescentes y las propuestas para rebajar la edad de responsabilidad penal” (Cillero, Miguel 2002:37)

Por ello, si bien el Proyecto era muy similar al Anteproyecto, éste fue objeto de una serie de modificaciones que se tradujeron en un “aumento de la carga punitiva y un debilitamiento de la especialización del sistema de enjuiciamiento” (Corporación Opción, 2002).

Finalmente el Proyecto de Ley fue presentado con fecha 2 de agosto de 2002. Y cabe señalar que el proceso de debates parlamentarios estuvo marcado por discurso creciente de ley y orden, asociado a la necesidad de endurecer el sistema penal para salvaguardar la “seguridad ciudadana”. Se instaló una “cultura del control”²⁴⁵, y que influyó sobre las políticas y prácticas de las instituciones de control penal y en la generación de una demanda ciudadana de seguridad ante el delito que se ha difundido a través de los medios de comunicación social y reflejado en encuestas de opinión y victimización. (Cillero, Miguel 2002:31; Wacquant, Loïc 2000: 11).

Así por ejemplo el 13 de agosto de 2002, días después del envío del proyecto de ley de responsabilidad penal al Congreso se publica en un conocido medio de prensa nacional:

“Consenso para endurecer la mano con los menores: Si por la violación y asalto cometidos contra una joven alemana en 1990, Roberto Martínez Vásquez, el psicópata de la Dehesa, entonces de 14 años de edad, hubiese sido enjuiciado (...) Pero Martínez no fue ni procesado, porque los menores de 16 años no tienen responsabilidad penal en el actual sistema. Y gracias a su inimputabilidad, acabó convirtiéndose en el horroroso criminal que ha impactado en las últimas semanas a todo el país”²⁴⁶

²⁴⁵ Cillero utiliza el término “cultura del control” en el sentido del estudio que ha realizado David Garland (2000), y que analiza el fenómeno en Estados Unidos y El Reino Unido. En este estudio “postula que este tipo de políticas y prácticas podrían extrapolarse a otros países, debido a que responderían a transformaciones estructurales que serían respuesta al ordenamiento social, económico y cultural[...].” (Cillero, Miguel 2002:31)

²⁴⁶ Disponible en <http://buscador.emol.com/emol/Jorge+Castillo+Pizarro>, última visita el 10 de abril de 2014.

En este mismo artículo destacan otras voces, provenientes de los parlamentarios de la Derecha chilena:

“[...] los Senadores Jovino Novoa y Evelyn Matthei. Ambos postulan que los delitos graves sean castigados con hasta 15 años de encierro, en el caso de menores de entre 15 y 18 años de edad y con una pena mayor, de 10 años, los que tienen entre 15 y 12 años de edad”

Por otra parte el 26 de junio de 2003, Eugenio Guzmán, uno de los autores del estudio del Instituto Libertad y Desarrollo, sobre el aumento del costo en la delincuencia señalaba en otro medio de prensa que: “un bien público tan importante para la sociedad, como es la seguridad, no está suficientemente cubierto a partir de los impuestos que se pagan (...) sin ser alarmista nuestro país está en una situación compleja frente al índice de delincuencia, estamos cercanos, en cuatro o cinco años más, con niveles de delitos como los que existían en Nueva York en su peor momento”²⁴⁷.

Una vez ingresado el proyecto, y luego de caso dos años de discusiones el proyecto se aprobó en la Cámara de Diputados, el 14 de julio de 2004, siendo objeto de modificaciones que lo asimilaban al sistema penal de adultos. Luego en el Senado el proyecto sufrió nuevas modificaciones que acentuaron su carácter represivo, así por ejemplo se elevó a 5 años el máximo de la sanción privativa de libertad para los /as adolescentes de 14 y 15 años de edad y a 10 años para los/as adolescentes de 16 y 17 años. También se reemplazó el catalogo de delitos especial para menores remitiéndose en general a los crímenes y simples delitos del Código Penal y leyes penales especiales y se incorporaron algunas faltas, con un sistema de determinación de sancione que se remite las normas pertinentes del Código Penal.

Luego de un largo debate, finalmente se aprobó el año 2005 (D.O. 7.12.05), sin embargo por dificultades en su implementación, la Ley sólo entró en vigencia el 7 de junio de 2007.

En términos generales si bien la LRPA contempla en mayor o menor medida los elementos de un sistema de responsabilidad penal especial, cabe señalar que no logar “consolidar un sistema de reemplazo adecuado a la normativa internacional sobre derechos humanos. Por el contrario, su rigor punitivo, su defectuoso sistema de determinación de sanciones y la debilidad de su especialidad, tanto sustantiva como procesal y en la fase de ejecución de las sanciones,

²⁴⁷ Disponible en <http://www.libertadydesarrollo.cl/noticias/delincuencia.html>, última vista el 10 de abril de 2014.

hacen temer que ella pueda ser fuente de nuevas vulneraciones de derechos” (Cillero, Miguel 2006: 195).

En este mismo sentido Julio Cortés señala que la LRPA “reposa tan fuertemente sobre el sistema penal de adultos que no parece claro que efectivamente se trate de Derecho Penal Juvenil, sino que existe la sospecha de que es más bien una nueva forma de remisión al Derecho Penal de Adultos, con algunas modificaciones que dicen relación con el procedimiento y sobre todo con los tipos de penas o sanciones, su forma de determinación, y los derechos y garantías de la fase de ejecución de las mismas” (2009:66).

3.2.2 Contenido. Principales aspectos de la LRPA.

Los principales elementos de la LRPA son los siguientes:

a) Establecimiento de una franja de responsabilidad especial entre 14 y 18 años (art. 3);

b) Conductas típicas. Se adecua a las exigencias del principio de legalidad de los delitos, remitiéndose a los tipos penales contenidos en la ley penal (art. 1°); Es decir el catálogo infraccional se remite a las definiciones “adultas” de crímenes, simples delitos y faltas (unas cuantas faltas quedan en este sistema, cuando son cometidas por adolescentes de a lo menos 16 años; las demás no fueron despenalizadas, sino que quedan entregadas a la competencia sancionatoria de los Tribunales de Familia);

c) Consecuencias jurídicas. La ley establece un conjunto de consecuencias jurídicas, que denomina preferentemente sanciones, aunque también utiliza indistintamente y de manera confusa las palabras penas y medidas (art. 20). Y el mecanismo de determinación de sanciones aplicables se basa fuertemente en el Código Penal.

d) Derecho al Debido Proceso y Sistema de Justicia Especializado. En algún sentido la ley es un avance ya que un sistema de juzgamiento que respeta las garantías procesales, sin embargo desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se puede observar que el desarrollo de un sistema especializado es relativamente débil tanto en el aspecto orgánico

como en los procedimientos.

Desde el punto de vista orgánica el nuevo sistema está entregado a los mismos órganos de la justicia penal de adultos. Los/as jueces, fiscales, defensores y policías de acuerdo a la LRPA cumplen el requisito de especialización mediante capacitaciones en materias ligadas a esa ley (art. 29). Por su parte las normas de procedimiento se remiten ampliamente al Código Procesal Penal.

Esta similitud con el Derecho Penal de Adultos o dicho de otro modo la debilidad en el principio de especialidad ha sido puesta en evidencia tanto a nivel interno como externo. En efecto la Corte Suprema señaló y el Comité de Derechos del Niño y la CIDH ha llamado la atención sobre por ejemplo la extensión de la penas y otras prácticas que vulneran los principios de la CDN y otros instrumentos internacionales.

3.3. Tratamiento de las Adolescentes Infractoras en el nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

3.3.1. Tratamiento Jurídico: LRPA, Reglamento y Orientaciones Técnicas del SENAME.

Desde el punto de vista jurídico la LRPA no hace una regulación específica de las adolescentes sin embargo su Reglamento sí lo efectúa para las adolescentes privadas de libertad, en el título V (Normas comunes a los centros privativos de libertad) párrafo 8° denominado “Normas especiales para mujeres adolescentes”, cuyo aspectos más relevantes pasamos a analizar a continuación.

a) Principio de Separación por Sexo. Derecho a un centro o sección exclusivos para la población adolescente femenina.

Las adolescentes deberán ser internadas en centros exclusivos para la población femenina o en secciones para la población femenina o en secciones distintas a las de la población interna. Respecto de las unidades de reclusión mixtas, deberá asegurarse en ellas la debida segmentación nocturna (art. 92).

b) Personal Especializado.

El personal que trabaje en los centros, en que se encuentren internadas adolescentes mujeres, debe estar capacitado en temas de género (art. 94 inc. 1°).

c) Derecho a la privacidad e integridad.

Prescribe que ningún funcionario del Servicio Nacional de Menores o Gendarmería de Chile de sexo masculino puede ingresar en dependencias destinadas al descanso y aseo de las adolescentes, sin ser acompañado por un miembro del personal femenino.

En cuanto a los registros corporales a que sean sometidas las adolescentes deben ser efectuados únicamente por funcionarias y en el caso que dicho registro importe el despojo de la vestimenta íntima, en este sólo podrán estar presentes personas de su mismo sexo (art. 94 inc. 2° y 3°).

A fin de señalar la distancia de estas normas con los patrones culturales existentes al interior de las instituciones estatales encargadas de velar por la seguridad de las personas privadas de libertad, cabe mencionar un caso de trato cruel, trato cruel, inhumano y degradante, que recayó en algunas mujeres adultas internas del Centro Penitenciario Femenino de Santiago. Según la sentencia del Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago se condenó a un grupo de funcionarios hombres de Gendarmería por grabar desnudas a las internas de la sección esperanza. A juicio del tribunal, estos hechos configuran el delito de vejación injusta contra las internas (Defensoría Penal Pública de Chile, 2010:6).

Como expresión de la vigencia de los estereotipos de género, se reproduce parte de los considerandos de la sentencia:

“No obstante la normativa, (Constitución, Tratados internacionales, reglamento) parece que existen determinados elementos enquistados en la cultura institucional que no permiten que dicha normativa sea del todo operativa. Aparece cierta idea de propiedad o dominio sobre los internos. La testigo A. M expresa, al explicar su temor de declarar, que dicen que ella “pertenece” a la casa. Este sometimiento vuelve vulnerables a los internos “porque las órdenes deben cumplirse como señala la testigo C.H.”.

En otro considerando : “Las privadas de libertad del patio Esperanza no sólo eran pobres sino también desvalidas. Las condiciones de su privación de libertad constituían un caldo de cultivo para abusos como los que se han conocido en esta causa. Por último la sentencia refiere:

“La imagen descrita por los testigos muestran al Gendarme Damiano observando la desnudez de las internas que son registradas, desde el descanso de la escalera, burlándose de la apariencia física de las internas mayores y disfrutando la observación de las más agraciadas con un napoléon²⁴⁸ en la mano amenazando con cortarle la lengua a las que reclamaban, a vista y paciencia de sus compañeras del servicio que se encargaban del registro corporal, es reveladora de una visión que contrasta con la que emana del análisis de la normativa citada y que sólo es posible en la medida que existan condiciones que aseguren impunidad. Damiano y Mella no sólo no son sancionados, como correspondía, conforme a la normativa. Por el contrario, se les propone una anotación de mérito. Aparentemente son un ejemplo a seguir”²⁴⁹.

d) Derecho a la Salud.

Las adolescentes deben contar con servicio médico e instalaciones acordes a sus necesidades específicas. La dirección del centro respectivo facilitará a aquéllas los artículos necesarios de uso normal para su higiene, así como métodos anticonceptivos en la medida que fueren necesarios.

Asimismo el servicio de salud del centro proporcionará, tanto a hombres como a mujeres, cursos sobre sexualidad y reproducción, prevención de enfermedades de transmisión sexual y aquellas otras que sean especialmente relevantes según sus géneros (art. 93).

Por su parte los artículos 95 a 99 regulan aspectos relativos a las adolescentes embarazadas.

Así por ejemplo se refieren a la alimentación que debe mantener durante el embarazo, la forma de llevar a cabo el traslado de la joven hacia un hospital al momento de dar a luz, regula las salidas maternas que se deben autorizar y los controles médicos que deben recibir los/as menores que permanezcan dentro del penal junto a sus madres.

Asimismo establece la inaplicabilidad de sanciones disciplinarias para las adolescentes embarazadas, las que hayan dado a luz hace menos de 6 meses ni a las madres con hijos/as lactantes (art. 103).

e) Derecho a convivir con sus hijos en los primeros años de vida de los/as niños/as.

Los/as hijos/as de las madres que se encuentren privadas de libertad podrán permanecer

²⁴⁸ En la jerga carcelaria, se refiere a unas tenazas especiales para cortar cadenas y candados.

²⁴⁹ Sentencia del 31 de diciembre de 2007, RIC 926-2006.

en los centros hasta la edad de dos años. Bajo circunstancias excepcionales, y en ausencia de familiar que se encargue del cuidado del niño, podrá solicitarse al juez de familia que autorice su permanencia hasta los seis años, cumplidos los cuales deberá abandonar el recinto. Las madres en su relación materno filial deberán contar, en todo momento, con el apoyo de personal especializado.

Asimismo las adolescentes no podrán ser presionadas para ceder en forma definitiva el cuidado personal de su hijo (art. 100).

Por su parte, en cada centro donde haya adolescentes mujeres que convivan con sus hijos/as, existirán recintos habilitados como sala cuna, con personal profesional y técnico especializado. Asimismo, la autoridad deberá velar por la asistencia de los hijos de las adolescentes privadas de libertad, a jardines infantiles externos administrados directamente por la Junta Nacional de Jardines Infantiles o a aquellos que esta corporación indique. En todo caso, deberá siempre privilegiarse que el niño o la niña mantenga contacto con el mundo exterior (art. 102).

Estas normas son complementadas con las establecidas en el instructivo que contiene procedimientos relativos a las normas especiales para mujeres en los centros de privación de libertad administrados por el Servicio, contenido en la resolución exenta de SENAME N° 0308/B de 7 de junio de 2007. Las instrucciones establecidas en dicha resolución solo detallan el cumplimiento de las normas del reglamento descritas anteriormente sin enfatizar ni mencionar otros aspectos relevantes.

Asimismo las últimas Orientaciones Técnicas del Servicio Nacional de Menores (2011) para adolescentes privados/as de libertad tanto en régimen cerrado como en internación provisoria hace referencia a ésta normativa. Y respecto del régimen cerrado contempla una intervención cognitiva conductual especial para mujeres.

Esta intervención señala como su objetivo prevenir y reducir la futura conducta delictual en mujeres adolescentes considerando las diferencias de género.

En la descripción de la intervención señala:

La población femenina en conflicto con la ley suele verse no sólo como alguien que quebrantó la ley, sino además suelen cargar con el estigma de haber transgredido las expectativas

ligadas a lo “femenino”. Por otro lado, los factores de riesgo que presenta la población femenina difieren en algunos aspectos de los comúnmente establecidos para los varones, lo cual pone de manifiesto una serie de necesidades especiales de intervención.

Consideramos que este apartado específico incorpora una mirada sensitiva al género, sin embargo ello quede debilitado o derechamente anulado con algunos elementos descritos a continuación.

“Algunos de los aspectos que se deben considerar en el plan individual de intervención y especialmente, en los programas orientados a la conducta delictual, son los siguientes:

Estrategias motivacionales.

Herramientas para el manejo de la impulsividad y la expresión emocional.

Fomentar la responsabilización y el locus de control interno.

Incorporar estrategias para la toma de decisiones asertiva.

Trabajar los roles y estereotipos de lo femenino.

Incorporar actividades que incorporen la maternidad como un área a trabajar.

Prevención y disminución de la violencia, considerando las especificidades por género.

La intervención con familia” (SENAME, 2011).

Nos parece que algunas de estas consideraciones son discriminatorias, no cuestionan la posición de subordinación en que se encuentran las mujeres y reproducen su lugar de inferioridad en la sociedad. De ello da cuenta lo relativo al manejo de la impulsividad y control emocional, así como el control interno e incorporar la maternidad como área a trabajar. Consideramos que traducen una mirada estereotipada respecto de las adolescentes en particular, cuando ninguno de esos elementos ha sido considerado a trabajar con los varones.

3.3.2. Algunas Datos Estadísticos

De acuerdo a los datos de la Defensoría Penal Pública durante el primer año de vigencia de la ley 20.084 ingresaron al sistema de justicia penal adolescente 3.725 mujeres y 25.040 hombres, lo que se traduce en que las mujeres infractoras de ley representaron un 12.9% del total de jóvenes. Durante el segundo año de vigencia ingresaron 4.586 mujeres y 27.568 hombres, lo que representa un 14.3%. Durante el tercer año ingresaron 4.290 mujeres y 25.652 hombres, lo

que representa un 14.3%. En total, en los registros de la Defensoría Penal Pública, las mujeres adolescentes son 12.601 y los hombres 78.260, por lo que las mujeres representan un 13.9% (2010: 8).

Por su parte de acuerdo a la información de SENAME vigente al segundo semestre del 2010 las adolescentes representan cerca de un 10% del total de jóvenes vigentes en programas y centros de SENAME durante el primer semestre de 2010.

En este cuadro las adolescentes mujeres representan un 9.3% respecto del total, lo que si bien es más bajo que el 13.9% que arrojan los datos de la Defensoría Penal Pública, la diferencia se puede explicar, porque existen numerosas causas de mujeres adolescentes en los cuales el SENAME no interviene, ya sea porque se aplica principio de oportunidad, facultad de no inicio o salidas alternativas que no incluyen a dicho servicio.

Si se aprecian las últimas estadísticas vigentes al 31 de diciembre de 2013, el porcentaje se mantiene cercano al 10%

Por otra parte, respecto al tipo de comportamiento, las adolescentes registran una menor participación en delitos violentos o cometidos mediante intimidación, ya que la mayor cantidad de delitos cometidos por mujeres son hurtos, seguidos de robos y lesiones, mientras que en el universo masculino son los robos, hurtos y robos no violentos los que encabezan el listado (SENAME, 2013).

Respecto de la medida a la que son sometidas, en su gran mayoría éstas son no privativas de libertad (SENAME, 2013).

3.3.3. Algunos comentarios sobre la implementación de la normativa: las niñas invisibles.

Uno de los escasos estudios elaborados respecto de las adolescentes infractoras, corrobora que: “el hecho de que las mujeres adolescentes ingresen en menor número al sistema penal, incide lamentablemente, en que el sistema tiende a enfocarse al público masculino, principalmente por los escasos recursos económicos con los que se cuentan, así como también la falta de infraestructura adecuada. Por ejemplo; desde el mes de junio 2010, en el CIP de la ciudad de Puerto Montt, lo que corresponde al sector femenino, fue utilizado como centro de cumplimiento de régimen cerrado de varones. Esto trajo como consecuencia, que las mujeres adolescentes a las cuales se les decretó la medida de Internación Provisoria, fueron trasladadas al

CIP de Coronel, con el consiguiente desarraigo familiar y social. Claramente esta situación obedece a una barrera de género” Y otro ejemplo es lo que sucede en Santiago, específicamente en el Centro de Internación Provisoria femenino (CIP Santiago). Desde el año 2008 comenzó a recibir imputados varones en Internación Provisoria, debido principalmente a la gran diferencia en número de imputados e imputadas privados de libertad. Los centros masculinos de San Bernardo y San Joaquín se encontraban superados por la cantidad de imputados, mientras que en CIP Santiago había aún plazas disponibles. Si bien es cierto, en este CIP se mantuvo la segregación tal como lo señala el reglamento en su artículo 92, la rutina diaria de las imputadas se vio alterada por la permanencia de varones en el centro, modificándose de este modo, los horarios y lugares de esparcimiento, como la piscina y patios, los lugares de talleres y clases, etc” (DPP, 2010:10).

En el CIP CRC Limache (Región de Valparaíso) cabe señalar que este centro fue construido habilitando inicialmente 28 plazas exclusivamente para adolescentes mujeres, sin embargo, dada la sobrepoblación de varones, tanto en sistema CIP como CRC, las adolescentes fueron desplazadas y obligadas a utilizar otros espacios no diseñados en un primer momento para ellas, transformando otras dependencias en habitaciones (Oficio SENAME número 8869/2012).

Respecto del personal del mismo centro de Limache, presenta déficit de psicólogos(as) y educadores(as) de trato directo. Respecto a su capacitación éstas efectivamente se han realizado, alrededor de 19 durante el año 2012, el problema se presenta en que dichas capacitaciones no abordan temáticas de género, existiendo solo algunas que abordan el problema de la violencia intrafamiliar, más no existe una capacitación que aborde el tema de género desde una perspectiva interdisciplinaria (Acta visita CISC segundo semestre 2012 p.3).

Por otra parte, reiteradamente las comisiones regionales de supervisión de los centros, han hecho hincapié en la grave falta de infraestructura para las adolescentes, siendo necesaria la creación urgente de ella, como asimismo, la mejora y el reacondicionamiento de la ya existente (DPP, 2010: 18).

En cuanto a la garantía del derecho a la salud, el informe observa que en todas las regiones salvo en Aysén y O’Higgins, las adolescentes tienen acceso a instalaciones primarias de salud. Existe en los centros de privación de libertad, una unidad de enfermería atendida

habitualmente por un paramédico, sin embargo, al existir complicaciones mayores en la salud de alguna de las adolescentes, estas son derivadas al sistema público, pudiendo llegar incluso al sistema privado dependiendo de la urgencia/necesidad y la demora de la atención pública. Sin embargo, a pesar de que cada Centro cuenta con una enfermería, no están lo suficientemente equipadas para atender situaciones de mayor cuidado, siendo derivadas las adolescentes a las redes de atención pública de salud, llegando inclusive en casos urgentes a utilizar la red privada de salud, siendo el centro privativo quien asume el costo de dicha derivación.

Por último, cabe señalar que en general la garantía de la Salud Mental está debilitada en particular respecto de las adolescentes. En este sentido el mismo informe señala que: “en todos los Centros de administración de Sename se observa una deficiencia respecto al acceso de atención en Salud mental” (DPP, 2010:53).

Cabe recordar que, tal como lo hemos revisado, hay una alta prevalencia de patologías de salud mental particularmente entre las mujeres adolescentes infractoras.

Sin embargo y a pesar de ello, cabe señalar que ninguno de los estudios nacionales entrega indicadores precisos acerca de las diferencias que presenta la población femenina evaluado, lo que parecería motivado para algunos en: “su (escasa) representatividad en la muestra (que motiva dificultades evidentes para la validación)” (Maldonado, Francisco 2013) En el estudio de Rioseco et al. los investigadores dejan constancia que a la fecha del levantamiento de campo no existían adolescentes de sexo femenino privadas de libertad por razón de delito, mientras que en el estudio de la Fundación Tierra de Esperanza la población de mujeres analizada fue proporcionalmente insignificante en el contexto total de la muestra (ocho en total, siete en Santiago y una en Graneros). Y ello a pesar de que : “en este último estudio y en el desarrollado por la Universidad Católica, los respectivos informes dan cuenta de datos asociados a particularidades de género a pesar de que no tienen reflejo concreto en un respaldo de indicadores equivalente al levantado respecto de la población en general. En concreto, en el estudio de la Universidad Católica se sostiene que las patologías analizadas presentan una mayor prevalencia entre las adolescentes mujeres (aumentando, además, con la edad), mientras que en el estudio de la Fundación Tierra de Esperanza se arriba a idéntica conclusión (a pesar de determinar una prevalencia de patologías anual de 50% -centrada, en exclusiva, en el Centro de

Régimen Cerrado de Santiago-), destacándose además que la muestra sólo arroja trastornos ansiosos y afectivos (con preeminencia de los primeros)” (Maldonado, Francisco 2013).

La necesidad de atención mental ha sido invisibilizada en los estudios nacionales, y por ello se requiere revelar el estado de salud mental de las adolescentes y recurrir particularmente a metodologías de orden cualitativo.

A modo de representar esta necesidad de las adolescentes infractoras de ley, en particular de aquellas privadas de libertad y de revelar la grave vulneración de que son objeto en su tratamiento presentamos el caso de P., adolescente de 17 años ingresada en internación provisoria del CIP CRC Limache el 13 de octubre del año 2008, imputada por robo con intimidación y que el 2 de diciembre de 2008 se suicidó.

De acuerdo a la información de prensa y de las autoridades de la época, la joven presentaba una abstinencia grave y un intento de suicidio anterior, y por ello debería haber estado ingresada en una unidad de corta estadía pero al no existir ninguna en el país a la época, la joven fue derivada al Hospital Horwitz, donde su ingreso fue rechazado por ser mujer y no contar dicho establecimiento con sección especial para mujeres.

A modo de cierre cabe señalar que la legislación nacional contempla en términos generales una normativa adecuada, y que sin ser exhaustiva incorpora una consideración especial respecto de las adolescentes infractoras, sin embargo la realidad se vuelve a manifestar implacable, invisibilizándolas y vulnerando sus derechos fundamentales.

A fin de cerrar este capítulo y de comprender esta inconmensurable distancia entre nuestra realidad fáctica y la normativa, nos re-apropiamos y re-significamos las palabras de Eligio Resta:

“Con respecto al paradigma de la debilidad que es alteración y desmesura de la igualdad, aquello de la fragilidad nos habla de esas formas sutiles de no reconocimiento de la dimensión mínima de la vida que está fuera de la igualdad, porque nunca entró. *Missachtung*, podría ser este el vocablo alemán con el cual connotar tal dimensión; mejor que ninguna otra lengua, la palabra indica ausencia de reconocimiento porque nos recuerda desatenciones, miradas distraídas y a veces cínicas que sobrevuelan, no se detienen sobre estas vidas (...) lo traducimos justamente con “desprecio”, con un vocablo que nos cuenta de algo que es exactamente lo contrario de

“precioso”, de vidas que no tienen precio, pero no tienen precio alguno; excluidas de cualquier lógica de intercambio y por eso sin dimensión de “valor” (...).

Es la condición que una existencia descubre sobre la propia piel, cuando nos damos cuenta que ser *mujeres*²⁵⁰ no siempre es una condición necesaria y suficiente para ser objeto y sujeto de humanidad; imaginemos si basta para ser titulares de aquellos derechos inalienables y fundamentales como los “derechos humanos”. Esto nos recuerda cuán metafísica es la gramática de los derechos humanos; se descubre temprano, frente a estas fragilidades de los derechos humanos, que las grandes violaciones de los derechos fundamentales (...) son producidas por la misma humanidad. Y debiera ser siempre la misma humanidad quien debiera reconocerlos y tutelarlos” (2008: 16-17).

CONCLUSIONES

En el presente apartado, presentaremos las principales conclusiones y reflexiones finales de nuestro trabajo. Para ello repasaremos los principales aspectos de cada uno de los capítulos, centrando nuestra atención en diez puntos que consideramos son de relevancia para los efectos de responder tanto a las hipótesis general como a las sub-hipótesis presentadas en la introducción de la tesis.

1. En el capítulo primero revisamos diversas perspectivas respecto de la infancia, prevaleciendo aquella de carácter histórico. Esta decisión no fue coincidencia, en este sentido continuamos una línea ya trazada por los estudios pioneros en el campo de la nueva criminología en América Latina, los que concluyeron que éste tipo de análisis constituía uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la

²⁵⁰ En el original “hombres”.

llamada cuestión criminal y a su control social. Esta misma perspectiva fue la adoptada por los primeros estudios que en nuestra región se realizaron respecto de la infancia, por tanto en éste y en muchos sentidos esta tesis es tributaria de diversos esfuerzos latinoamericanos que hasta el día se han centrado en analizar el surgimiento y desarrollo del control socio-penal de la infancia adolescencia.

En este sentido la mayoría de los estudios históricos destacados en el capítulo primero nos permiten afirmar que la historia infancia ha sido la historia de su control. En particular, a partir del “descubrimiento” de la misma (S. XVIII), se reconoce su especificidad y su necesidad de especial cuidado por parte de los/as adultos.

En este proceso juega un rol fundamental la escuela como un lugar privilegiado de producción de orden y homogenización de la categoría niño. Ello, sin embargo, no podría haber sido posible sin el apoyo, aunque implícito, de la familia, la que comenzaría a manifestarse como un espacio necesario de afecto entre esposos e hijos. De este modo, la familia deja de ser solamente una institución que tiene por objeto la transmisión de bienes y apellidos, asume una función moral y espiritual.

Y si el siglo XVIII “descubre” la escuela como el lugar de producción de disciplina de los niños, el siglo XIX se abocará a la tarea de concebir y poner en práctica diversas instituciones de control socio-penal destinadas a que “recoger” y “proteger” a aquella infancia que había sido expulsada o no había tenido acceso al sistema escolar. Y que surgen el contexto del nacimiento de la sociedad industrial, cuando comienzan a cristalizarse una serie de desigualdades sociales que afectarán directamente a la infancia-adolescencia.

De estas instituciones destacamos dos, a saber los reformatorios y los denominados tribunales de menores. Los primeros fueron inaugurados en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XIX, como forma especial de disciplina en reclusión para los/as adolescentes y los/as jóvenes. Este sistema de reformatorios se caracterizaba por una política de sentencia indeterminada y por prácticas de control y disciplina que luego sirvieron de modelo para Europa y América Latina. Los tribunales de menores, por su parte, surgieron a fines del siglo XIX en Estados Unidos, como un específico dispositivo de control penal para los niños y las niñas “delinquentes”. Ellos fueron obra del movimiento de “los salvadores de los niños”, movimiento pretendidamente humanizador, cuyo objetivo era proteger y tutelar a aquellos niños y niñas que

vivían en una situación irregular. Sin embargo en la realidad, el movimiento contribuyó a crear un sistema que sometía a más niños y niñas a castigos arbitrarios y degradantes. Ello al amparo de simulacros de procedimientos que violaban toda garantía procesal. Este movimiento se vinculó estrechamente con factores económicos, propios del liberalismo progresista de la época, cuyo objetivo era más bien morigerar los excesos o “defectos” del sistema.

Ambas experiencias institucionales se replican rápidamente en Europa y América Latina y de este modo se consolida el modelo tutelar de tratamiento de la infancia abandonada-delincente.

De este modo revisamos los principales aspectos de la historia del control socio-penal de la infancia adolescente, al menos, aquellos que suelen relevar los textos más citados en la materia. Sin embargo, para los efectos de nuestros objetivos específicos, en particular, para aquél que pretendía identificar las características que asume el control socio-penal en el caso de las niñas, las fuentes eran insuficientes. En efecto, los relatos presentados en la primera parte del trabajo aluden exclusivamente y de manera reiterada al niño, en masculino, invisibilizando a la niña y a su historia particular. Los autores revisados aplicarían- de este modo- la categoría universal hombre/niño para medir y estudiar también al sujeto femenino.

Se nos presentaba un problema metodológico y epistemológico, que caracterizaría todo el trabajo y que dice relación con el espinoso tema de las fuentes. Ante tal dificultad recurrimos a la epistemología feminista, ya que ésta es la que ha revelado como el conocimiento humano moderno y su vida social están distorsionados como fruto de teorías, conceptos, metodologías y bases de pensamiento que se construyeron sólo sobre la experiencia masculina, presuponiendo que son la experiencia de toda la humanidad. Así, la epistemología feminista se levanta contra la tradición científica positivista que busca la verdad desde la pretendida neutralidad de la ciencia; contra aquel saber que se basa en dualismos dicotómicos sexuados y que invisibiliza a la mujer y el espacio doméstico.

Desde este punto de vista y con el fin de relevar a la niña y su control-socio penal, recurrimos –fundamentalmente- a autoras anglosajonas y francesas que desde fines del siglo XX han destacado la necesidad de adoptar un punto de vista feminista y rescatar a la mujer como sujeto de estudio.

Específicamente respecto de las niñas y su historia, las fuentes son particularmente escasas, de la documentación revisada, se concluye que las niñas han sido tradicionalmente puestas en un lugar de inferioridad, expresión de ello es la antigua práctica del infanticidio femenino y relatos medievales que dan cuenta de los elevados grados de frustración ante su nacimiento y de cómo la instrucción/educación les era vedada o limitada. En general las fuentes narran que ellas están más vigiladas que sus hermanos, y si se agitan demasiado se las califica de varones fallados. Se las pone a trabajar más temprano en las familias populares, campesinas u obreras retirándolas precozmente de la escuela sobre todo si son las hijas mayores. Se las recluta para tareas domésticas de toda clase. Futura madre, la niña reemplaza a la madre ausente. Una vez adolescentes el control sexual se vuelve un elemento central en sus vidas, en efecto, una obsesión respecto de ellas, será la virginidad, la que debe ser custodiada, ya que la Iglesia la consagra como valor supremo, celebrando el modelo de María, madre y virgen.

Por otra parte, la Ilustración y su pacto social se construyen desde la exclusión de vastos sectores sociales, entre los cuales destacamos a las mujeres.

Destacamos a Rousseau un autor paradigmático de la Ilustración y cuyo pensamiento ha fijado las bases del patriarcado moderno. Su elección no fue azarosa, sus reflexiones son fundamentales en la conceptualización del nuevo ideal de feminidad y de la nueva familia patriarcal.

El autor señala que si la mujer está hecha para agradar y ser subyugada, es importante inculcar en ellas virtudes tales como modestia, recato, virtuosismo, decoro y dedicar atención al resto. Junto con las referidas cualidades de la “naturaleza femenina”, Rousseau describe las técnicas de regulación de sus deseos. Es decir, el nuevo ideal femenino de la domesticidad gana autoridad sólo a condición de reprimir sus deseos. El dominio doméstico priva a la mujer de autonomía y constriñe su subjetividad.

En síntesis, el *Contrato Social* de Rousseau requiere un individuo libre, cuyo modelo de hombre describe en el Emilio. Por su parte, el *Contrato Sexual*, se sostiene gracias al ideal femenino que el ginebrino describe en Sofía.

Los antecedentes aportados en el Capítulo I, evidencian cómo el control ha constituido un elemento clave en la construcción y percepción de la identidad femenina, particularmente a

través de los procesos de socialización de las niñas, cargados de estereotipos y expectativas de lo que se espera de una *buena* mujer.

En efecto, son precisamente las instancias de control, las que juegan un rol fundamental en la transmisión de la ideología sexista, tales como la familia, la educación formal (la escuela), la religión, los medios masivos de difusión; es decir mecanismos de construcción del orden que se materializan en personas o instituciones tendientes a neutralizar y normativizar de diferentes maneras, ya sea a través de cooptación, coerción o exclusión, lo que supone una multitud de formas de acción social con la finalidad de alcanzar el objetivo del orden.

2. En el Capítulo I revisamos las principales teorías criminológicas con el fin de identificar si en ellas se visibiliza el fenómeno delictivo femenino, en particular el de las adolescentes infractoras.

Las primeras teorías de corte positivista, caracterizaron a la mujer delincuente como biológicamente anormal no solamente porque es rara, sino porque no es una mujer completa. Y de ahí se desprende un doble oprobio: la condena legal por el delito y la condena social por la anormalidad biológica o sexual. De hecho las primeras teorías concluyen que por ser una doble excepción la mujer criminal es un monstruo.

Vemos como se entrelazan los elementos más destacados que plantearon los pensadores iluministas del patriarcado (naturaleza, superioridad, subordinación, espacio doméstico, etc.) y las teorías positivistas que, un siglo más tarde, explicarían el lugar de la mujer y su comportamiento desviado.

Para estos autores la mujer tiene una mayor pasividad - lo que viene determinado fisiológicamente- por ello serían más obedientes a la ley, cuestión que explicaría su baja participación en hechos delictivos. Al mismo tiempo, son potencialmente amorales, es decir engañosas, frías, calculadoras, seductoras y malévolas.

Los postulados positivistas expuestos influyeron en posteriores teorías que, explican la delincuencia femenina. Y si bien comenzaron gradualmente a incluir otros factores, se han centrado exclusivamente en la anatomía, y particularmente en su sexualidad. De este modo

teorías “científicas” de la delincuencia femenina, presentan mayor interés en las técnicas de control que en la emancipación o liberación, enfatizando la naturaleza biológica y patológica de las infracciones penales, ello incluso puede haber influido y/o legitimado las conceptualizaciones de los responsables políticos que han caracterizado a la delincuencia femenina como una enfermedad biológicamente arraigada, orientándose a un enfoque más positivista que enfatiza la patología individual. El mejor ejemplo de lo anterior es la historia del centro privativo de libertad de *Holloway*, un híbrido entre un hospital de seguridad y una prisión convencional.

Con posterioridad, nos centramos en aquellas teorías Sociológicas que han explicado con mayor o menor profundidad la delincuencia juvenil. Y concluimos que en general, o bien han invisibilizado a las adolescentes o han caracterizado su comportamiento desde estereotipos sexistas.

Un buen ejemplo de ello es la conocida Teoría de la Subcultura, cuyo principal representante es Albert Cohen quien siempre se refiere a joven o jóvenes en masculino, es decir, excluye a las chicas de su tratamiento y cuando se refiere a las chicas lo hace desde caracterizaciones de tipo sexiste. En efecto, en su obra más destacada *Delinquent Boys: The Culture of the Gang* (1955) el autor señala que mientras que los chicos están interesados en sus logros y en ser “masculinos”, las chicas están interesadas en sus relaciones afectivas con chicos, espacio en una niña/adolescente encuentra su realización como tal. Y cuando reconoce la delincuencia femenina, él la define básicamente como delincuencia sexual. Y si bien el comportamiento delictivo masculino puede ser condenada por otros en el terreno moral, tiene al menos la virtud de confirmar a los ojos de todos los involucrados, su esencia masculina. De este modo- concluye el autor- el delincuente es el macho dominante.

Posteriormente revisamos la teoría del etiquetamiento o de la reacción social, que desde el punto de vista teórico implicó un cambio de paradigma, ya que hasta aquel momento la criminología había estudiado las causas del comportamiento delictivo, por su parte esta perspectiva defiende la importancia de estudiar el proceso de definición por el cual la sociedad interpreta un comportamiento como desviado, define ese comportamiento como desviado y reacciona frente a él. Tal postura implica aceptar la premisa de que no hay comportamientos intrínsecamente desviados, sino que ese carácter se atribuye por cómo se reacciona frente a él, es decir, por la reacción social. En consecuencia, la teoría criminológica da el primer salto

cualitativo ya que desviará a ésta de su atención sobre el autor del delito y amplía el objeto de estudio, pues conllevó el estudio del funcionamiento de sistema penal para comprender cómo éste a su vez constituye el objeto de estudio.

Es esta perspectiva la que nutre a la Criminología Crítica, ya que el objeto de la criminología se trasladaba de las condiciones de los comportamientos desviados a las condiciones de los procesos de criminalización, de la criminalidad al derecho penal, con lo que la criminología misma se transformaba en sociología del derecho penal. Ahora bien cuando la consideración de los procesos de definición y de reacción social es acompañada por una desigual distribución del poder de definición y reacción, y paralelamente los sistemas de justicia penal son interpretados en el contexto de las relaciones sociales de inequidad y en conflicto, se puede decir que estamos ante una criminología crítica.

De este modo el proceso de criminalización y la percepción o construcción social de la criminalidad se revelan estrictamente vinculados a las variables de las que dependen en la sociedad, a saber, las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, de dominación y explotación, de centro y periferia (marginalidad). El sistema de justicia criminal y su ambiente social (la opinión pública) son estudiados por la criminología crítica, la que pone en evidencia e interpreta, a la luz de una teoría crítica de la sociedad, el reparto desigual de los recursos del sistema, protección de bienes e intereses, así como la desigual división de los riesgos y de las inmunidades frente al proceso de criminalización.

3. Es sin embargo, la criminología feminista la que desde mediados de los setenta ha analizado la posición desigual de las mujeres en el derecho penal y criticado el tratamiento de las mujeres “delincuentes” en las principales corrientes de la criminología. Sus primeras reflexiones evidenciaron como en muchos estudios criminológicos, la mujer apenas se mencionaba, su propia existencia se ignoraba o se consideraba tan insignificante como para tomarse en cuenta. En el mismo sentido denunciaban como el desviado, el criminal o el autor siempre ha sido masculino, siempre ha sido su racionalidad, su motivación, su alienación o su víctima, silenciando la experiencia femenina aún cuando puede ser, y frecuentemente es en efecto, diferente de la experiencia masculina.

Muy destacados también han sido los aportes de aquellos trabajos socio-jurídicos y criminológicos que han demostrado cómo las mujeres criminalizadas sufren marginación y discriminación específicas. Pensemos por ejemplo en los estudios relativos a la situación de la mujer en prisión y el tratamiento de éstas en tribunales. En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual.

Concordamos con aquellas autoras y autores que han señalado que tanto los aportes de la teoría del etiquetamiento como de la criminología crítica han influido decisivamente en trabajos de criminólogas feministas, quienes analizan, entre otros temas, la posición desventajosa de la mujer y su relación con los aparatos de control, la percepción social de su comportamiento, los procesos de etiquetación que lleva a cabo el sistema judicial y cómo los conceptos propios de hombre y mujeres son afectados de distinta manera por la referida etiquetación. En síntesis, concordamos con Alessandro Baratta quien siguiendo a Gerlinda Smaus, señala que una utilización correcta del paradigma de la definición o de la reacción social, constituye la condición para el uso adecuado del paradigma de género en el campo criminológico. Esto significa-continúa el autor- que una criminología feminista puede desarrollarse, de modo científicamente oportuno, solamente en la perspectiva epistemológica de la criminología crítica .

Ahora bien, en relación a la delincuencia juvenil femenina, ha sido la criminología feminista la que ha arrojado mayor luz sobre el particular. En este sentido, hemos tomado particularmente como referentes a autoras anglosajonas, quienes a su vez se han reconocido tributarias de aportes provenientes de la teoría del etiquetamiento, feminismo radical y feminismo marxista.

Para explicar su delincuencia, es necesario comenzar a considerar la importancia de la estratificación de género en la sociedad patriarcal, sobre todo porque es tan importante en la formación de la vida cotidiana de los niños y las niñas. Estudios sobre el proceso de socialización indican que el aprendizaje de los roles de género es de central importancia para niñas y niños. La socialización, particularmente durante la infancia, comienza a desarrollar en las chicas atributos que, aunque apropiados para su sexo, no son altamente valorados en la sociedad dominante. Durante la adolescencia, la aplicación de los roles de género por los padres, el personal escolar, y otros en la vida de las chicas jóvenes enfatiza además muchos elementos tradicionales sobre el

lugar de la mujer, en particular la que debe controlarse a fin de no poner en peligro su reputación (el doble estándar sexual).

Las investigaciones sugieren que las normas y las expectativas sobre el género, particularmente para las chicas, se han mantenido en gran medida inalteradas a pesar del movimiento de mujeres. El desplome de la autoestima de las niñas está probablemente vinculado, al excesivo énfasis en el atractivo físico, hábitos alimenticios poco saludables, así como a múltiples causas de discriminación, tales como pobreza, invisibilidad de un sistema educacional que discrimina por género y clase, violencias de barrio, violencias en el contexto familiar, violencia machista en la pareja, etc. En esta línea, algunas investigaciones feministas sugieren que el aumento de la autoestima en las niñas, en realidad reduce su delincuencia.

En cuanto a los distintos tipos de control de que son objeto las niñas, los estudios feministas, han afirmado que la supervisión puede resultar en menor delincuencia en algunas chicas, pero también puede alimentar la delincuencia de otras que se rebelan contra las restricciones tradicionales. Tal “control”, cuando toma la forma de abuso psíquico o sexual, es claramente una fuerza que causa la delincuencia de las niñas.

En cuanto a las niñas de clase trabajadora o más baja, las presiones de los guiones de género son particularmente agudas. Incapaces de competir en un concurso de popularidad construido en torno a los estándares de belleza de la clase media-alta, ellas no están necesariamente libres de estas imágenes de feminidad. Ellas también negocian en un terreno educacional más hostil y experimentan más violencia. Deben forjar sus propias soluciones, las que pueden involucrarlas en actividad ilegal, pero ellas a menudo se sienten avergonzadas por estas opciones y se culpan a sí mismas por no ser capaces de cumplir con los roles tradicionales de la mujer con éxito.

Estudios feministas han señalado también que gran parte del comportamiento “delictivo” de las chicas puede ser entendido como un intento de las personas oprimidas para adaptarse y resistir los problemas creados por las instituciones capitalistas, especialmente la familia (dado el hecho que muchas niñas comienzan sus “carreras” delictivas huyendo de casa a causa de una situación familiar opresiva). Muchas de estas niñas se adaptan a estas posiciones desventajosas adoptando un comportamiento criminal “adaptativo” y “depredador” (por ejemplo, hurtos en tiendas comerciales, prostitución, consumo de drogas).

Estudios actuales sobre delincuencia femenina sugieren que la delincuencia de chicas, como la de chicos, es alimentada por elementos tales como problemas en la escuela, bajo rendimiento escolar, percepción de falta de acceso a legítimas oportunidades, deprivación subcultural y percepción de posibilidad de arresto. Adicionalmente a esta lista algunas experiencias en que las niñas son especialmente vulnerables, como una victimización sexual. Decir que estas variables son importantes para la delincuencia de las chicas, sin embargo, no quiere decir que las teorías desarrolladas para describir la importancia de las variables en la vida de los chicos, se puedan utilizar para explicar la delincuencia de las chicas sin modificación. El desafío es generar teorías sobre la delincuencia que sean sensibles al contexto patriarcal de todo comportamiento -tanto los conformes como los que infringen la ley.

4. Los Derechos de la infancia, a pesar de lo que pueda parecer, son una realidad reciente. Hasta el año 1989 los niños, niñas y adolescentes, eran meros objetos de protección. Es con ocasión de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que se produce un cambio de paradigma. Considera por primera vez a los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, esto es, titulares de derechos y obligaciones. Se trata de una nueva concepción que ha producido cambios en la teoría jurídica de la infancia, y que ha supuesto importantes transformaciones legislativas y avances normativos en el reconocimiento de los derechos de la niñez.

El referido tratado no contiene un apartado específico respecto de las niñas, sin embargo cabe destacar su artículo 2º que consagra el principio de no discriminación, con especial referencia al sexo como uno de los motivos de discriminación.

Asimismo, de meridiania importancia en relación a la las niñas y el principio de no discriminación es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) respecto a la que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado su relación de complementariedad y apoyo mutuo con la Convención, que pasa así a constituir un marco fundamental para una estrategia previsor de promoción y protección de los derechos fundamentales de las niñas y las mujeres y de erradicación de la desigualdad y la discriminación.

Incluso, con el fin de crear mayor conciencia de la situación de los derechos humanos de las niñas el Comité decidió celebrar un “debate general sobre la niña” el 23 de enero de 1995.

Ello además permitiría que el Comité contribuyera a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, que se celebraría en septiembre de 1995 en Beijing.

Para los efectos de este trabajo de investigación utilizamos una noción amplia del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia adolescencia, incluyendo como parte del mismo no sólo a los tratados internacionales, sino que la jurisprudencia de los órganos encargados de su aplicación, las opiniones de los mismos y el conjunto de resoluciones o declaraciones emanadas de organismos internacionales que son relevantes en nuestra materia de estudio.

En esta línea, consideramos que una interpretación respetuosa con los derechos humanos de los niños y las niñas, deberá hacer usos de un amplio marco jurídico. En concreto, al interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño se debe incorporar la perspectiva de género recurriendo para ello particularmente a la CEDAW, las recomendaciones del Comité CEDAW, sus respectivos protocolos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, entre otros.

En relación a la situación de las adolescentes infractoras, por aplicación del principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos, el principio de especial protección de la infancia y el principio de igualdad y no discriminación entre otros, consideramos que este *corpus juris* también debe reconocer como parte integrante junto a la CDN, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como las Reglas de Bangkok, aprobadas por Resolución 65/229 de 21 de diciembre de 2010, en particular el apartado referido a las menores de edad.

Asimismo, y en coherencia con el *corpus juris* internacional de derechos humanos de la infancia adolescencia las Reglas de Bangkok deberían ser consideradas por los Estados parte de la CDN, los que debiesen desarrollar de modo exhaustivo normas específicas para las adolescentes infractores de ley y vigilar su adecuada implementación.

5. En el Capítulo II indicamos que los principales obstáculos a una adecuada implementación de la CDN en el contexto latinoamericano se vinculan con derechos

económicos, sociales y culturales y la desigualdad en América Latina.

Y las mujeres y niñas forman parte del colectivo más vulnerado en la garantía de tales derechos. En efecto A nivel mundial las mujeres y las niñas representan seis de cada 10 de las personas más pobres y en el contexto latinoamericano, la tasa de pobreza de las mujeres es más alta que la de los hombre en todos los países de la región.

Desde el punto de vista del Derecho a la Educación, a nivel mundial el hecho de ser una niña continúa siendo un poderoso motivo de exclusión. En el contexto latinoamericano, la situación se vislumbra de manera más positiva ya que las niñas en la región tienen mejores niveles de educación, sin embargo esto no se traduce en una mejor situación futura profesional o económica. Por ejemplo, la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es un 12% menor que la de los hombres, asimismo las mujeres reciben un menor salario que los hombres por el mismo trabajo.

En lo que se refiere al Derecho a la Salud, particularmente en lo relativos a los Derechos Sexuales y Reproductivos, América Latina es la región con la mayor proporción de niñas adolescentes que afirman haber iniciado su vida sexual antes de los 15 años (un 22%) es América Latina y el Caribe. Asimismo se registran grandes diferencias entre los niños y las niñas adolescentes en cuanto a los comportamientos y los conocimientos sobre la salud sexual y reproductiva. Al parecer los varones tienen más probabilidades de involucrarse en comportamientos sexuales de riesgo. No obstante, los datos también muestran que los varones adolescentes tienen más probabilidades que las niñas de utilizar preservativo durante las relaciones sexuales, a pesar de que éstas corren mayor riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH.

Además el riesgo de infección por el VIH es considerablemente más alto entre las niñas que entre los niñosadolescentes. La mayor incidencia de la infección por el VIH entre las niñas y las mujeres no es solamente producto de su mayor susceptibilidad fisiológica. En muchos contextos, las niñas adolescentes y las mujeres jóvenes enfrentan un alto riesgo de violación y otras formas de violencia sexual, tanto dentro del matrimonio como fuera de él.

Asimismo es preocupante que la tasa de fertilidad adolescente en la región que en lugar de disminuir, en algunos países, está estancada o en aumento. Un reciente informe del Banco Mundial señala que ello obedece principalmente a la pobreza, la desigualdad y la baja calidad del

sistema educativo. De hecho se ubica a la región como la tercera con mayor tasa de fertilidad adolescente en el mundo, solo superada por África subsahariana y el sur de Asia.

Por último, debemos tener presente los contextos de violencias en que viven y se socializan las niñas y mujeres, ya que como en el resto del mundo, las niñas y las mujeres suelen ser víctimas de la violencia por el mero hecho de ser mujeres. En Guatemala y en México, por ejemplo, se han producido horribles asesinatos de mujeres. Lo que se vincula con culturas patriarcales fuertemente arraigadas, un buen ejemplo de ello es un reciente estudio encargado por el gobierno brasileño en que casi el 70% de los encuestados está de acuerdo con la afirmación de que si la mujer es agredida y sigue con el compañero es porque le gusta que le peguen y el 26% dice estar de acuerdo con la afirmación de que las mujeres que usan poca ropa merecen ser agredidas.

Por ello, estamos de acuerdo con lo planteado por Naciones Unidas en el sentido de que el empoderamiento de las niñas y la inversión en ellas, así como su participación en las decisiones que las afectan, son clave para romper el ciclo de discriminación y violencia y para promover y proteger el goce pleno y efectivo de sus derechos humanos. Asimismo tal ese empoderamiento requiere su participación activa en los procesos de toma de decisiones y el apoyo y participación activa de las madres, los padres, tutores, familiares y cuidadores, así como de los niños y los hombres y de la comunidad en general.

6. En el capítulo III revisamos los principales modelos de tratamiento de los niños, las niñas y adolescentes infractores/as de la ley penal. Analizamos el modelo tutelar, el de bienestar y el de responsabilidad y en general observamos una importante ceguera de género en su tratamiento teórico. Sin embargo rescatamos diversos aportes provenientes de la criminología crítica y de la criminología feminista en particular, y que han puesto en evidencia cómo han sido discriminadas las niñas y las adolescentes en los sistemas de justicia juvenil.

Así por ejemplo el análisis del modelo tutelar en el caso español ha revelado que las instituciones de carácter correccional destinadas a recoger a menores delincuentes y la incipiente regulación específica, en general consolidaron la discriminación de las niñas, promoviendo determinados estereotipos de género funcionales al patriarcado. Por otra, estableció un conjunto de controles sobre la sexualidad femenina (criminalización del aborto o de la prostitución) y un

conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. La imagen de las mujeres que promovieron las nuevas instituciones para chicas creadas durante la segunda mitad del siglo XIX era la de la mujer doméstica, la de las esferas separadas. La mujer, la niña, pertenecía a la esfera privada: ejercía tareas como el cuidado de los otros; sus cualidades eran la obediencia, la modestia y la dependencia.

Revisado el caso paradigmático de creación de los Tribunales de Menores en Chicago, Estados Unidos (1899), las criminólogas feministas han revelado que las niñas fueron las grandes perdedoras en el movimiento de reformas (de los salvadores del niño) ya que desde un principio –en su mayoría– fueron remitidas a los tribunales de menores por inmoralidad y desobediencia. Una enorme cantidad de niñas que compareció ante los tribunales en las primeras décadas de su funcionamiento, fueron detenidas, juzgadas y en última instancia institucionalizada por sus delitos.

En el modelo de bienestar, analizamos el caso de Estados Unidos, y las investigaciones han destacado que los índices de internamiento de las menores infractoras en los centros penitenciarios y de detención se redujo. Sin embargo, a pesar de estos avances, particularmente durante los primeros años del movimiento de desinstitucionalización los estudios posteriores de los tribunales en la década de 1980 y principios de 1990 muestran que los y las infractores/as de status aún son severamente sancionados.

El modelo de responsabilidad, que reconoce como principal antecedente a la CDN y otros instrumentos internacionales, implica reconocer en el o la adolescente un sujeto de derechos con todas las garantías sustantivas y procesales correspondientes. Al regularse de un modo específico la responsabilidad penal de los/as menores de edad ello – en términos generales– ha supuesto en nuestra opinión, un avance en el reconocimiento de sus derechos humanos y por tanto de su calidad de sujetos de derechos. Sin embargo nos hacemos eco de la preocupación que han manifestado diversos autores y autoras quienes han señalado que con el paso de los años el modelo ha entrado en crisis, fundamentalmente por su creciente identificación con un modelo punitivo.

En términos generales, hay escasa información sobre el tratamiento de las niñas y adolescentes en el modelo de responsabilidad, tanto en el contexto español como en el latinoamericano. Este silencio, ya presente en los modelos anteriormente revisados, constituye

una más de las discriminaciones que viven las mujeres en general y las mujeres y menores delincuentes en particular. Particularmente grave es la constatación que hemos efectuado en algunos casos, cuando el Estado u organismos internacionales de referencia en el contexto latinoamericano no cuentan con información estadística específica, de tal modo que deberíamos entender comprendida la situación de la delincuencia juvenil femenina en la delincuencia juvenil a secas.

Hemos identificado algunos estudios en el contexto español y fundamentalmente en el ámbito anglosajón que nos ha permitido hacer una primera caracterización de la actual delincuencia juvenil femenina y su tratamiento, con particular énfasis en las menores privadas de libertad, cuestiones a las que nos referiremos en los puntos siguientes.

7. A la luz de los estudios disponibles en el capítulo III presentamos algunos aspectos característicos de la delincuencia juvenil femenina y su tratamiento en el contexto español.

- Aumento de la delincuencia juvenil femenina. Si se observan los datos del Ministerio del Interior (1998- 2007), efectivamente se aprecia un aumento, aunque no es particularmente significativo, se pasa de un 8,5% en 1998 a un 12, 2% en el año 2007.

-Tipos de delitos. De acuerdo a los datos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (AMIR) de 2012, del total de detenciones e imputaciones respecto de las mujeres, casi la mitad corresponde a faltas (44,7%) a diferencia de los hombres, respecto de los cuales la proporción es significativamente inferior (19,2%). En cuanto al total de detenciones e imputaciones por delitos, cabe señalar que tanto respecto de hombre y mujeres la mayoría corresponde por delitos contra el patrimonio, 67,5% y 61,4% respectivamente. Los hombres aparecen con mayores porcentajes en los robos con fuerza, 28,8% a diferencia del 13,28% de las mujeres. Y se mantienen con menor proporción en los robos con violencia, aunque la diferencia es menor de un punto porcentual (20, 81% hombres y 21,02% mujeres). Las mujeres siguen con mayores niveles de detención e imputación por delitos de hurtos (17,9%) a diferencia del 7,9% de los hombres. En lo que se refiere a los delitos contra las personas, las mujeres aparecen con una mayor proporción, equivalente al 15,6% a diferencia del 11,5% de los hombres. Y por último, respecto del tráfico de drogas, ambos sexos muestran una baja incidencia, aunque las

mujeres aparecen levemente más representadas, 3,05% a diferencia del 1,9% de los varones adolescentes.

Y los estudios revisados concluyen que en general las mujeres se inician en la mayoría de los comportamientos estudiados un poco más tarde, y la prevalencia comienza a decrecer a una edad más temprana, si consideramos el total de conductas delictivas. Las diferencias más llamativas se dan en el caso de las conductas violentas, mucho más frecuentes en los chicos que en las chicas.

-Respuestas de los Tribunales. De acuerdo a los escasos estudios realizados en el contexto español, las respuestas –en general- parecen ser más benévolas y con un carácter más terapéutico que de reforma. El estudio de Fernández (2008) indica que si bien por una parte se las judicializa menos (se ha impuesto medida a un 59,8% de los chicos y a un 49,5% de las chicas) y por otra, cuando el Juez impone una medida a las chicas, proporcionalmente, aplica más amonestación y medidas comunitarias, y menos condenas privativas de libertad

Respecto de la alta prevalencia de la medida de internamiento terapéutico, contemplada en el artículo 7.1 de la Ley 5/2000, cabe señalar lo siguiente. De la lectura de la norma se aprecia el carácter “patológico” de las personas a las que está dirigida. De este modo, se confirmarían los análisis realizados por la criminología feminista en el sentido de la persistencia de las más arraigadas concepciones positivistas respecto de la delincuencia femenina, entendiendo que la desviación de la mujer delincuente es expresión de una patología mental que requiere en casos extremos el ingreso en centros de salud mental. Consideramos que la alta proporción de la medida de internamiento terapéutico es una de las expresiones de la pervivencia del modelo tutelar respecto de las chicas infractoras, es decir, y en este sentido apuntan nuestras primeras conclusiones, si bien el modelo de responsabilidad ha reconocido – al menos en términos formales- el carácter de sujeto de derecho a los/as menores de edad en general, este reconocimiento, sólo ha alcanzado al varón adolescente, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

8. Respecto de las menores privadas de libertad en general, y en el contexto español en general cabe señalar que las mujeres siempre han formado una pequeña minoría de la mayoría de la población privada de libertad y las niñas en prisión constituyen un pequeño porcentaje de los y

las jóvenes delincuentes. Las reclusas tienen diferentes necesidades físicas, psicológicas, dietéticas, sociales y de salud que los hombres, y que deben ser tratadas de manera diferente de sus contrapartes masculinos. Las necesidades de salud de las mujeres en prisión son más variadas y complejas que los de los hombres. La menstruación, por ejemplo, puede crear problemas específicos para las mujeres prisioneras, bañarse y lavar las instalaciones son más urgentes a fin de protegerlas contra las infecciones, asimismo la falta de intimidad al compartir abluciones puede causar angustia. También puede ser especialmente aterrador y humillante para las mujeres usar los baños que están expuestos, sobre todo cuando los agentes masculinos están presentes. Las mujeres detenidas sufren de depresión, ansiedad, fobias, neurosis, la automutilación y el suicidio a un ritmo mucho más alto que los hombres detenidos. En este mismo sentido diversos estudios desarrollados en Estados Unidos así lo confirma. Por ejemplo, las niñas que ingresan al sistema de justicia juvenil corren un riesgo significativamente mayor (80%) que los varones (67%) de un trastorno de salud mental. Las niñas tienen tasas más altas de comportamiento auto-daño, trastornos de estrés post-traumático e intentos de suicidio que los niños. Respecto de las tasas de suicidio se cree que son mayores para las niñas a causa de la depresión, los trastornos de ansiedad, abuso sexual, físico y emocional y estrés postraumático. Los estudios también revelan que las niñas encarceladas son más propensas a ser diagnosticados con más de un trastorno de salud mental, o la comorbilidad, lo que aumenta la dificultad de su tratamiento. Por otra parte, si bien las tasas de abuso de sustancias parecen ser similares entre los niños y niñas que participan en el sistema de justicia de menores, algunos estudios indican que la comorbilidad con trastornos de salud mental puede ser mayor para las niñas en el sistema de justicia de menores con problemas de abuso de sustancias.

Por otra parte, son mucho más vulnerables al abuso físico y sexual. En efecto, en las prisiones donde hay niñas que están supervisadas por personal de ambos sexos, se han denunciado numerosos casos de abusos graves por parte del personal masculino, lo que demuestra el grado de vulnerabilidad de las niñas recluidas, quienes pueden sufrir, además, abusos por parte de las mujeres mayores y el personal femenino.

En síntesis, las niñas constituyen uno de los grupos más vulnerables en la detención, debido a su edad, sexo y su reducido número, la mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo carecen de políticas y programas específicos para adaptarse a sus necesidades particulares,

incluyendo sus necesidades de protección.

En el contexto español la presencia de las chicas en las sanciones va disminuyendo en la medida que aumenta la gravedad de las mismas. Así un estudio del año 2008, indica que cuando hay medidas privativas de libertad las chicas sólo representan un 11,4% y cuando se trata de un internamiento en centro cerrado el porcentaje de chicas es de un 2,6%. Una investigación realizada en Cataluña y que analiza el período 2001-2004 señala que las chicas que se encuentran internadas en centros de justicia juvenil, mientras que en 2001 eran el 11,3% del total de la población joven, al año 2004 han sido un 9,3%.

Los estudios no son concluyentes, y aunque no contamos con estudios o suficientes datos para analizar la evolución de la privación de libertad de las menores de edad a nivel nacional, podríamos aventurar que la tendencia a la baja observada en Cataluña puede ser una manifestación de lo que arrojan los últimos estudios que confirman un descenso en los niveles de internamiento de los menores de edad en el Estado español.

Por otra parte, en cuanto a las necesidades específicas de la población femenina menor de edad en los centro de internamiento y cuál ha sido su tratamiento en la actual legislación penal, cabe señalar que en España, la respuesta ha sido bastante exigua por no admitir que es prácticamente inexistente.

9. Como indicamos la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos. Respecto del tratamiento de la delincuencia juvenil, destaca la creación de los sistemas de responsabilidad penal adolescentes o también conocidos como sistemas de justicia juvenil.

Reconocemos como un avance en términos jurídicos el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho, así como el modelo de responsabilidad que consagró la CDN, aunque en lo referido a éste último, dos observaciones.

La primera es que concordamos con Mary Beloff quien lo ha calificado como una “victoria pírrica”. Efectivamente y considerando las tendencias que dan cuenta de un giro del modelo de responsabilidad hacia uno más punitivo o de control de riesgos, es posible concluir desde una óptica crítica, que las reformas básicamente han significado criminalizar con garantías. Lo que marca un signo de interrogación sobre el carácter positivo de esta regulación jurídico

penal. Sobre el particular —en el contexto latinomericano- la misma autora ha señalado que criminalizar con garantías para un penalista es casi una redundancia. No es posible criminalizar sin garantías. Lo curioso de este proceso es el reclamo de la reducción de la edad penal (esto es, criminalizar a las personas más jóvenes) para que tengan garantías procesales y penales, cuando lo que exigen los tratados de derechos humanos y demás normas internacionales sobre el tema— en particular la CDN- es que primero debe evitarse criminalizar a los niños mediante la prevención de los delitos. Por supuesto, una vez que ingresan al sistema penal y son criminalizados, deben tener todas las garantías y derechos que tienen frente al sistema penal de adultos más garantías y derechos específicos. Ésta es una regla general del derecho.

En este sentido compartimos la consideración de Encarna Bodelón, quien señala que es imprescindible reconocer que sigue implicando una contradicción la utilización de determinados instrumentos penales y la defensa de los derechos de los menores. Partiendo de esta idea es necesario reducir al máximo la intervención de la justicia penal juvenil y desarrollar los derechos de los menores en todos aquellos ámbitos que le son propios. La protección de la infancia y el desarrollo de las libertades y los derechos de los menores debe fomentarse fuera del derecho penal juvenil, el derecho penal juvenil debe jugar un papel de no vulneración de dichos derechos. Es decir, no aumentar el daño social que la infracción del o la menor haya producido, y todo esto teniendo en cuenta que el derecho penal juvenil no puede aumentar la desigualdad de género que sufren los/as menores en todas nuestras sociedades .

En este contexto, cabe señalar la grave dificultad que hemos tenido para obtener información relevante sobre las adolescentes en los sistemas de responsabilidad penal adolescente en el contexto latinoamericano.

El único estudio de carácter regional que hemos identificado es el elaborado por la CIDH el año 2011, el que concluye que las niñas son frecuentes víctimas de discriminación por parte de los sistemas de justicia juvenil en razón de su género. Así, las niñas son a menudo privadas de su libertad por haber cometido actos que no constituyen delitos si son cometidos por mayores de edad, o por los cuales los niños, a diferencia de ellas, a menudo no son sancionados, como por ejemplo consumir alcohol y cigarrillo, fugarse de su casa o mantener relaciones sexuales, debido a estereotipos de género asociados a una concepción de subordinación de las mujeres respecto a los hombres (*status offenses*). Asimismo, debido al número relativamente pequeño de niñas

infractoras en los sistemas de justicia juvenil de la región, las instalaciones disponibles para ellas a menudo no existen o se encuentran en condiciones muy deficientes en comparación con las instalaciones destinadas a niños. Por ello, las niñas que infringen las leyes penales son enviadas con mayor frecuencia que los niños a centros para adultos, donde es común que no se las separe de las mujeres adultas. También es común que no se atiendan las necesidades particulares de las niñas, como por ejemplo la necesidad de servicios de salud reproductiva. Más aún, la falta de mujeres en el personal policial y carcelario hace que las niñas sean frecuentes víctimas de abusos físicos, psicológicos y violencia de género en los sistemas de justicia juvenil en el contexto regional. Las diferencias legales o de hecho basadas en estereotipos de género asociados a la subordinación de las mujeres respecto a los hombres constituyen una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

10. Respecto del modelo de responsabilidad implementado en Chile con ocasión de la LRPA (2007) cabe señalar que en mayor o menor medida contempla los elementos de un sistema de responsabilidad penal especial, sin embargo, tal como han destacado los especialistas, no ha logrado consolidar un sistema de reemplazo adecuado a la normativa internacional sobre derechos humanos. Por el contrario, su rigor punitivo, su defectuoso sistema de determinación de sanciones y la debilidad de su especialidad, tanto sustantiva como procesal y en la fase de ejecución de las sanciones, hacen temer que ella pueda ser fuente de nuevas vulneraciones de derechos que reposa tan fuertemente sobre el sistema penal de adultos que no parece claro que efectivamente se trate de Derecho Penal Juvenil, sino que existe la sospecha de que es más bien una nueva forma de remisión al Derecho Penal de Adultos, con algunas modificaciones que dicen relación con el procedimiento y sobre todo con los tipos de penas o sanciones, su forma de determinación, y los derechos y garantías de la fase de ejecución de las mismas.

Respecto de las adolescentes infractoras, desde el punto de vista jurídico la LRPA no hace una regulación específica de ellas sin embargo su Reglamento sí lo efectúa pero sólo para las adolescentes privadas de libertad, particularmente en lo relativo al Derecho a la Salud, destacando la regulación relativa a las adolescentes embarazadas y sus hijos/as. Asimismo las últimas Orientaciones Técnicas del Servicio Nacional de Menores (2011) para adolescentes privados/as de libertad tanto en régimen cerrado como en internación provisoria hace referencia

a ésta normativa. Y respecto del régimen cerrado contempla una intervención cognitiva conductual especial para mujeres, la que contempla algunas indicaciones que son discriminatorias, y no cuestionan la posición de subordinación en que se encuentran las mujeres y reproducen su lugar de inferioridad en la sociedad. De ello da cuenta lo relativo al manejo de la impulsividad y control emocional, así como el control interno e incorporar la maternidad como área a trabajar. Consideramos que traducen una mirada estereotipada respecto de las adolescentes en particular, cuando ninguno de esos elementos ha sido considerado a trabajar con los varones.

De la escasa información con que se cuenta, se ha efectuado una primera caracterización de la delincuencia juvenil femenina. Respecto de ello cabe señalar que al segundo semestre del 2010 las adolescentes representan cerca de un 10% del total de jóvenes vigentes en programas y centros de SENAME. Por otra parte, respecto al tipo de comportamiento, las adolescentes registran una menor participación en delitos violentos o cometidos mediante intimidación, ya que la mayor cantidad de delitos cometidos por mujeres son hurtos, seguidos de robos y lesiones, mientras que en el universo masculino son los robos, hurtos y robos no violentos los que encabezan el listado. Respecto de la medida a la que son sometidas, en su gran mayoría éstas son no privativas de libertad

Del único estudio realizado con perspectiva de género, bajo la vigencia de la nueva ley de responsabilidad penal adolescente cabe desprender concluir que el hecho de que las mujeres adolescentes ingresen en menor número al sistema penal, incide lamentablemente, en que el sistema tiende a enfocarse al público masculino, principalmente por los escasos recursos económicos con los que se cuentan, así como también la falta de infraestructura adecuada. Por otra parte, reiteradamente las comisiones regionales de supervisión de los centros, han hecho hincapié en la grave falta de infraestructura para las adolescentes, siendo necesaria la creación urgente de ella, como asimismo, la mejora y el reacondicionamiento de la ya existente. El mismo estudio indica que en todos los Centros de administración de SENAME se observa una deficiencia respecto al acceso de atención en salud mental, lo que nos parece particularmente grave en el caso de las adolescentes ya que, tal como lo hemos señalado, hay una alta prevalencia de patologías de salud mental particularmente entre las mujeres adolescentes infractoras. Sin embargo y a pesar de ello, cabe señalar que ninguno de los estudios nacionales entrega indicadores precisos sobre el particular, , lo que parecería motivado para algunos por su “escasa

representatividad en la muestra”.

A modo de cierre cabe señalar que la legislación nacional contempla en términos generales una incipiente normativa respecto de las adolescentes infractoras, sin embargo la realidad se vuelve a manifestar implacable, invisibilizándolas y vulnerando sus derechos fundamentales.

11. En síntesis, como se aprecia de lo expuesto, a pesar de algunos esfuerzos programáticos, particularmente originados en el Derecho internacional de los Derechos Humanos (Reglas de Bangkok), las menores infractoras continúan “ignoradas, trivializadas o negadas”.

A pesar de que la CDN ha reconocido –en la esfera penal- a los /as adolescentes como sujetos de derechos, cabe señalar que esta afirmación aún oculta la situación de las menores infractoras de ley penal. En efecto, ellas –en general- se mantienen ausentes de la regulación jurídica específica y de los estudios específicos que analizan la delincuencia juvenil. De este modo, podemos concluir que el sujeto sobre el que se articula el modelo de responsabilidad, en particular, el tratamiento jurídico penal y las políticas penitenciarias, es el menor varón, lo que nuevamente pone en evidencia el carácter particularmente incompleto de la ciudadanía de las menores de edad.

En este sentido cabe recordar que la ciudadanía que poseen las mujeres, tal como le ocurre a la infancia, como ha señalado Ana Rubio es una ciudadanía hipotecada, es decir, ambos grupos no pueden llevar a cabo un proceso de asimilación con respecto al modelo humano de referencia, el varón-adulto. Por esta razón, las mujeres y la infancia se encuentran atrapadas en la paradoja de imitar un modelo que no es universalizable y que no los puede identificar, porque el modelo de sujeto ha sido construido como un yo autosuficiente vital y económicamente, un yo desprovisto de ligámenes. Los menores no pueden asimilarse a ese modelo porque son sujetos dependientes, y las mujeres tampoco porque ellas han sido socializadas y han construido su identidad, de mujeres, como *madresposas*, cuidadoras, no como sujetos sin vínculos, independientes. La imagen de las niñas en los parques jugando con muñecos que representan bebés, esto es, como cuidadoras y mamás, desde muy pequeñas, es un claro ejemplo de cómo aún existe una socialización fuertemente marcada por el género, que hace creer que se poseen por naturaleza ciertas habilidades y aptitudes. A diferencia de los chicos que juegan con el balón

o la bicicleta. Y cuando la sociedad se sensibiliza respecto a la necesidad de afrontar de un modo adecuado la protección de los derechos de la infancia, se presupone que los menores niños y niñas están sometidas a la misma violencia, explotación y marginalidad. Este planteamiento, presuntamente neutro e imparcial, oculta los problemas específicos de las niñas.

De un modo similar, cuando la CIDN ha reconocido la calidad de sujetos de derechos y regulado un modelo de responsabilidad penal adolescente, ha presupuesto que las niñas y niños tienen idénticas necesidades. Y esta falsa neutralidad e imparcialidad ha invisibilizado sus problemáticas específicas y ello se ha proyectado en las políticas específicas que han implementado el referido modelo.

En este sentido concordamos con Encarna Bodelón quien plantea que una de las herencias del positivismo ha legado a la justicia juvenil contemporánea es que todavía persiste en numerosas prácticas y normas la idea de considerar al menor como objeto y no como sujeto de derechos. Este problema es especialmente significativo en relación a las niñas, que sufren así una doble vulneración de sus derechos en tanto que menores y mujeres. Las niñas siguen siendo consideradas como sujetos de derechos especialmente incompletos.

No se debe olvidar además que- como señala Ana Rubio- pertenecer a un grupo social subordinado sitúa a las personas que forman parte de él en situación de explotación, marginalidad, violencia, exclusión del poder y no participación en la cultura. Por consiguiente, para corregir la discriminación que padecen las niñas como grupo social no basta la exclusiva utilización del Derecho. Ni la CDN, ni todas las declaraciones de derechos son suficientes si junto a este cambio normativo no se produce un cambio en la cultura, un cambio en las normas no escritas que condicionan la interpretación y aplicación de las normas escritas, para eliminar de ellas la discriminación y el privilegio. Si la socialización mantiene modelos y actitudes sexistas contra las mujeres y las niñas el contenido normativo de la Convención no alcanzará el nivel de eficacia necesario para imponer nuevas prácticas, modelos y valores.

Teniendo presente estas consideraciones, es importante reflexionar sobre algunas estrategias de intervención para enfrentar la discriminación sexual en el marco de un modelo de responsabilidad.

Es decir se requiere un modelo de responsabilidad que cuente con todas las características

reconocidas por la CDN y otros tratados internacionales en la materia, pero que además sea sensitivo al género, lo que entre otras cuestiones implica lo siguiente:

a) Reconocer la naturaleza de la discriminación específica que sufren las niñas: como señala Encarna Bodelón, las niñas se enfrentan a una discriminación estructural la que se manifiesta no sólo en la medida que los tribunales, instituciones y las medidas reproducen dicha estructura sexual, sino que en cuanto sus conductas son juzgadas con parámetros que identifican su identidad sexual femenina con determinados patrones de conducta supuestamente típicos de la *feminidad*.

b) Principio de mínima intervención penal reforzado: si ya la CDN propicia la mínima intervención respecto de los/as adolescentes infractores, en el caso particular de las niñas ello debe ser particularmente reforzado, ya que la institucionalización refuerza su discriminación, y en el caso de ser privadas de libertad, lo sufren de manera desproporcionada lo que se expresa en mayores niveles de autolesiones y suicidios. Fundamentalmente cuando las instituciones en las que son destinadas (ya sean medidas privativas o no privativas de libertad) han sido históricamente pensadas y desarrolladas para hombres sin tener en cuenta las diferencias de género. De este modo, la recomendación general es que no deberían ser condenadas a penas privativas de libertad, sino que deben ser tratadas mediante medidas no privativas de libertad, tomando en cuenta que sus actos delictivos son escasos y con baja prevalencia de la violencia. Su particular situación de discriminación y vulnerabilidad social, debe ser considerada por los/las jueces a la hora de determinar la medida, lo que exige además tener presente los historiales personales, que suelen revelar antecedentes de pobreza, abandono, violencia física y sexual, maternidad, entre otros.

c) Calificaciones jurídicas no sexistas: es importante garantizar que las niñas seas condenadas por la gravedad del hecho cometido, y no de acuerdo a la evaluación que los tribunales realicen de ellas por su feminidad o conducta sexual.

d) Judicatura especializada: Siguiendo a Pat Carlen, ahora que en general se reconoce que

las necesidades de las mujeres delincuentes, especialmente la de las madres lactantes, son muy diferentes a la de los hombres, se ha sugerido la creación de tribunales separados para las mujeres, lo que podría proporcionar un enfoque coordinado y especializado para la atención de las necesidades de las mujeres y las niñas. Las cortes de drogas por ejemplo han sido especialmente exitosos en la actividad policial de coordinación en relación con los enjuiciamientos y un tribunal especializado para las mujeres podría dar lugar a la prestación única de recursos para las mujeres (por ejemplo, jurídico, médico, social, la libertad condicional, cuidado de los hijos, etc.).

e) En el ámbito de la ejecución de medidas, cabe incorporar diversas estrategias:

e.1. Las chicas condenadas a penas privativas de libertad, deben contar con una infraestructura específicamente acondicionada para ellas, separada de los chicos y mujeres adultas;

e.2. Deben contar de preferencia con personal femenino, ello no implica la exclusión de personal masculino, especialmente personal técnico como psicólogos, médicos o profesores que desempeñen sus funciones profesionales en instituciones o secciones reservadas para niñas. Asimismo este personal debe estar especialmente capacitado en las necesidades especiales de las niñas y la discriminación estructural a la que están sometidas. Esto es particularmente relevante, ya que a menudo se señala que “es más difícil trabajar con chicas”, es un comentario que muestra de qué manera se construyen las relaciones de género en el ámbito de la justicia de menores.

e.3. Tanto en las medidas privativas como no privativas de libertad, como señalan autoras feministas, es importante reforzar el desarrollo de los derechos de las menores y una estrategia puede ser la aplicación del concepto de “empoderamiento” de modo que las chicas sean reconocidas- no como un grupo “pasivo”- sino como personas que tienen poder para solucionar sus problemas. En la práctica importaría aportar recursos a las jóvenes a partir de los cuales pueden abordar sus necesidades, “pero teniendo en cuenta que estas necesidades están definidas por su posición de género. Se trata de construir un proceso dirigido a cambiar la naturaleza de las condiciones de vida de las jóvenes mujeres” Por ejemplo es posible pensar en talleres que entreguen información sobre su sexualidad, que tenga en cuenta el derechos de los y las menores a desarrollar su sexualidad o talleres que las haga conscientes que la baja autoestima de muchas

jóvenes refleja la interiorización que muchas mujeres hacen de su situación de desigualdad.

e.4. Por último se deben tener presente todas las disposiciones de las Reglas de Bangkok, especialmente las que regulan la situación de las menores de edad (Reglas 36 a 39) aspectos que han sido desarrollados en el capítulo anterior.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AA. VV. (2001): *Justicia Penal Juvenil Salvadoreña. La Experiencia desde los operadores*. UNICEF, San Salvador, El Salvador.

ADLER, Freda (1975): *Sisters in Crime: The rise of the new female criminal*. McGraw-Hill, New York.

AGUILAR, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 223-247. Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf (Última visita 25 de abril de 2014).

ALBRECHT, Peter Alexis (1990): *El Derecho Penal de Menores*. Editorial. PPU. Barcelona.

ALBRECHT, Peter Alexis (1992): “Respecto del Futuro del Derecho Penal de Menores. Peligros y Chances”, en BUSTOS, Juan (Director), *Un Derecho Penal del Menor*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, pp. 55-72.

ALMEDA, Elisabet (2002): *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Ediciones Bellaterra, Barcelona.

ALVARADO, Ruth (2012): *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*. Universidad de Salamanca, España.

ALVEAR, Soledad (1999): “Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en Chile”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia. Análisis*

crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, pp. 325-258.

AMORÓS, Celia (1995): “Prólogo”, en COBO, Rosa, *Fundamentos del Patriarcado Moderno. Jean Jacques Rousseau*. Ediciones Cátedra, Valencia, pp. 9-18.

AMORÓS, Celia y de MIGUEL, Ana (coordinadoras) (2005): *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Vol. 3, Minerva Ediciones, Madrid.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1986): “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, en JIMÉNEZ, Florencio y CLEMENTE, Miguel (compiladores), *Psicología Social y Sistema Penal*. Alianza Editorial, Madrid, pp. 209-228.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2001): “Razones para un proceso penal con menores”, en MARTÍN LÓPEZ, María Teresa (coordinadora), *La Responsabilidad Penal de Los Menores*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 13-18.

ANITUA, Gabriel Ignacio (2006): *Historia de los pensamientos criminológicos*. Editorial Del Puerto, Buenos Aires.

ANTONY, Carmen (2001): “Perspectivas de la criminología feminista en el siglo XXI”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, N° 3, Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, pp. 249-257.

ANTONY, Carmen (2005): *Estudio sobre violencia de género: Mujeres transgresoras*. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá.

APONTE, Elida (2009): “Mujeres y Control Social”, en *Revista Pensamiento Penal*, Ed. 85, pp. 1-12.

ARIÈS, Philippe (1987): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Ediciones Taurus, Madrid.

BANCO MUNDIAL (2011): *Embarazo Adolescente y Oportunidades en América Latina y el Caribe. Sobre las decisiones de fecundidad adolescente, la pobreza y los logros económicos*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington. Disponible en:

<http://www.fundacionalas.org/wp-content/uploads/2013/12/Teenage-Pregnancy-Resumen-esp.pdf> (Última visita 29 de abril de 2014).

BARATTA, Alessandro (1987): “Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal)”, en *Doctrina Penal*, N° 40, Buenos Aires, pp. 623-650.

BARATTA, Alessandro (1991): “La Situación de la Protección del Niño en América Latina. Líneas de una Investigación-Acción sobre los Derechos de los Niños”, en *Capítulo Criminológico*, 18-19, Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, pp. 159-175.

BARATTA, Alessandro (1998): “Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social con grandes conflictos sociales y políticos”, Memorias Foro de Política Criminal, Colección Seminarios N° 9, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, pp. 25-78.

BARATTA, Alessandro (1999): “Infancia y democracia”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, pp. 31-68.

BARATTA, Alessandro (2000a): “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en BIRGIN, Haydeé (ed.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Biblos, Buenos Aires, pp. 19-37.

BARATTA, Alessandro (2000b): *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. Siglo Veintiuno Editores, México.

BAYEFSKY, Anne (1990): “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, pp. 1-34.

BECKER, Howard (2012): *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

BELL, Sandra (2011): *Young Offenders and Youth Justice: A Century After the Fact*. Nelson Thomson Learning, Toronto.

BELOFF, Mary (1999): “Los Sistemas de Responsabilidad Penal en América Latina”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, pp. 87-104.

BELOFF, Mary (2000): “Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile Uruguay, Buenos Aires, pp. 77-91.

BELOFF, Mary (2001): “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio (compilador), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 29-70.

BELOFF, Mary (2004): *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

BERGALLI, Roberto (1980): “El origen de las teorías de la reacción social”, en *Papers: Revista de Sociología*, N° 13, Barcelona, pp. 49-96.

BERGALLI, Roberto (1983): “El pensamiento crítico y la criminología”, en BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan (directores) *El Pensamiento Criminológico. Un análisis crítico*, vol. 1. Editorial Temis, Bogotá, pp. 181-208.

BERGALLI, Roberto (1996): “Introducción: Control Social y Sistema Penal”, en BERGALLI, Roberto, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*. Editorial María Jesús Bosch, Barcelona, pp. 1-6.

BERGALLI, Roberto (1998): “Introducción: Derecho y Control Social”, en AÑÓN, María José; BERGALLI, Roberto y CASANOVAS, Pompeu (coordinadores), *Derecho y Sociedad*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 417-423.

BERGALLI, Roberto (2001): “Globalización y control Social: post-fordismo y control punitivo”, en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, N° 160, Madrid, pp.107-124.

BERGALLI, Roberto (2003): “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en BERGALLI, Roberto (coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*. Editorial Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, pp. 25-82.

BERNUZ, María José (1999): *De la Protección de la Infancia a la Prevención de la Delincuencia. Nuevas Perspectivas de la Investigación Socio – Jurídica*. Edición El Justicia de Aragón, Zaragoza.

BERNÚZ, María José (2008): “La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 10-13, pp. 13:1-13:20.

BIRGIN, Haydée y BARATTA, Alessandro (2000): *Las Trampas del Poder Punitivo: El Género del Derecho Penal*. Editorial Biblos.

BODELÓN, Encarna (2001): “La relevancia de un análisis de género en el ámbito de la justicia minoril”, en RIVERA, Sneider (Compilador), *Pasado y Presente de la Justicia Penal Juvenil*. Coediciones Universidad de Barcelona, Unicef y otros, San Salvador, El Salvador, pp. 101-113.

BODELÓN, Encarna (2003): “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, Roberto (coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*. Editorial Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, pp. 451-486.

BODELÓN, Encarna (2011): “Introducción”, en BODELÓN, Encarna y RODRÍGUEZ, Ricardo (coordinadores), *Las violencias machistas contra las mujeres: NO es No*. Bellaterra, Servei de Publicacions de la UAB, pp. 9-12.

BODELÓN, Encarna (2012): *Violencia de género y la respuesta de los sistemas penales*. Ediciones Didot, Buenos Aires.

BOKOVA, Irina (2010): “Prólogo”, en UNESCO, *Compendio Mundial de la educación 2010. Comparación de las estadísticas de educación en el mundo*. Instituto de Estadística de la UNESCO, Montreal, pp. 4-5.

BOMBINI, Gabriel (2000): *Poder Judicial y Cárceles en Argentina. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

BONDÍA, David (2006): “La aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro entorno”, en VILLAGRAS, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Editorial Bosch, Barcelona, pp. 37-46.

BRITTON, Dana (2013): “Feminism in Criminology: Engendering the Outlaw”, en CHESNEY-LIND, Meda y PASKO, Lisa (editors), *Girls, Women and Crime. Selected Readings*. Sage, Los Ángeles, pp. 39-51.

BURKE, Peter (1996): *Formas de hacer Historia*. Alianza Universidad, Madrid.

CADALSO, Fernando (1922): *Instituciones Penitenciarias y Similares en España*. José Góngora Impresor, Madrid.

CALDERÓN, Fernando (2005): “La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau”, en *Revista de filosofía*, N° 30, 1, pp. 165-177.

CAMPOS, Beatriz (2010): “El feticidio e infanticidio femeninos”, en *Nómadas*, N° 27, julio-diciembre, Universidad Complutense de Madrid, España, pp. 1-15. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_945261041/Igualdadynodiscriminacion/igualdad%20y%20no%20discriminacion.pdf (Última visita 29 de abril de 2014).

CARMONA, María del Rosario (2011): *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Dykinson, S.L., Serie Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz, Madrid.

CARLEN, Pat (editora) (1985) *Criminal Women. Autobiographical Accounts*. Polity Press, Cambridge.

CARLEN, Pat (2012): “Women’s imprisonment: an introduction to the Bangkok rules”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 3, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pp. 148-157. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/5058/6756> (Última visita 29 de abril de 2014).

CASTEL, Robert (1995): *La metamorfosis de la cuestión social*, Editorial Paidós.

CEPAL (2009): *Panorama Social de América Latina*. Naciones Unidas, Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/37839/PSE2009-texto-completo.pdf> (Última visita 1º de mayo de 2014).

CEPAL (2012): *Panorama Social de América Latina*. Naciones Unidas, Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/48455/PanoramaSocial2012DocI-Rev.pdf> (Última visita 29 de abril de 2014).

CEPAL Y UNICEF (2006): *Desnutrición infantil en América Latina y el Caribe*. Disponible en: [http://www.unicef.org/lac/Desafiosnutricion\(13\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Desafiosnutricion(13).pdf) (Última visita 1º de mayo de 2014).

CEPAL Y UNICEF (2010): *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas. Disponible en: [http://www.unicef.org/lac/Libro-pobreza-infantil-America-Latina-2010\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Libro-pobreza-infantil-America-Latina-2010(1).pdf) (Última visita 29 de abril de 2014).

CERCÓS I RAICHS, Raquel (2009): “Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent la lucha por la reforma de las prisiones femeninas”, en REYES, María y CONEJERO, Susana (coordinadoras), XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009, Vol. 2, pp. 57-68

CERVELLÓ, Vicenta y COLÁS, Asunción (2002): *La Responsabilidad penal del menor de edad*. Editorial Tecnos, Madrid.

CEA D'ANCONA, María Ángeles (1992): *La Justicia de Menores en España*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Siglo Veintiuno Editores, Madrid.

CEREZO MIR, José (2004): *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*. Tecnos, Madrid.

CHACKIEL (2004): *La dinámica demográfica en América Latina*, CEPAL, serie Población y Desarrollo, 52, mayo, Santiago de Chile.

CHESNEY-LIND, Meda y SHELDEN, Randall G. (2004): *Girls, Delinquency, and Juvenile Justice*. Wadsworth Publishing, UK.

CID, José y LARRAURI, Elena (2001): *Teorías Criminológicas: Explicación y Prevención de la Delincuencia*. Editorial Bosch, S.A.

CILLERO, Miguel (2007): “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, pp. 243-250. Disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf

CILLERO, Miguel (1994): “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile”, en PILOTTI, Francisco (coordinador), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, pp. 75-138.

CILLERO, Miguel (1996): “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos”, en MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores), *Sistema Jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*. Cuadernos de análisis jurídico. Serie publicaciones especiales / Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, pp. 477-543.

CILLERO, Miguel (2000): “Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención Sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay. Buenos Aires, pp. 101-138.

CILLERO, Miguel (2001): “Nulla Poena sine Culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio (compilador), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 73-85

CILLERO, Miguel (2003): “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios”. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf (Última visita el día 25 de abril de 2014).

CILLERO, Miguel (2007): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista “Justicia y Derechos del Niño”*, N° 9, Unicef, Santiago de Chile, pp. 125-142.

COBO, Rosa (1995): *Fundamentos del Patriarcado Moderno. Jean Jacques Rousseau*. Ediciones Cátedra, Valencia.

COHEN, Albert (1955): *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. A Free Press Paperback, New York.

COLLIN, Françoise; PISIER, Évelyne y VARIKAS, Elena (2000), *Les femmes de Platon à Derrida*. Anthologie critique, Plon, París.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Relatoría sobre los derechos de la niñez) (2011): *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CONTRERAS, Consuelo (2002): “Hacia un Diagnóstico para el Ejercicio de la Ciudadanía”, en CORPORACIÓN OPCION, *De la Tutela a la Justicia*. Documento de Estudio. Corporación OPCION, Santiago de Chile, pp. 9-31.

CORBIN, Alain (1994): *Les Cloches de la terre*. Albin Michel, París.

CORTÉS, Julio (2001a): “Infancia: Construcción, Historia y Control”, en CORPORACIÓN OPCION, *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, realidad y perspectivas*. Documento de Estudio. Corporación OPCION, Santiago de Chile, pp. 7-46.

CORTÉS, Julio (2001b): “La Ley de Menores y sus problemas de constitucionalidad”, en CORPORACIÓN OPCION, *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, realidad y perspectivas*. Documento de Estudio. Corporación OPCION. Santiago de Chile, pp. 93-112.

CORTÉS, Julio (2002): “Entre las Garantías y la Criminalización: Dilemas, Ambigüedades y Riesgos de la Redefinición de la Respuesta Estatal frente a la ‘Delincuencia Juvenil’ en Chile”, Ponencia presentada al XIV Congreso Latinoamericano, VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología, realizado en Valparaíso entre el 25 y 28 de septiembre de 2002 (versión no publicada).

COTS i MONER, Jordi (2006): “Los antecedentes de la Convención. Síntesis de un logro”, en VILLAGRAS, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Editorial Bosch, Barcelona, pp. 23-36.

CRUZ, María José (2002): *Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid.

CUÉLLAR, Roberto (2009): “Presentación”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, pp. 7-8. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_945261041/Igualdadynodiscriminacion/igualdad%20y%20no%20discriminacion.pdf

CUELLO CALÓN, Eugenio (1917): *Tribunales para niños*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

CUNNINGHAM, Hugh (1995): *Los niños y la infancia en la sociedad occidental desde el 1500* (Título original: *Children and childhood in western society since 1500*). Editorial Longman, Londres.

DALY, Kathleen and CHESNEY LIND, Meda (1988): “Feminism and Criminology”, en *Justice Quarterly* 5, pp. 497-538.

DALY, Kathleen (2013): “Different ways of conceptualizing sex/gender in feminist theory and their implications for criminology”, en CHESNEY-LIND, Meda y PASKO, Lisa (editors), *Girls, Women and Crime. Selected Readings*. Sage, Los Ángeles, pp. 3-19.

DAROQUI, Alcira y GUEMUEREMAN, Silvia (1999): “Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica”, en *Revista Delito y Sociedad*, año 7, N° 13, Santa Fe, Argentina, pp.35-70.

DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis María (2006): “La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional”, en *Encounters on Education*, Volume 7, Fall 2006, pp. 71-93.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2008): *Promoción y Monitoreo de los Derechos Sexuales y Reproductivos de Mujeres Víctimas de Desplazamiento Forzado con Énfasis en Violencias Intrafamiliar y Sexual*. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6683.pdf?view=1> (Última visita 1° de mayo de 2014).

DE LEO, Gaetano (1985): *La Justicia de Menores*. Editorial Teide, Barcelona.

DE LUCAS, Javier (editor) (1997): *Introducción a la teoría del derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia.

DEMAUSE, Lloyd (1994): *Historia de la infancia*. Alianza Universidad, Madrid.

DI IULIO, John (1995): “The coming of the super-predators”, en *The Weekly Standard*. Noviembre 27, pp. 23-28.

DÍAZ, Elías (1988): *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus, Madrid.

DIGEON, Lauren (1997): *Los Niños en el Mundo. Condiciones y Derechos*. Editorial Luis Vives, Zaragoza.

DONZELOT, Jacques (1979): *La Policía de las familias*, Editorial Pretextos, Valencia.

DUBY, Georges y PERROT, Michelle *Images de femmes*, Plon, Paris.

DUCE, Mauricio (2009): “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, en *Revista Ius et Praxis*, año 15 - n° 1, pp. 73-120.

FACIO, Alda (2009): “El derecho a la no discriminación”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. IIDH, San José, pp. 11-24. Disponible en: http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&task=view&id=905&pub_id=1841&ml=1&mlt=s&tmpl=component (Última visita 30 de abril de 2014).

FACIO, ALDA y CAMACHO, Rosalía (1993): “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en VÁSQUEZ, Roxana (editora), *Vigiladas y Castigadas*.

Seminario Regional “Normatividad Penal y Mujer en América Latina y El Caribe”, CLADEM, Lima, pp. 27-48.

FERRAJOLI, Luigi (1999): “Prefacio”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, pp. XI-XV.

FERRAJOLI, Luigi (2001): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid.

FREEDMAN, Diego (2005): “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*. Disponible en: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> (Última visita 25 de abril de 2014).

GARCÍA-BORÉS, Josep (1993): “La crítica sociocultural como intervención”, en GONZALEZ, B. y GUÍL, A. (compiladores), *Psicología Cultural*. Editorial Eudema, Madrid, pp. 93-101.

GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Eduardo (2009): “Una Nueva Meta para la Educación Latinoamericana en el Bicentenario”, en MARCHESI, A., TEDESCO, J.C. y COLL, C. (Coordinadores), *Calidad, equidad y reformas en el enseñanza*. OEI- Santillana, Madrid, pp. 19-34.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1998): *Infancia. De los Derechos y de la Justicia*. Editores Del Puerto, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2001): “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: Notas para la construcción de una modesta utopía”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio (compilador), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 9-27.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías (1990): *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BIANCHI, María del Carmen (1991): *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Editorial Galerna, Buenos Aires.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores) (1999): *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires.

GOMES da COSTA, Antonio Carlos (1992): “Del Menor al Ciudadano-Niño y al Ciudadano-Adolescente”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías (editores), *Del Revés al Derecho. La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Editorial Galerna, Buenos Aires, pp. 131-153.

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1985): “La Justicia de Menores en España”, en DE LEO, Gaetano, *La Justicia de Menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Editorial Teide, Barcelona, pp. 113-143.

GONZALEZ, Daniela y VILLA, Miguel (2004): “Dinámica demográfica de Chile y América Latina: Una visión a vuelo de pájaro”, en Revista de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, N° 18, pp. 81-116.

GRAZIOSI, Marina (2000): “*Infirmas Sexus*. La mujer en el imaginario penal”, en RUIZ, Alicia (comp.), *La identidad femenina y el discurso jurídico*. Biblos, Buenos Aires, pp. 135-177.

GUERRA-CUNNINGHAM, Lucía (1995): *La mujer fragmentada: historias de un signo*. Editorial Cuarto Propio.

GUILLÓ, Juan (2006): “Niños, niñas y adolescentes: nuevos ciudadanos”, en VILLAGRAS, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Editorial Bosch, Barcelona, pp. 11-22.

HARRIS Philip, WELSH Wayne y BUTLER Frank (2006): “Un siglo de justicia juvenil”, en BARBERET, Rosemary & BARQUÍN, Jesús (Editores), *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*. Editorial Comares, Granada, pp. 55-130.

HÉRITIER, Françoise (1996): *Masculino/Femenino: El pensamiento de la diferencia*. Ariel, Barcelona.

HOUBRE, Gabrielle (1997): *La Discipline de l'amour*, Plon, París.

IGAREDA, Noelia (2009): *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona.

JENKS, Chris (1982): *The Sociology of Childhood. Essential Readings*. Gregg Revivals, London.

JIMENEZ-SALINAS, Esther (1986): “Justicia de Menores y ejecución penal”, en *Revista Poder y Control*, N°0, Editorial PPU, Barcelona, pp. 219-228.

LAGARDE, Marcela (2010): “Peritaje”, en RED DE INVESTIGADORAS POR LA VIDA Y LA LIBERTAD DE LAS MUJERES, A.C., MÉXICO, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Peritaje del Caso Campo Algodonero vs. México*. Serie por la Vida y la Libertad de las Mujeres, Volumen 5, pp. 11-102. Disponible en:

<http://cidem-ac.org/PDFs/Publicaciones/SENTENCIA%20DE%20LA%20CoIDH%20CASO%20CAMPO%20ALGODONERO.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).

- LANDROVE, Gerardo (2001): *Derecho Penal de Menores*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- LARRANDART, Lucila (1991): “Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BIANCHI, María del Carmen (1991), *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Editorial Galerna, Buenos Aires, pp. 21-39.
- LARRAURI, Elena (1994a): “Las penas de las mujeres”, en LARRAURI, Elena (compiladora), *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Siglo Veintiuno de España Editores, pp. 1-13.
- LARRAURI, Elena (1994b): “Control formal y el Derecho penal de las mujeres”, en LARRAURI, Elena (compiladora), *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Siglo Veintiuno de España Editores, pp.93-108.
- LEVI, Giovanni y SCHMITT, Jean –Claude (1996): *Historia de los Jóvenes. Tomo I. De la Antigüedad a la Edad Moderna*. Editorial Taurus, Madrid.
- MAGAÑA, Diana (2007): “La identidad y control social de las niñas”, en *Alegatos*, N° 65, enero/abril 2007, México, pp. 7-32.
- MARÍ, Enrique Eduardo (1983): *La Problemática del Castigo. El discurso de Jeremy Benthan y Michel Foucault*. Editorial Hachette, Buenos Aires.
- MATTHEWS, Roger (2003): *Pagando Tiempo, una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Ediciones Bellaterra, Barcelona.
- MAXERA, Rita (1992): “La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías (editores), *Del Revés al Derecho. La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina*. Editorial Galerna, Buenos Aires, pp. 187-215.
- MERTON, Robert (1972): *Teoría y estructura sociales*. Fondo de Cultura Económica, México.
- MEDINA, Cecilia (2003): “Human Rights of Women: Where are we now in the Americas?”, en MANGANAS, A. (editor), *Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*. Volume B, Panteion University, Nomiki, Bibliothiki Group, Athens, pp.907-930. Artículo traducido al castellano con el título “Derechos Humanos de la Mujer. ¿Dónde estamos ahora en las Américas?”, por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/54.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).
- MIRALLES, Teresa (1983): “La mujer: el control informal”, en BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan (directores), *El Pensamiento Criminológico, Estado y Control*, Vol. 2. Editorial Temis, Bogotá, pp.121-148.

MORLACHETTI, Alejandro (2009): “Hacia la protección integral de los derechos del niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2009): *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, pp. 127- 142. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22087.pdf>(Última visita 30 de abril de 2014).

NAFFINE, Ngaire (1997): *Feminism and Criminology*. Polity Press, Cambridge.

NICOLÁS, Gemma (2007): *La Reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*. Tesis doctoral.Universitat de Barcelona.

NASH, Claudio (Director) (2013): *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/94.pdf>(Última visita 30 de abril de 2014).

O'DONELL, Daniel (2004): “La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia”. Disponible en http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm (Última visita 30 de abril de 2014).

OLIVA, Asunción (2005): “Debates sobre el género”, en AMORÓS, Celia y de MIGUEL, Ana (coordinadoras), *Teoría feminista : de la ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo* Vol. 3, Minerva Ediciones, Madrid, pp. 13-60.

ONUSIDA (2000): *El género y VIH/SIDA*. Colección Prácticas Óptimas del ONUSIDA. Disponible en: http://data.unaids.org/publications/irc-pub05/jc459-gender-tu_es.pdf(Última visita 30 de abril de 2014).

ONUSIDA y UNODC (2009): “Las mujeres y el VIH en el entorno carcelario”. Disponible en: <http://observatoriovihycarceles.org/es/vih/genero-vih-menu.raw?task=download&fid=69>(Última visita 30 de abril de 2014).

PATEMAN, Carole (1995): *El contrato sexual*. Anthropos, Barcelona.

PAVARINI, Massimo (1983): *Control y dominación*. Siglo XXI de España Editores.

PÉREZ, Juan Sisinio (2011): *Historia del Feminismo*. Ed. Los Libros de la Catarata y FETE-UGT, Madrid.

- PERROT, Michelle (2009): *Mi historia de las mujeres*. Fondo Cultura Económica, Buenos Aires.
- PERROT, Michelle (1979): “La femme populaire rebelle”, en DUFRANCATEL, Christiane et al., *L’Histoire sans qualité*. Essais, Editions Galilée, Paris, pp.123-156.
- PICQ, Françoise (2008): “El hermoso pos-mayo de las mujeres”, en *Dossiers Feministes*, N° 12, pp. 69-76.
- PILOTTI, Francisco y RIZZINI, Irene (1995): *A arte de governar crianças: a História das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil*. Ed. Universitária Santa Úrsula, Río de Janeiro.
- PLATT, Anthony (1982): *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*. Editorial Siglo Veintiuno, México.
- RAMOS, Carmen (1999): “Historiografía, apuntes para una definición en femenino”, en *Debate Feminista*, año 10, Vol. 20, Octubre, pp. 131-157.
- RAMOS, María Dolores (2003): “Historia de las Mujeres, Saber de las Mujeres: La interpretación de las fuentes en el marco de la tradición feminista”, en *Feminismo/s*, N° 1, junio, Universidad de Alicante, Centro de Estudios sobre la Mujer, pp. 19-32.
- RAVETLLAT, Isaac (2006): “El Comité de los Derechos del Niño”, en VILLAGRASA, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Editorial Bosch, Barcelona, pp. 47-62.
- RABOSSO, Andrea (2001): *Infancia y Ciudadanía: Un abordaje a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito de América Latina*. Tesis de Maestría (inérita), Universidad de Barcelona.
- RED DE INVESTIGADORAS POR LA VIDA Y LA LIBERTAD DE LAS MUJERES, A.C., MÉXICO (2010): *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Peritaje del Caso Campo Algodonero vs. México*. Serie por la Vida y la Libertad de las Mujeres, Volumen 5. Disponible en: <http://cidemac.org/PDFs/Publicaciones/SENTENCIA%20DE%20LA%20CoIDH%20CASO%20CAMPO%20ALGODONERO.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).
- REDLAMYC, Red latino americana y caribeña por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (2009): *Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación*. Disponible en: <http://www.redlamyc.info/images/stories/Estudio de Balance Regional sobre implementaci n de la CDN en LAC 1.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).

REIMERS, Fernando (2000) “Educación, desigualdad y opciones de política en América Latina en el Siglo XXI”. *Revista Iberoamericana de Educación*. Número 23. Monográfico: ¿Equidad en la Educación?. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, pp. 21-50.

RESTA, Eligio (2008): *La infancia herida*. Ad-Hoc, Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (1999): “Nacimiento y presupuestos ideológicos de la justicia juvenil”, en RIVERA, Sneider (Compilador), *Pasado y Presente de la Justicia Penal Juvenil*. Coediciones Universidad de Barcelona, Unicef y otros, San Salvador, El Salvador, pp. 7-19.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (2006): *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (2011): “Los presupuestos ideológicos de una justicia penal de/para los jóvenes”, en BOMBINI, Gabriel (Director), *Juventud y Penalidad. Sistema de responsabilidad penal juvenil*, Eudem, Mar del Plata, pp. 33-50.

ROCA, Tomás (1954): “El padre de los huérfanos en Zaragoza”, en *Surgam*, 60, pp. 27-32.

ROCA, Tomás (1968): *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*. Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid.

RODRÍGUEZ PASCUAL, Iván (2002): “¿Sociología de la Infancia?. Aproximación a un campo de estudio difuso”, en *Revista El Observador*, N° 21, Edición SENAME, Santiago de Chile, pp. 11-44.

ROJAS, Jorge (2001): “Los niños y su historia: un acercamiento conceptual y teórico desde la historiografía”, en *Pensamientocrítico.cl, Revista electrónica de Historia*, N°1, Santiago de Chile, pp. 2-38.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1973): *Emilio o de la educación*. Editorial Fontanella, Barcelona.

ROSSIAUD, Jacques (1976): "Prostitution, jeunesse et société dans les villes du Sud-Est au XV siècle", en *AnnalesESC*, N° 2, pp. 289-325.

SÁNCHEZ, Vicente y GUIJARRO, Teresa (2002): “Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España”, en *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, vol XXII, n.º 84, pp. 121-138

SCOTT, Joan (1996): “El género: Una categoría útil para el análisis histórico”, en LAMAS, Marta (Compiladora), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG, México, pp. 265-302.

SCOTT, Joan (1996): *Feminism and History*. Oxford Readings in Feminism, London.

SEDA, Edson (1992): “Evolución del Derecho Brasileño del Niño y del Adolescente”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Emilio, *Del Revés al Derecho. La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina*. Editorial Galerna, Buenos Aires, pp. 115-130.

SMART, Carol (1976): *Women, Crime and Criminology: A feminist critique*. Routledge & Kegan Paul, Boston.

SMART, Carol (1977): “Criminological theory: Its ideology and implications concerning women”, en *British Journal of Sociology*, Vol. 28(1), pp.89-100.

STENGLEIN, Gudrun y SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio (2012): *Condición femenina y delincuencia. Estudio comparado hispano-alemán y una propuesta sistemática europea*. Editorial Académica Española.

SUBIRATS, Marina y BRULLET, Cristina (1988): “Rosa y Azul”, en SUBIRATS, Marina y BRULLET, Cristina, *Rosa y azul. La transmisión de los géneros en la escuela mixta*. Instituto de la Mujer, Colección Estudios, Madrid, pp. 133-167.

TOMMASI, Wanda (2002): *Filósofos y mujeres. La diferencia sexual en la historia de la filosofía*. Narcea Ediciones, España.

TRAMONTANA, Enzamaría (2011): “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, en *Revista IIDH*, Vol. 53, San José, pp.141-181.

TRISCIUZZI, Leonardo y CAMBI, Franco (1993): *La infancia en la sociedad moderna: del descubrimiento a la desaparición*. Editorial Reunite, Roma.

UNDP (2011): “Gender Equality and UNDP”, en United Nations Development Programme, *Fast Facts*. UNDP, New York. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/fast-facts/english/FF-Gender-Equality-and-UNDP.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF (2013): *Estado Mundial de la infancia 2013. Niñas y niños con discapacidad*. UNICEF, Nueva York. Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/sowc2013/files/SPANISH_SOWC2013_Lo_res.pdf (Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF (2013a): *Mejorar la nutrición infantil. El imperativo para el progreso mundial que es posible lograr*. UNICEF, Nueva York. Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Spanish_UNICEF-NutritionReport_low_res_10May2013.pdf (Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF (2011): *Estado mundial de la Infancia 2011. La adolescencia. Una época de oportunidades*. UNICEF, Nueva York. Disponible en: <http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/EMI2011.pdf>(Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF (2008): *Estado Mundial de la infancia 2008. Supervivencia infantil*. UNICEF, Nueva York. Disponible en: <http://www.unicef.org/spanish/sowc08/docs/sowc08-sp.pdf>(Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF (2006): *Logros y perspectivas de género en la educación. El Informe GAP, primera parte*. Disponible en: [http://www.unicef.org/lac/informe_gap_1parte\(7\).pdf](http://www.unicef.org/lac/informe_gap_1parte(7).pdf)(Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF y OACNUDH (2006): *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)*. UNICEF y OACNUDH, Santiago de Chile. Disponible en: http://www.unicef.org/barbados/spmapping/Legal/regional/General/compilacion_1993_2006.pdf(Última visita 30 de abril de 2014).

UNICEF y UNFPA (2010): *Women's & children's rights: making the connection*. Disponible en: http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2011/Women-Children_final.pdf(Última visita 30 de abril de 2014).

VALCÁRCEL, Amelia (1991): *Sexo y filosofía*. Anthropos, Barcelona.

VALCÁRCEL, Amelia (2001): *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Cepal, Santiago de Chile.

VAN SWAANINGEN, René (1989): “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, en *Papers d'Estudis i Formació*, N° 5, Barcelona, pp. 85-106.

VARELA, Julia (1994): “Elementos para una genealogía de la escuela primaria en España”, en QUERRIEN, A. (1994): *Trabajos elementales sobre la escuela primaria*. La Piqueta, Madrid, pp. 171-198.

VÁZQUEZ, Santiago (2011): “El Caso “Campo Algodonero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI. IJ/UNAM, México, pp. 515-559. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11/pim/pim18.pdf>(Última visita 1º de mayo de 2014).

VÁZQUEZ, Carlos (2003): *Delincuencia juvenil: consideraciones penales y criminológicas*. Editorial Colex, Constitución y Leyes, Madrid.

VÁZQUEZ, Carlos (2004): “Primeras normas e instituciones protectoras de la infancia delincuente en España”, en Boletín Facultad de Derecho de la UNED, N° 24, pp. 173-200.

VÁZQUEZ, Carlos (2007): “Modelos de Justicia Penal de Menores”, en VÁZQUEZ, Carlos y SERRANO, María Dolores (editores), *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, pp. 103-151.

VERHELLEN, Eugeen (2002): *La Convención Sobre Los Derechos Del Niño: Trasfondo, Motivos, Estrategias, temas principales*. Editorial Garant, Amberes.

VILLAGRASA, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores) (2006): *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Editorial Bosch, Barcelona.

VILLEGAS, Myrna (2008): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”, en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Universidad de Castilla La Mancha, pp. 1-31 Disponible en : http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/juventud%20pobreza%20y%20marginalidad.pdf (Última visita 1º de mayo de 2014).

WOLLSTONECRAFT, Mary (1994): *Vindicación de los derechos de la mujer*. Cátedra, Madrid.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coordinador) (1986): *Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina. Informe final: documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1982-1984*. Depalma, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993): “La mujer y el poder punitivo”, en ILANUD, *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones. Una mirada género-sensitiva de derecho*. ILANUD, San José, pp. 89-99.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000): “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN, Haydée (comp.): *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Editorial Biblos, Buenos Aires, pp. 19-37.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES.

ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR (2012). Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2012_okkk.pdf/00ee01c7-3122-496a-a023-22829653e6c0 (Última visita 1º de mayo de 2014)

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile: “Pobreza”. Disponible en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen/definiciones/pobreza.html#arriba> (Última visita 30 de abril de 2014)

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile: “Costo de la canasta básica de alimentos”. Disponible en:

http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/ipc/13%2012%20COSTO%20CBA%20NOVIEMBRE_52a5ba026f8ff.pdf (Última visita 30 de abril de 2014).

ONUMUJERES: “Hechos y cifras: Acabar con la violencia contra mujeres y niñas. Una pandemia que se presenta en diversas formas”. Disponible en:

<http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> (Última visita 1 de mayo de 2014).

UNICEF: “Educación básica e igualdad entre los géneros”, en UNICEF, Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Disponible en: http://www.unicef.org/lac/overview_4167.htm (Última visita 1° de mayo de 2014).

UNICEF: “ Mi vida, mi derecho, poner fin al matrimonio temprano”, en UNICEF, Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Disponible en: http://www.unicef.org/lac/media_24399.htm (Última visita 1° de mayo de 2014).

UNESCO: “Education for All (Efa) Global Monitoring Report 2005”. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137333e.pdf> (Última visita 30 de abril de 2014).

VAZQUEZ, Carlos (2008): “La responsabilidad penal de los menores en Europa”, ponencia presentada enI Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, Madrid 12 y 13 de febrero de 2008, pp. Disponible en

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DOK.+I+Congreso+Int+Respon.+Penal+Menores.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1271620083441&ssbinary=true> (Última visita 1° de mayo de 2014).

FUENTES NORMATIVAS.

Internacional

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa rica), 1969.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer, 1979.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena 1993.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD). Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990). Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, 1955.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Resolución 65/229 de 21 de diciembre de 2010.

Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/66/462/Add.2)] 66/170. Día Internacional de la Niña. Disponible en:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/170&Lang=S

España

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, BOE número 11, de 13 de enero.

Ley 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Brasil

Estatuto del Niño y del Adolescente. Ley 8069, de 13 de julio de 1990.

Costa Rica

Ley de Justicia Penal Juvenil. Ley N° 7576 de 6 de febrero de 1996.

Chile

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Ley N° 20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal, publicada en el Diario Oficial el 07 de Diciembre de 2005.

Decreto N° 1.378 que reglamenta la aplicación de la Ley N° 20.084, publicado en el Diario Oficial el 25 de abril de 2007.

Ley N° 20.191, Modifica la ley 20.084, publicada en el Diario Oficial el 02 de Junio de 2007.

Decreto Ley N° 2.465 Reglamento del Servicio Nacional de Menores, publicado en el Diario Oficial el 03 de abril de 1980.

Ley N° 16.618, Fija el texto definitivo de la Ley de Menores, Publicada en el Diario Oficial el 08 de marzo de 1967.

Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

SIGLAS

AMIR: Anuario Estadístico del Ministerio del Interior.

CIP: Centro de Internación Provisoria.

CRC: Centro de Régimen Cerrado.

CEPAL: Comisión Económica para América Latina

Comité DESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CONAME. Consejo Nacional de Menores

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CEDAW: Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

CDN: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ECA: Estatuto da Criança e Adolescente.

ETS: Enfermedades Trasmisión Sexual.

IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

ILANUD: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

IPC: Índice precio consumidor.

JUNJI: Junta Nacional de Jardines Infantiles

ODMs: Objetivos de Desarrollo del Milenio.

OACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ONG: Organización No Gubernamental.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

ONUMJERES: Organización de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer.

OEA: Organización Estados Americanos.

REDLAMYC: Red latinoamericana y caribeña por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

SENAME: Servicio Nacional de Menores.

LRPA: Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

SIDA: Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

TBE: Tasa Bruta de Escolarización.

TNE: Tasas Netas de Escolarización.

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

UNICEF: El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

UNDP: Programa de Desarrollo para Reducir la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática de la Organización de las Naciones Unidas.

UNFPA: Fondo de Población de las Naciones Unidas.

VIH: Virus de la Inmunodeficiencia Humana.