



CUADERNOS DE JUSTICIA JUVENIL

E D I C I Ó N E S P E C I A L

**Contribuciones de:
Dr. Alvaro Burgos Mata
Dr. Gustavo Chan Mora**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
UNIDAD DE JUSTICIA JUVENIL**

CUADERNOS DE JUSTICIA JUVENIL EDICIÓN ESPECIAL

Contribuciones de:
Dr. Alvaro Burgos Mata
Dr. Gustavo Chan Mora

San Salvador, El Salvador, marzo de 2009

345.06

E49c El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Unidad de Justicia Juvenil
sv Cuaderno de justicia juvenil / Corte Suprema de Justicia. Unidad
de Justicia Juvenil. Alvaro Burgos Mata, Gustavo Chan Mora. -- 1a.
ed. -- San Salvador, El Salv. : Corte Suprema de Justicia, Unidad de
Justicia Juvenil, 2009.
108 p. ; 28 cm.

ISBN 978-99923-885-5-6

1. Menores-Legislación. 2. Delincuencia juvenil-El Salvador. 3.
Derecho penal. I. Burgos Mata, Alvaro, coaut. II. Chan Mora.
El Salvador. Corte Suprema de Justicia, Unidad de Justicia Juvenil
Cuaderno de justicia juvenil ... 2009

Gustavo, coaut. III. Titulo.

BINA/jmh

Cuadernos de Justicia Juvenil. Edición Especial CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Comisión del Menor

Dra. Victoria Marina Velásquez de Avilés

Licda. Mirna Antonieta Perla Jiménez

Lic. Miguel Alberto Trejo Escobar

Autores de artículos

Dr. Alvaro Burgos Mata

Dr. Gustavo Chan Mora

Supervisión y revisión

Lic. Jaime Martínez Ventura

Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil

Edición

Lic. Rafael Rivas Ordóñez

Licda. Karen Álvarez de Benítez

Impresión

INVERPRINT S.A. de C.V.

La publicación "Cuadernos de Justicia Juvenil, Edición Especial" fue realizada gracias al financiamiento de UNICEF El Salvador. Se autoriza toda reproducción de contenidos, siempre y cuando se cite la fuente correspondiente.

Las opiniones publicadas en este instrumento son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen a las instituciones relacionadas en su elaboración.

PRESENTACION

El principio del interés superior del niño ha sido una categoría jurídica controversial en el campo de la protección de los derechos de la infancia, por cuanto que la indefinición de contenido que muchos teóricos han señalado de que adolece este principio, ha permitido que éste fuese utilizado incluso como un principio que legitimaba acciones administrativas y judiciales de carácter tutelar, aún después de aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Este antecedente justifica la relevancia científica de los puntos de vista que ahora se presentan en el libro “Cuadernos de Justicia Juvenil Edición Especial”. En dicho documento se exponen las consideraciones teórico doctrinarias que dos respetables profesores costarricenses de Derecho Penal Juvenil magistralmente hacen sobre la naturaleza y contenido del principio del interés superior del niño.

En el primero de los artículos, el Dr. Álvaro Burgos Mata argumenta, desde el estudio del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, como el principio del interés superior del niño es un principio que tiene por contenido los derechos ya establecidos en los instrumentos jurídicos de derecho interno e internacional. El Dr. Burgos expone que el principio del interés superior del niño es una directriz en la construcción de políticas públicas

para la infancia, y desde la cual los derechos de la niñez son de efectivo cumplimiento y no de naturaleza programática. Otro punto interesante, y bastante actual en El Salvador con ocasión del debate sobre la aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y específicamente con respecto a la permisón del castigo “moderado” de los hijos, es el referido al cumplimiento y “observancia para todos los Estados Partes de las reglas de la Convención, independientemente de su diversidad cultural”. De igual forma, el lector se encontrará con un interesante planteamiento respecto a la dimensión jurídica del principio del interés superior del niño, en cuanto que se deja entrever la posibilidad de la tutela judicial efectiva de los derechos “difusos” pertenecientes al colectivo de niños y niñas en un Estado Social de Derecho. En lo que respecta al derecho penal juvenil, el Dr. Burgos deja bien establecido que los principios del interés superior del niño y de la protección integral, no pueden significar una limitación de las garantías penales y procesales, y que por tanto no pueden convertirse en un argumento para agravar la situación jurídica de la persona menor de edad en el sentido de limitar sus derechos fundamentales más de lo que corresponda de acuerdo a su culpabilidad.

Los dos últimos artículos, escritos por el Dr. Gustavo Chan Mora, hacen una exposición sistemática sobre la concepción del principio

del interés superior del niño como una garantía conceptual y su incidencia en la construcción de un derecho penal juvenil, específicamente su incidencia en la construcción de una categoría de culpabilidad penal juvenil. Se señala como en el pasado reciente, el principio del interés superior fue utilizado más que como una garantía, como un argumento tutelar para limitar los derechos de los niños y niñas, especialmente de aquellos en desventaja social, so pretexto del aseguramiento de sus necesidades básicas de techo, vestido y alimento mediante el encierro arbitrario. Era esta manera de entender el significado del principio del interés superior lo que permitía que en el ámbito del derecho penal se obviara el análisis de culpabilidad (y hasta de tipicidad) para fundamentar la sanción y la medida de ésta, ya que al final de cuentas se decía que lo que se imponía no era una pena, sino una medida de protección. Frente a este contexto se hace la argumentación de que el principio del interés superior del niño tiene la naturaleza de una garantía conceptual específica del derecho juvenil y en ese sentido su fin es el doble aseguramiento de la efectiva vigencia y cumplimiento de los derechos fundamentales de este grupo etario de la población, y que por lo mismo no se le puede identificar con éstos. Es en este punto de la magistral exposición que hace el Dr. Chan Mora sobre la naturaleza de garantía conceptual o normativa del principio del interés superior del niño que dice la incidencia de semejante planteamiento en el derecho penal

juvenil va en el sentido de creer que en un Estado democrático de derecho sólo se pueden permitir aquellas actuaciones restrictivas de los derechos de los niños y niñas en conflicto con la ley penal que los restrinjan en lo mínimo posible.

Siguiendo con el tema de la incidencia del principio del interés superior en el derecho penal juvenil, se hace ver que ésta no sólo se refiere a aspectos procesales sino también a aspectos de naturaleza material. Con respecto a esto último, el Dr. Chan Mora recuerda que si bien hasta ahora la incidencia del principio del interés superior en el derecho penal material se ha limitado a hacer posible la determinación de una sanción menos grave de lo que correspondería en razón de la gravedad de la culpabilidad del niño o niña en conflicto con la ley penal, es necesario ampliar esta incidencia incluso hasta el ámbito de los procesos de criminalización primaria, la cual desde una lógica de mínima intervención, sólo podría dar lugar a un código penal mínimo; pero en el caso de los tipos penales existentes y aplicables a los niños y niñas, la influencia del principio del interés superior se debería extender hasta el juicio de desaprobación penal juvenil en el sentido que este tiene que ser de menor intensidad que el que correspondería a un adulto. Es este último planteamiento que permite introducir las consideraciones de la necesidad de construir un derecho penal material juvenil en razón que para hacer el reproche del injusto

penal es necesario vincular al sujeto con el hecho imputado a través del análisis de culpabilidad.

El Dr. Chan Mora hace ver que las categorías de la teoría del delito se han construido desde una visión adultocéntrica europea y que por tanto no es justo desde el punto de vista del principio de igualdad aplicar unas categorías de teoría del delito que no se corresponden con aspectos objetivos de la realidad psíquica, sociocultural y generacional-contextual de la niñez latinoamericana.

La propuesta de la construcción de un derecho penal juvenil debe empezar, según las consideraciones hechas por el Dr. Chan Mora, por una revisión de la categoría de culpabilidad, pues hasta ahora a los niños y niñas en conflicto con la ley penal se les ha venido aplicando conceptos jurídicos penales con una fuerte carga adultocéntrica. Los esfuerzos por esbozar los planteamientos doctrinarios respecto a una categoría de culpabilidad penal juvenil se hacen desde el estudio del derecho penal juvenil alemán, describiendo como éste último introduce un concepto propio de madurez dentro de lo que es el elemento empírico del concepto técnico jurídico de culpabilidad, en un intento de diferenciarla de la culpabilidad aplicada a los adultos.

En fin se trata de tres artículos científicos sobre la doctrina del derecho penal juvenil que hacen interesantes consideraciones de cara a la construcción de políticas públicas para los niños y niñas y de cara a la construcción de un derecho penal juvenil material. Temas por demás decir que son de importancia capital en la construcción de un Estado democrático de derecho. Creemos que las implicaciones de los planteamientos de los autores de estos artículos abonan al esfuerzo continuado que hace la jurisdicción penal juvenil salvadoreña por actualizar y acercarse cada vez más al ideal de justicia y democracia, prueba de ello es que desde que el Dr. Chan Mora expusiera por primera vez las bases sobre la construcción de una categoría de culpabilidad juvenil¹, se ha venido desarrollando desde la Comisión de Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas un intenso debate sobre la naturaleza y alcance del contenido de los informes presentados por los Equipos Multidisciplinarios de la Jurisdicción Penal Juvenil.

Dra. Victoria Marina Velásquez de Avilés
Primera Magistrada e integrante de la Comisión del
Menor
Corte Suprema de Justicia

San Salvador, El Salvador, marzo de 2009

¹ Durante el desarrollo del "Programa de Formación Especializada en Criminología y Justicia Penal Juvenil" en Salvador durante los años 2007 y 2008.

INDICE

PRESENTACIÓN

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Dr. Álvaro Burgos Mata..... 9

EL PRINCIPIO DE “INTERES SUPERIOR” : ¿CONCEPTO VACÍO O CAJÓN DE SASTRE DEL DERECHO PENAL JUVENIL?

Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio
de reproche penal juvenil

Dr. Gustavo Chan Mora..... 48

EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD) EN EL DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN

Dr. Gustavo Chan Mora..... 70

1. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: ORIGEN Y PROYECCIONES

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el Derecho Internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de Derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el Derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres². Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos, diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que solo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres². Igual trayectoria se observa en el Derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal, que el Estado podía asumir, en ciertos casos, la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica, o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal –para un mayor bienestar de los niños– pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio³. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el Derecho de Familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo⁴.

El principio de interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de consideración del interés del niño como un interés que debía ser públicamente y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia y en muchos lugares han sido refrendadas por el legislador posterior.

1 Dr. Derecho Penal y Criminología, Master en Psicología Criminal, Especialista en Ciencias Penales. Encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, y de la de Psicología Forense del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad Libre de Derecho de Costa Rica. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio de Adultos de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

2 S. Goonesekere, "The Best Interests of The Child: South Asian Perspective", en Alston, op. cit.

3 Cfr. Rubellin-Devich, The Best Interests Principle in French Law and Practice, en Alston, op. cit.

4 Miguel Sillero, Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, en Francisco Pilotti (ed.), Infancia en Riesgo social y políticas sociales en Chile, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, págs 75-138.

Una de las paradojas de la evolución del Derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, tema que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia⁵. Solo con el proceso iniciado con la Convención, en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos

del Niño, sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos, dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO “PRINCIPIO GARANTISTA”

La Convención contiene “principios” –que a falta de otro nombre, se denominarán “estructurantes”– entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12) y de protección (art.3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia⁶. Los principios, en el marco de un

5 Emilio García Méndez, *Derecho de la Infancia y la adolescencia: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

6 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 2 ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría presume que ellos e imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, que creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, este principio lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención, comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

“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 la que se atenderá será el interés superior del niño.”

En consecuencia, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas

autoridades e, incluso, a instituciones privadas, a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar, que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”⁷. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño, en el marco de la Convención, es un principio jurídico garantista.

3. ¿QUÉ ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?: LA SATISFACCIÓN DE SUS DERECHOS⁸

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que dicho interés es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios

⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

⁸ Miguel Cillero Bruñol. Artículo en *Antología de Derechos de la Niñez y la adolescencia*, Editorial Ariel, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág.39.

derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del estado jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque solo fuera en forma ocasional, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones preconvención y lamentablemente en algunas que siendo posconvención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregada a la interpretación administrativa en el plano de las políticas y programas sociales, o a la judicial, en ámbito de control-protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y

pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista-autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o autoridad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el juez se comportara de acuerdo con ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el juez buen padre de familia, presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes-deberes (potestades) a los adultos, que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño, en este contexto, es iluminar la conciencia

del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior como la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez, o a la autoridad de que se trate, que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles, en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja, efectivamente, los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente –aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. No obstante, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de supremacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo 3 de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de todos sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base biopsicosocial, como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la

plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no solo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia, basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

4. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y CONCEPTOS RELACIONADOS

En los textos normativos está expresado o definido como interés superior “del niño”. Sin embargo, en razón del objetivo general de este ensayo, que tiene como fin de estudio el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), y tomando en cuenta las definiciones del párrafo anterior, lo denominamos interés superior “del menor”. Esta definición alude a un principio rector de la doctrina de la protección integral, el cual es base para la interpretación y aplicación de la normativa del CNA y toda la demás que tenga relación. Interés superior del menor es aquel interés perteneciente a toda persona menor de edad, por virtud de cuya obediencia y observancia toda persona, y especialmente todo agente que deba ejecutar acciones o aplicar normas o procedimientos de cualquier tipo, tendrá que hacer prevalecer las condiciones que favorezcan la vida y el entorno del niño, la niña o adolescente y tener presente que se trata de un ser humano en etapa de formación y preparación para una

vida independiente y responsable.

En el desarrollo de este concepto se ha insistido en aclarar que su finalidad es la de servir como guía y a la vez de resistencia, en la formulación y ejecución de políticas, en el acceso a los servicios públicos y en su prestación. Con fundamento en este principio se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos⁹.

El principio está contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada como Ley de la República número 7184 de 18 de julio de 1990. También fue incorporado al C.N.A. en su artículo 5 y a la L.J.P.J. en su artículo 7. La jurisprudencia también lo ha hecho valer y lo ha desarrollado. Puede consultarse el Voto 1974-94 de la Sala Constitucional.

4.1 PROTECCIÓN INTEGRAL

Protección integral es un sistema de tutela y resguardo de los derechos de la población menor de edad, que abarca todos los aspectos inherentes a su condición de personas en proceso de crecimiento y preparación para una vida independiente y autosuficiente, entre los cuales se encuentran los aspectos físicos, psíquicos, de salud, de estudio, familiares, comunales, sociales, jurídicos y cualesquiera otros merecedores de protección.

⁹ Gonzalez Oviedo, Mauricio. “El derecho de la niñez y la adolescencia en el sistema de administración de justicia. UNICEF-Documento de trabajo, pág.5.

4.2 PROTECCIÓN EFECTIVA

Protección efectiva es la consecución de los fines doctrinales de la protección integral del menor, a través de la voluntad permanente de accionar en favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes cada vez que sea necesario o conveniente y de evitar u omitir toda práctica perniciosa, lesiva o desfavorable para ese interés. Se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las instituciones públicas y se impone la responsabilidad de establecer las condiciones para el ejercicio de una nueva ética y el deber de encontrar en este principio el límite de su discrecionalidad en la toma de decisiones con respecto a la niñez y la adolescencia¹⁰.

Prácticamente todo el articulado del C.N.A. constituye una estructura jurídica de protección, sin embargo, en el tema de protección efectiva sobresale la disposición contenida en el artículo 4 que dice:

“Artículo 4. Políticas estatales. Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio

constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población. De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas”. (Los destacados no corresponden al original).

Al menos en el momento de la redacción y la promulgación de la ley que dio origen al C.N.A., el legislador quiso hacer patente su voluntad de no desatender los fines de la doctrina de la protección integral.¹¹

5. INTERÉS SUPERIOR Y PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO

El artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala como uno de los principios rectores de su interpretación el interés superior del niño. Se trata de un concepto de difícil precisión, de carácter difuso, tal y como lo ha indicado Gilbert Armijo Sancho¹². En lo atinente a dicho concepto se encuentran diversos artículos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; por ejemplo, el artículo 3, inciso 1, menciona que “En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”. A este se había

¹⁰ González Oviedo. Op. cit., pág. 16.

¹¹ Oscar Corrales Valverde. “Niñez y Adolescencia”.

¹² CF. Armijo Sancho, G., Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil, San José, edit. IJSA, 1998.

¹³ Aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1386 (XIV), aprobada en 1959, principios 2 y 7, párrafo 2.

referido, igualmente, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño¹³.

En el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia se intenta definir el concepto de “interés superior del niño”, indicándose que:

“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura de su pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad. Grado de madurez. Capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social”.

El primer párrafo de dicho artículo define lo que debe entenderse por “interés superior del niño”, de modo que la enumeración que se hace con posterioridad debe considerarse en relación con lo indicado en dicha definición.

Así, por ejemplo, “la correspondencia entre el interés individual y el social”, que se dice debe considerarse a efectos de determinar el interés superior del niño, no ha de ser entendida como

un balance entre este y el interés “superior” de la colectividad. Más bien, la mención que se hace en este artículo del “interés individual y social”, ha de interpretarse en el sentido de que el “pleno desarrollo personal” del niño supone la consideración por este de su responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad.

De relevancia es que al referirse al “interés superior del niño”, al igual que a “la protección integral del niño” como otro principio rector de la justicia penal juvenil, se está mencionando que esta debe considerar lo que es más conveniente para la reinserción familiar y social del joven, o sea, lo que ha sido conocido en Alemania como el principio director de la educación, que lleva a diferenciar el derecho penal juvenil del derecho penal de adultos.

La definición mencionada coincide en lo fundamental con el principio 2 de la Declaración de Derechos del Niño, que dice: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si se analizan las normas citadas, debe concluirse que existe una interrelación entre los principios de interés superior del niño y de protección integral de este, ya que el primero no indica en qué sentido debe realizarse la

consideración del interés superior del niño, sino que dicho sentido se extrae del principio de protección integral.

5.1 INTERÉS SUPERIOR Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO EN LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

La ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁴ y, con posterioridad, la aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense¹⁵, supuso un cambio de paradigma, abandonándose la doctrina de la situación irregular y asumiéndose la doctrina de la protección integral¹⁶.

Debe reconocerse, sin embargo, que mientras la expresión “situación irregular” servía bien para describir el derecho tutelar juvenil, el concepto “protección integral”, a pesar de su aceptación generalizada, no es el más adecuado para describir la concepción del derecho penal juvenil resultante de la Convención sobre los Derechos del Niño y de diferentes reglas mínimas del derecho internacional de los derechos humanos referentes a la justicia penal juvenil y a la prevención de la delincuencia juvenil¹⁷. Lo anterior es justificable, ya que principios como el interés superior del niño y la protección

integral de este eran propios también de la doctrina de la situación irregular¹⁸. Debe recordarse que esta doctrina pretendía actuar en defensa del interés superior de éste para asegurarle el disfrute de sus necesidades subjetivas (protección integral).

En la doctrina de la situación irregular, el interés superior del niño hacía que para el derecho tutelar juvenil perdieran importancia las garantías procesales y penales, ya que se decía que todo era para “salvar al niño”, o sea en defensa de su interés superior.

Debe tenerse en cuenta que la doctrina de la situación irregular en relación con el derecho juvenil, encuentra sus orígenes en la creación de los primeros tribunales juveniles y en el movimiento denominado como de “salvación del niño”, que se desarrolló en los Estados Unidos de América. Este se destinaba a sustraer a los adolescentes de la justicia penal de adultos y a crear programas especiales para niños delincuentes, dependientes y abandonados. Dicho movimiento, orientado a “salvar al niño”, se consideraba a sí mismo como un gran avance y parte integrante de la ayuda asistencial. Se partía de que tenía un carácter altruista y humanitario, que veía su causa como caso de conciencia y moral. Se

14 La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. Fue ratificada por Costa Rica por Ley 7184 del 18 de julio de 1990.

15 Ley 7576 del 6 de febrero de 1996. La ratificación legislativa por Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño hacía necesario adaptar la legislación ordinaria a dicha Convención. Ello suponía la modificación integral de la legislación ordinaria.

16 Ver como referencia de la reforma inicial ante la ratificación de la Convención el comentario de Burgos Mata, Álvaro. Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, edit. IJSA, 1995, págs. 12 y 13.

17 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD). El texto de estas piezas jurídicas puede consultarse en Burgos Mata, Álvaro. Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, edit. IJSA, 1995.

18 Emilio García Méndez, hizo referencia a que el concepto de interés superior procedía de la doctrina de la situación irregular.

decía que se humanizaba el sistema de justicia penal al salvar al niño de cárceles y prisiones, creándose instituciones judiciales y penales dignas para las personas menores de edad.

Sin embargo, lo cierto es que se llegó a una extensión del control social de los niños, restringiendo sus derechos fundamentales y su vida privada en una medida mucho mayor que el derecho penal de adultos, degradándose al niño al carácter de objeto. Estas apreciaciones son totalmente válidas con respecto a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores costarricense de 1963.

Acerca de todo ello dice Platt lo siguiente:

“Una de las importantes consecuencias del movimiento redentor del niño fue la lograda cosificación de la juventud. Muchas de las reformas de los salvadores del niño apuntaban a imponer sanciones a jóvenes de conducta impropia y no a conceder a los jóvenes los beneficios de que gozaban los adultos. Los salvadores del niño se ocupaban más en restringir que en liberar, con la protección del niño tanto de las debilidades morales como de los peligros materiales. La austeridad del derecho y las instituciones penales no era su principal preocupación, ni tampoco les interesaban sobremanera los problemas relativos a los delitos ‘clásicos’ contra la persona o la propiedad. Su interés principal era el comportamiento normativo de la juventud: sus recreos, sus ocios, su educación, sus perspectivas de vida, sus actitudes para con la autoridad, las relaciones familiares y la moral personal”.

En sentido similar indica Luigi Ferrajoli:

“El tradicional paradigma paternalista del Derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignado a un supuesto poder ‘bueno’ Que invariablemente actuaría en el “interés superior del menor”. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimado los peores abusos y arbitrariedades.”

Característico de ello fue una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905, en la que se dijo lo siguiente:

“El padre natural no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad (...) para salvarle y protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos, de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como *parens patriae*, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales.”¹⁹

5.2 INTERÉS SUPERIOR Y PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Debe reconocerse que la forma en que se concibe la protección integral del niño y con ello el principio educativo marca una diferencia entre las doctrinas de la situación irregular y de la protección integral, puesto que esta última parte, en definitiva, del carácter de sujeto de

¹⁹ Citado por Barbero Santos, Marino. Derecho Penal Español. Editorial UNED, Madrid, 1995, pág. 125.

derechos del niño a diferencia de la concepción de mero objeto de la actuación estatal tutelar que le atribuya la doctrina de la situación irregular.

A ello se agrega que el aspecto fundamental de la concepción de la doctrina de la protección integral es que ni el principio de interés superior del niño ni el de la protección integral de éste pueden servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal más allá de las establecidas con respecto a los mayores. Así, en el derecho penal juvenil el principio del interés superior del niño no debe llevar a caer en la “trampa” a la que conduce la doctrina de la situación irregular, de modo que no debe funcionar para limitar las garantías penales y procesales del niño. Precisamente el temor a que el principio educativo, que surge de los principios del interés superior del niño y de protección integral, se utilice para justificar las violaciones de los derechos fundamentales del joven, ha conducido a un sector de la doctrina a cuestionar dicho principio, el que ha sido catalogado como un “caballo troyano en el estado de derecho”.²⁰

El temor no deja de ser fundado. Por ejemplo, en Alemania un sector de la doctrina, con una legislación similar a la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense ha sostenido que el abogado defensor del joven debe atender primordialmente a lo que es más conveniente para este desde el punto de vista educativo. Se ha dicho que mientras en el procedimiento ordinario el defensor debe buscar la absolución o castigo suave del imputado, en

el procedimiento juvenil esto no se halla en primer lugar, sino que debe estar sometido al interés educativo del joven. Igualmente, en lo relativo a la prisión preventiva, se dice en la doctrina que la jurisprudencia la utiliza con frecuencia como un shock de advertencia al joven, ello cuando con posterioridad se va a suspender la pena. Incluso autores como Paeffgen, que han criticado fuertemente la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración delictiva prevista en el derecho procesal penal de adultos, indican que en el caso del derecho penal juvenil esta se encuentra justificada debido al pensamiento educativo de tal derecho. En nuestro país el interés superior del niño ha sido utilizado para criticar las garantías establecidas en la ley de Justicia Penal Juvenil; así José Daniel Hidalgo Murillo critica la acogida del principio de legalidad del derecho penal sustantivo y el abandono del “peligro social” como requisito para la intervención del sistema penal juvenil, diciendo:

“Una legislación tutelar de menores no puede nunca -sería -es- un error de principio-hacer referencia únicamente a los tipos penales de nuestra legislación penal. Una legislación tutelar así concebida, tal como es y está siendo concebida actualmente, es ya un fracaso al reto en la tutela del menor en riesgo o peligro social. Es un fracaso, porque es una tutela tardía. Una tutela que trata de ‘tutelar’ al que ya ha llegado al colmo de su conducta al cometer acciones delictivas. Una ‘tutela’ que no puede tutelar, sino que, como ‘tutela’ está llamada ahora -por haberse actuado tarde- a

20 Citado por Carlos Tiffer y Javier Llobet. La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica. ILANUD-UNICEF, 1999, pág. 9

resocializar, a rehabilitar, a educar. Si una legislación tutelar de menores se preocupa del menor 'delincuente', del menor que ya cometió un hecho delictivo, un hecho tipificado como delito, renuncia, por ese error de estilo, de criterio y de concepción real del problema, a la tutela del menor en riesgo social. Por ende, es una legislación desde su nacimiento, incoherente con los fines que quiere alcanzar. De ese modo, un menor en riesgo social, que exige de su tutela jurisdiccional, pero que todavía no ha cometido un hecho delictivo tiene el derecho de señalar -acusando- al legislador por haberse equivocado. Tiene derecho de señalar acusativamente al Juez Tutelar de Menores por haber llegado tarde. Tiene el derecho de decirnos, al llegar al Tribunal Tutelar que nos preocupamos ahora, cuando es tarde, y le dejamos solo, desamparado, indefenso, influido, ambientado, por una situación de riesgo, donde éramos necesarios y se exigía nuestra pronta tutela.”²¹

Indica, además, lo siguiente:

“Si la protección integral es un principio rector del procedimiento penal juvenil, el proceso, más que a la investigación del delito y la búsqueda de su autor, debió ir encaminado al estudio del joven al que se le atribuye un hecho delictivo para facilitar con ello la práctica de tareas educativas que permitan su socialización”²².

Los principios del interés superior y de protección integral del niño fueron asumidos por la doctrina de la protección integral, habiendo formado parte de la de la situación

irregular. El cambio de paradigma al respecto significa que no es posible utilizar los principios mencionados para no aplicar a los niños las garantías formales y sustanciales que presenta el derecho penal de adultos: ello tiene implicaciones con respecto a las sanciones y sus alternativas, la principal es que el interés superior del niño y la protección integral de este no pueden ser utilizados para aplicar al niño una sanción superior a la que corresponde a su culpabilidad, bajo el argumento de que es conveniente para él desde un punto de vista educativo.

En relación con el interés superior y la protección integral del niño, y en particular respecto de las sanciones, se tienen doctrinariamente las siguientes conclusiones:

“1. El cambio de paradigma que supuso la adopción de la doctrina de la protección integral, implica que los principios de interés superior del niño y de protección integral de éste, que dan origen al principio educativo del derecho penal juvenil, no pueden ser utilizados para reducir las garantías del derecho procesal y penal sustantivo de adultos.

2. Los principios de interés superior y de protección integral del niño llevan a impulsar en el derecho penal juvenil la diversificación, las sanciones no privativas de libertad y el archivo del proceso con base en criterios de oportunidad. Sin embargo, se debe actuar con precaución para evitar que ocurra más bien una extensión de la intervención del sistema penal.

21 Hidalgo Murillo, J. D., La Aplicación de la Justicia Penal Juvenil, San José, edit IJSA, 1996, pág. 34.

22 Hidalgo Murillo, J.D. op. cit. pág. 39.

3. No se puede justificar, a través de los principios del interés superior del niño y de protección integral, una extensión de la privación de libertad del joven con el argumento de que ello es favorable para su educación o los fines de la ley.

4. No resulta admisible que se imponga al joven una sanción por encima de la que corresponde de acuerdo con su culpabilidad, con el fundamento de que ello es lo más conveniente para su educación.

5. No debe olvidarse, cuando se impone una sanción penal juvenil, que esta, al igual que la pena del derecho penal de adultos, es un mal y no un bien que se impone al joven; tampoco debe olvidarse que el derecho penal juvenil es derecho penal, y no derecho social como se consideraba de acuerdo con la doctrina de la situación irregular.²³

5.3 LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL NUEVO DERECHO PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES

Con el término “Doctrina de la Protección Integral” se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que constituyen su marco referencial. Tiene su antecedente directo en la “Declaración Universal de los Derechos del Niño”, y se condensa en seis instrumentos básicos, a saber: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing),

las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), el Convenio No. 138 y la Recomendación No. 146 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta de la UNESCO sobre la educación para todos.

Estos instrumentos contienen disposiciones idóneas y suficientes que permiten construir un nuevo derecho para niños y adolescentes; propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del niño a una consideración estructural del problema.

El nuevo derecho, fundamentado en la doctrina de la protección integral debe respetar una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales: el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño; la prioridad absoluta; la participación y el rol fundamental de la familia en la garantía de los derechos de los niños y adolescentes.

Sobre este aspecto, Baratta menciona “que una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, exige que trasparemos el límite sugerido por el texto en la sección 1, donde se afirma que: “en todas las medidas concernientes a los niños” suponiendo que normalmente todas las medidas “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social” son de importancia directa o indirecta para la infancia. Así, el criterio del

22 Hidalgo Murillo, J.D. op. cit. pág. 39.

23 Carlos Tiffer y Javier Lobet. La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica. ILANUD-UNICEF, 1999, pág. 227.

“interés superior del niño” se transforma en un principio de relevancia universal de su interés, que implica interrelación de políticas públicas y medidas internacionales tendentes a la protección de los derechos de la niñez. Esto significa que la protección de tales derechos no es solamente el deber de las autoridades competentes, sino de una estrategia general que interese potencialmente a toda institución privada y pública y a todo órgano del Estado, o sus entidades territoriales, así como a la comunidad internacional, para lo que se requiere la coordinación y sinergia de todo individuo competente potencialmente”²⁴.

Una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 exige -según mi opinión- que se supere el límite sugerido por el tenor literario del primer párrafo “en todas las medidas concernientes a los niños”, asumiendo que normalmente todas las medidas “tomadas por instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” tienen directa o indirectamente relevancia para los niños. De esta manera, el criterio del “interés superior del niño”²⁵ se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales

dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Esto quiere decir que la protección de estos derechos no es, necesariamente, solo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos los actores potencialmente competentes²⁶.

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO²⁷

La aprobación en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen

24 Alessandro Baratta. Artículo, El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático”. 2001.

25 PHILIP ALSTON, The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights, 1994, en PHILIP ALSTON, The best interests of the child. Reconciling culture and human rights, Unicef; Oxford, C/arendon Press, 1994, págs. 13-23; JOHN EEKELAAR, The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism, en PHILIP ALSTON, The best interests..., op. cit., págs. 42-61; ABDULLAH AN-NA '1M, Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child, en PHILIP ALSTON, The best interests..., op. cit., págs. 76-80; GABRIELE DORSCH, Die Konvention der vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, págs. 103-108; PAOLA RONFANI, L' interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?, Sociologia del diritto 1, 1997, págs. 27-45.

26 ALESSANDRO BARATTA. INFANCIA Y DEMOCRACIA. En: García Méndez, Emilio y Beloff; Mary (comp.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá / Buenos Aires, Temis- Depalma, 1998.

27 Miguel Cillero Bruñol. Artículo en Antología de Derechos de la Niñez y la adolescencia, varios editores, 2001.

de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados al amparo general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina, pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios – nunca sustitutivos – de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la CDN.). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión autónoma del derecho de la infancia que

no respete estos fundamentos, como la que sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco que se propone analizar la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo 3 de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Aquí se intenta desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva de los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, asimismo, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño, que tienden a legitimar decisiones que vulnera los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este trabajo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica, sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

6.1 LA CONVENCIÓN COMO EXPRESIÓN DE UN CONSENSO UNIVERSAL

Durante el siglo XX, la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y de masiva aceptación social.

Si bien el consenso, como dice Lyotard, es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general, de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas, relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos²⁸, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo XX que también se hace extensivo a los niños a través de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales

no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia, ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político, sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Partes de las reglas de la Convención, independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas, según las distintas culturas, ha dado origen a un rico debate que ha acompañado a toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que, conforme algunos autores, parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

28 Oscar Corrales Valverde. "NIÑEZ Y ADOLESCENCIA".

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994²⁹ recoge este debate en diversos contextos culturales, con atención específica entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diferentes estudios analizan casos de difícil conciliación entre valores culturales y derechos del niño, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente, en la literatura especializada, e incluso en autores que son adscritos a la corriente “comunitarista” – crítica del “universalismo” –, se abre paso la idea de un “minimalismo” que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1994).

También, en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana, se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables que pueden llevar hacia concepciones irracionales del hombre a favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si – como se desarrollará más adelante – la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del “interés superior”, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

6.2 LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCIÓN³⁰

Después de la definición de niño, contenida como vimos en el artículo primero de la Convención, los cuatro artículos siguientes reconocen algunos principios generales y definen, a grandes líneas, las obligaciones de los Estados Partes.

El artículo 2 contempla la prohibición de

29 Philippe Alston (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.

30 Daniel O'Donnell. *LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO*. Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1990.

discriminación, semejante a la que figura en los demás instrumentos en materia de derechos humanos. Solo dos aspectos de este artículo merecen un breve comentario. Por primera vez se hace una prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona. El artículo 2 amplía la protección contra la discriminación, ya establecida en otros instrumentos, al prohibir expresamente no solo la discriminación basada en las características del individuo, sino también la discriminación contra un niño, fundada en las características de sus padres o tutores.

El artículo 3 de la Convención consagra el principio de que “el interés superior del niño” será “una consideración primordial” en todas las medidas que le afectan. El concepto del “interés superior del niño” ha despertado ciertas inquietudes. Algunos recelan que este principio debilita la fuerza de la Convención en cuanto afirmación del niño como sujeto de derecho, pues el goce y ejercicio de todos los derechos enumerados en ella estaría condicionado a eventuales conflictos con los intereses del propio niño. Otros se preguntan si este principio no permitiría condicionar el contenido de los derechos reconocidos en la Convención, no tanto con base en supuestos conflictos con el bienestar del niño en casos concretos, sino para la niñez en general, basados en los valores “superiores” de una sociedad o cultura.

Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra

persona. Esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Interpretado así, este principio favorece la protección de los derechos del niño y el lugar central que debe ocupar en la Convención constituye, a nuestro criterio, un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

Por cierto, la Convención permite imponer a los derechos del niño límites destinados a asegurar la “protección especial” que necesitan los niños debido a su mayor vulnerabilidad y limitada madurez. Esa posibilidad no se deriva exclusivamente del principio de los intereses superiores del niño, sino que está reconocida explícita o implícitamente en varias disposiciones de la Convención. De todos modos, la posibilidad de una interpretación abusiva -quizá inherente a toda disposición relativa a los límites de los derechos fundamentales- no invalida al principio mismo, que a nuestro criterio es fundado e inclusive necesario, en un instrumento que pretende definir los derechos de toda persona hasta los 18 años de edad.

El concepto de los intereses superiores del niño fue recogido del Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. La Declaración dispone que el interés superior del niño debe ser “la consideración fundamental” únicamente en cuanto a “la promulgación de leyes” destinadas a la protección y bienestar

del niño. La Convención amplía el alcance de este principio que, a tenor del artículo 3, debe inspirar no solo a la legislación sino también a “todas las medidas concernientes a) los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas ...”

6.3 FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ³¹

Además del cometido principal ya desarrollado, consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, se expondrán otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

6.3.1 Carácter interpretativo

Sin duda, el aporte más específico del artículo 3 es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia-

adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término, permite la resolución de conflictos entre otros derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención, en diferentes situaciones de esta naturaleza, toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés superior del niño”. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, referente a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 que alude a la privación de la libertad en recintos separados de los adultos “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, en el que la Convención toma una decisión – otorga una garantía – pero deja abierta la posibilidad – judicial – de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia que se afecte, en el caso particular, algún otro

³¹ Miguel Sillero Bruñol, Artículo, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 2001.

derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones, propuestas en algunos artículos de la Convención, pueden aplicarse otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer, en la legislación nacional, ciertos requisitos para la utilización del principio en la resolución de conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del “interés superior del niño” que pueden afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el interés superior del niño puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

7. LOS DERECHOS DEL NIÑO SON DERECHOS HUMANOS

En los últimos decenios del siglo XX en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político social basado en la promoción y garantía del desarrollo de la personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social³².

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que, tanto los instrumentos internacionales como nacionales, son aplicables a todas las personas con independencias de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos con el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia-adolescencia, el segmento de personas que tiene entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello,

32 German Bidart- Campos, Teoría General de los derechos humanos, México, Universidad Autónoma de México, 1993.

con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es, meramente, una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sin una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia-adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia-adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de los niños y adultos y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar, desde una perspectiva diferente, las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un grupo importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia, que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal, al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América Latina, que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de deberes y derechos recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a

los derechos de los niños –incorporadas a aquel por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas tiene iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños – como los derivados de la relación paterno-filial, o los derechos de participación –; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación con la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño tendrá conexión con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

7.1 EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS

La nueva doctrina convierte las necesidades de niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como garantiza para los adolescentes en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos procesales

consagrados para los adultos.

En el marco de esta nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes pero no derechos especiales excluyentes. La especificidad implica reforzar los derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación. Asimismo, se amplían para ellos una serie de nuevos derechos que antes sólo se reconocían a los mayores de edad, por ejemplo: el derecho a la libertad de opinión, a la participación, asociación, a la, seguridad social, entre otros.

Los derechos fundamentales de la infancia reconocidos por la Convención se agrupan en cuatro categorías:

a) Derecho de Supervivencia: los derechos de supervivencia incluyen principalmente, el derecho a la vida (art. 6), a la salud (art. 24), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a la seguridad social (art. 26), a la protección en casos de conflictos armados (art. 38), a que los padres tengan la asistencia debida para que puedan asumir su crianza (art. 18).

b) Derecho al Desarrollo: incluye entre otros, derecho a la educación (arts. 28 y 29), acceso a la información (art. 17) a preservar su identidad (art. 8), al nombre y nacionalidad (art. 7), a no ser separado de sus padres (art. 9), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), a la recreación y la cultura (art. 31).

c) Derecho a la Protección: la protección abarca todas las formas de explotación y crueldad (art. 19), a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia correspondencia (art. 16) protección especial al niño refugiado (art. 22), protección al niño mental o físicamente impedido (art. 23), contra abusos en el sistema de justicia penal (arts. 37 y 40), contra el abuso sexual (art. 34), contra la venta o trata de niños (art. 35), contra el uso ilícito de estupefacientes (art. 33).

d) Derecho a la Participación: los derechos a la participación incluyen la libertad de expresión (art. 13) a expresar su opinión y ser escuchado en asuntos que le conciernen (art. 12), derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas (art. 15), además del derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.

7.2 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Premisa fundamental de la doctrina de la Protección Integral es el principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención, que dice expresamente:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que toman 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”.

Este principio es la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños y los

adolescentes, establece líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias y pone límite a la discrecionalidad de sus actuaciones.

Prioridad Absoluta

Muy conectado a lo anterior se encuentra este principio que implica atender prioritariamente antes que nada, las necesidades y derechos básicos de los niños. Simplemente, el niño está primero. Así, ellos tendrán primacía en recibir atención y socorro en cualquier circunstancia, precedencia en la atención en los servicios públicos, preferencia en la formulación de las políticas públicas, prioridad en el destino de recursos públicos, etc.

En el marco del nuevo derecho el niño emerge como prioridad absoluta debido a su valor intrínseco, puesto que es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo, lo cual hace de él un ser humano completo en cada fase de su crecimiento y a su valor prospectivo, porque cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana.

Participación

La Convención distribuye la responsabilidad de proteger al niño entre tres actores: el Estado, la Familia y la Comunidad. Cuando éstos no asumen la cuota de responsabilidad que les corresponde para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos del niño son ellos, los actores, quienes estarán en situación irregular. Para hacer efectivos los derechos que

la Convención consagre es necesaria la plena participación y control de las personas, de las familias, de las sociedades organizadas y del propio niño y adolescente. Sólo la observancia de este principio hace posible la creación de los mecanismos efectivos de exigibilidad que garanticen el cumplimiento de los derechos.

La participación de la sociedad como corresponsable de la protección de la infancia, no sólo impone la adopción de una nueva ética social y de significativos cambios en la estructura institucional del Estado sino que, de esa participación depende el éxito del nuevo paradigma.

8. PRIORIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA INFANCIA: INTERÉS DEL NIÑO E INTERÉS COLECTIVO³³

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada, ni desmedrada, por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar

en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros, que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos referentes a la administración de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una supremacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos “compiten” por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil, que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para estos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

33 Miguel Cillero Bruñol, Artículo, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 2001.

9. ¿CÓMO APLICAR ESTE PRINCIPIO?: INTEGRIDAD, MÁXIMA OPERATIVIDAD Y MÍNIMA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO³⁴

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esa protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27 de la Convención).

Por ello, una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no solo de los derechos expresamente privados,

sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de la libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derechos a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño como dispone el artículo 9.3 de la Convención.

10. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LAS RELACIONES PARENTALES³⁵

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención consiste en regular la relación niño-familia y en particular la relación niño-padres; numerosas disposiciones reglamentan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por si mismo, en forma progresiva de acuerdo con la “evolución de sus facultades”.

³⁴ Ibíd.

³⁵ Miguel Cillero Bruñol, Artículo, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 2001.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativo (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), además de extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño (artículo 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” de acuerdo con la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación con la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de

garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño, reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar 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, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación 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 y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

11. INTERÉS SUPERIOR DESDE LA PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS DIFUSO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La doctrina suele distinguir, sin problema, el interés público (cuyo titular es el Estado) de los intereses privados (cuyo titular es el ciudadano). Entre estos existe en el Estado Social de Derecho, una serie de intereses que van más allá de los intereses individuales y, sin embargo, no podemos afirmar que estemos ante un interés público. Este último grupo, tiene la peculiaridad de que las personas están unidas entre sí por situaciones de hecho (interés difuso) o por un vínculo jurídico (interés colectivo). Podemos decir, en principio que estaremos en presencia de un interés difuso, cuando este le pertenece a una serie indeterminada/indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad. Por esta razón, cualquiera de los afectados está legitimado para reclamar su tutela³⁶.

El Código de la Niñez y la Adolescencia Costarricense (CNACR), es un instrumento operativo de protección de las garantías constitucionales inherentes a este sector de la población. También debe indicarse que es el resultado del desarrollo positivo de la “Doctrina de la Protección Integral”. Esta teoría tiene

su antecedente directo en la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, firmada por Costa Rica en enero de 1990 y ratificada como ley de la República en julio de ese año; asimismo, se citan como sus fuentes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; las Directrices de la Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD); el Convenio 138 y la Recomendación número 146 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta de la UNESCO sobre la educación para todos.

No obstante, la pregunta que podríamos hacernos es si el CNACR expresa o tácitamente potencia la defensa del interés difuso. La doctrina brasileña es pacífica sobre el punto y realiza una simbiosis entre el interés del menor, dentro de la teoría de la protección integral, como interés difuso. Ello implica reconocer un instrumento más en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia. De esa manera, se abre la posibilidad de controlar las políticas sociales estatales y privadas mediante el control jurisdiccional.

11.1 EL INTERÉS SUPERIOR COMO PARÁMETRO DEL INTERÉS DIFUSO³⁷.

Este es un concepto abstracto, como es

36 Gilbert Armijo Sancho. “La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica”, (sin datos editoriales).

37 Utilizamos el concepto “interés superior del niño” como parámetro de interpretación jurídico, pues indudablemente como lo afirma Cillero Bruñol, “... cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño” CILLERO BRUÑOL, M., El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Infancia, ley y democracia en América Latina. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998, p. 80.

característico de cualquier principio de derecho. Haciendo caso omiso de esta premisa, parte de la doctrina critica esta denominación e indica que se trata de un término vago y subjetivo: cada país, cada sociedad puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa y es precisamente esa falta de unidad lo que le resta objetividad³⁸. Consideramos que la objeción, aunque respetable, no es suficiente, pues desconoce que el sistema debe responder a las ideas de protección y garantía que se derivan de la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, hemos de reconocer que la realidad ha sido otra. El orden jurídico aplicable materialmente por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tiene, por lo general, otro enlace con la Convención

que el de proceder de las fuentes del Derecho que la definen, pero esa procedencia se reduce a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. Esta situación se ha visto agravada porque el “interés superior” del niño y del adolescente, para la mayoría de los funcionarios estatales y judiciales, se expresa no en un principio general, cuya aplicación práctica solo es enunciada por el artículo 3 de la Convención, pero que no es entendible ante la falta de desarrollo en la ley ordinaria³⁹.

Debemos agregar que el “interés superior” se ha considerado deficiente porque no todas las legislaciones lo desarrollan de igual manera. Tampoco aceptamos esta objeción, pues el principio es solo un parámetro de interpretación⁴⁰, así como en materia penal lo

38 Para aquellos que estén interesados en conocer una tesis crítica sobre la utilización de la noción de “interés superior del niño” por parte del juez y el peligro que supone su uso arbitrario, véase, DYER, A., Questionary and Report on International Child Abduction by One Parent, en Actes et documents de la quatorzieme session de la Conférence de la Haye de Droit international privé, tomo 11” 1982, pp. 22-23.

39 El criterio interés superior del menor, ya viene siendo utilizado por la jurisprudencia constitucional, si bien hemos de reconocer que de manera tímida como parámetro de interpretación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Véase, a modo de ejemplo, la siguiente resolución: “Con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N° 7576 de ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, la justicia penal en materia de menores dio un giro vertiginoso abandonando el llamado Derecho Tutelar y entró al ámbito de lo propiamente penal. La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquellas que sean propias de la condición de menor. Así se desprende del contenido de los artículos 10 a 27 de la citada ley, que integren el Capítulo 11, Derechos y Garantías Fundamentales, del Título Primero. De modo que, aun cuando la protección integral del menor y su interés superior son principios que rigen esa ley, así como también debe buscarse la reinserción del menor en la familia y en la sociedad -como lo señala el artículo 44 de la Ley de Justicia Penal Juvenil-, no debe olvidarse que se trata de materia penal aplicada al menor y, por ende, deben observarse las disposiciones y principios del Código Penal, excepto en cuanto contradigan lo expresamente contemplado en esta legislación (artículo 9). Así, al menor le asiste la presunción de inocencia y debe probársele la comisión del delito, con la debida demostración de culpabilidad (artículo 15)...” Sala Constitucional, NO 3397-96, de las 11:51 h del 5 de julio de 1996; en igual sentido N° 3612-96, de las 14:39 h del 16 de junio de 1996.

40 Para Cillero Bruñol “el principio permite ‘arbitrar’ conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al ‘interés superior del niño’. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos ‘a menos que el/o se considere contrario al interés superior del niño’, en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos sobre derechos igualmente reconocidos” CILLERO BRUÑOL, M., El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Infancia, ley y democracia en América Latina. Prefacio de Luigi Ferrajoli, Buenos Aires: Temis, 1998, p. 81.

es el in dubio pro reo⁴¹. No es cierto que su efectividad esté condicionada a la existencia de “una absoluta coincidencia en la regulación establecida por todos los países obligados”⁴². Debemos recordar aquí, que lo que rige es el principio general que establece: ante la duda en cuanto al respeto de sus derechos o ante la adopción o no de políticas estatales (administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole) siempre debe interpretarse y aplicarse la normativa que más favorezca la protección de la niñez y la adolescencia (arts. 4, 5 y 7 del CNACR) . A modo de ejemplo, la exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia dejó establecido lo anterior cuando señala que para interpretar el “... interés superior del niño se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

*El niño, la niña y el adolescente son personas en condiciones de desarrollo, con derechos exigibles.

*El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a su familia (nuclear o ampliada) y si por causas excepcionales no pueden permanecer con ella, tienen derecho a una familia sustituta en su comunidad y, excepcionalmente, fuera de ella.

*El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a su desarrollo integral, físico,

psíquico y social, para lo cual el adulto, tanto individual como socialmente, se compromete a garantizar tal desarrollo proporcionando las condiciones propicias; además los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra todas las formas de agresión, discriminación y explotación.

*Por “interés superior del niño” debe entenderse aquel que mejor procure al niño, niña y adolescente un ambiente que les permita prepararse para una vida independiente y responsable.

En la formulación y ejecución de políticas, en el acceso a los servicios públicos y en su prestación, se tendrá presente el interés superior del niño, niña, adolescente. Toda acción u omisión en contra de este principio constituye un acto discriminatorio, que viola los derechos fundamentales de esta población”.⁴⁴

La integración como supuesto de interpretación del “interés superior del niño” convierte esta premisa de la Doctrina de la Protección Integral, en el principio rector y base para la aplicación del CNACR.

Con fundamento en este razonamiento, se establece una línea de carácter obligatorio para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social y los órganos

41 En igual sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, de 1997, art. 9 y el Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala, art. 5.

42 Así, MOYA ESCUDERO, M., Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 33.

43 En igual sentido, MOYA ESCUDERO, M., op. cit., p. 34.

44 Proyecto de Ley, Código de la Niñez y la Adolescencia, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, pp. 18-19. En igual sentido, pero referido a la garantía de prioridad, el proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, de 1997, en su artículo 7, inciso c), dispone: “Especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes”.

administrativos. De esta manera el “interés superior del niño”, potencia de manera real y efectiva el respeto integral de los derechos de las personas menores de edad (art. 1 del CNACR). En consecuencia, es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Su incumplimiento conlleva que se establezca a modo de sanción que: “Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población” (art. 4, párrafo segundo del CNACR). Este párrafo debe ser resaltado porque constituye un principio de acatamiento obligatorio del que se infiere que la inobservancia del “interés superior” conlleva la vulneración de una garantía constitucional.

Esto convierte el párrafo segundo del artículo 4 del CNACR -por definición del legislador- en un criterio operativo para determinar cuándo estamos en presencia de un interés difuso.

Del inciso d) del artículo 5 del CNACR, se desprende el segundo, cuando lo define como un supuesto de interpretación que debe ser utilizado para establecer la correspondencia “entre el interés individual y el social”. De este texto se deduce tácitamente el mandato de que, en caso de duda, se debe entender que los derechos de esta población que reúnan la doble condición de individuales y sociales, deben ser tratados como intereses difusos, lo que facilita su defensa o restitución en caso de amenaza o violación.

12. EL INTERÉS SUPERIOR: SU DIMENSIÓN JURÍDICA

Conforme hemos visto, el interés difuso es una alternativa de política jurídica que permite solucionar, de manera general, problemas que afectan a un gran sector de la población. También hemos establecido que el “interés superior del niño y del adolescente” puede ser utilizado como un parámetro de interpretación para individualizar aquellos derechos que puedan ser considerados como intereses difusos⁴⁵.

45 También se ha utilizado en materia penal juvenil como un parámetro de interpretación, véase por ejemplo la siguiente resolución. “El artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece como límites al Juez Penal para dictar la suspensión del proceso a prueba, que se encuentre en algunos de los supuestos que la misma ley establece (art. 132). Tales supuestos necesariamente deberán tener sustento probatorio en expediente, y no constituir meras suposiciones de parte del juzgador. En la resolución del señor actuario, se hace énfasis sobre la impresión diagnóstica de folio 46, de ahí se desprende que en el presente asunto concurren los supuestos de los incisos c) y d) del artículo 132 supracitado. Estos corresponden a la necesidad de establecer las bases necesarias para que el menor tenga acceso a la educación y que las condiciones sociales y familiares en las cuales se desenvuelva permitan deducir, con cierto grado de certeza, que el menor se apartará de la actividad delictiva. Agrega, además, que se suspende el proceso porque así lo exige el interés superior del menor (la negrilla no es del original). El Tribunal no comparte los argumentos del a quo. En efecto “según se desprende del estudio social estamos en presencia de un menor que la mayoría del tiempo permanece ocioso, pertenece a una pandilla de su comunidad, pese a que vive con su familia cuando le parece no llega a dormir y se dedica a deambular por los alrededores (f. 46). Debe recordarse, que la suspensión del proceso a prueba, no es solamente un criterio de eficiencia, que permite de manera larvada descongestionar los tribunales, aunque, pueda tener una marcada orientación economicista (Derecho Económico). Por ello, la mayoría de las legislaciones establecen una serie de condiciones que fungen como límites al poder discrecional del juzgador; entre estos: una mayor participación a la víctima para que pueda controlar el proceso y así hacer valer el interés público que también le asiste en que se le haga justicia. En nuestro caso, le corresponde al Ministerio Público, como representante de los intereses de la colectividad, fiscalizar el respeto de los derechos garantizados constitucionalmente a las víctimas, entre estos a ver satisfechas sus pretensiones. Ciertamente, como lo afirma el a quo, no es necesario que concurren todos los supuestos del artículo 132 para que pueda darse la suspensión del proceso a prueba. Pero tampoco puede olvidarse que, requisito indispensable para que proceda actuar de la forma descrita es que, debe existir respaldo probatorio que justifique el dictado de la resolución. En el presente caso, existe incongruencia entre los elementos de prueba que se citan (impresión diagnóstica) y la fundamentación de la resolución que autoriza al dictado de suspensión del proceso a prueba. En consecuencia, se revoca la resolución recurrida y se ordena la prosecución del procedimiento para la celebración del debate. H TRIBUNAL SUPERIOR PENAL JUVENIL, N° 04-96, a las diez horas del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

En principio, podríamos afirmar que nada se opone a que consideremos ciertas normas consagradas en el CNACR, como intereses difusos. Aunque, ciertamente no todas las garantías que consagra el CNACR pueden ser consideradas difusas, por lo menos cuando se trata de su violación por parte del Estado o de los particulares. Algunos de estos derechos están concebidos para ser reclamados solo individualmente. En otros casos, tal y como ocurre con la salud o la educación, es factible distinguir una dimensión colectiva y una perspectiva individual que es característica del interés difuso. La dimensión colectiva se deriva de la afectación al bien jurídico que le ha sido reconocido a una población específica, como lo es la niñez y la adolescencia, ya sea a nivel rural o urbano o nacional. Esto puede ocurrir por la no creación de mecanismos apropiados para hacer efectivo el derecho a la educación o por simple omisión de implementar o mantener los existentes. Por el contrario, la faceta individual responde al individuo aislado que es afectado en su derecho, por ejemplo, por la decisión del Ministerio de Educación de proceder al cierre de la escuela donde se encuentra matriculado, o por no otorgar las condiciones oportunas para que el educando reciba apropiadamente sus lecciones, etc., lo que implica negarle el acceso a un servicio público; su disminución conlleva una afectación al “interés superior” de esta persona. Estas acciones u omisiones del Ministerio, constituirían, en principio, un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población y susceptibles de ser reclamados acusando la violación del interés superior del menor.

Este tema implica para el operador judicial, analizar el disvalor al que se ve sometido el sujeto titular del derecho con la situación concreta: sanidad, educación, salud, etc. Debe también precisar, si el hecho implica la afectación de un bien colectivo porque afecta un interés que es de todos y para todos los niños que se encuentran en la misma situación.

Esta doble postura colectiva e individual, es lo que caracteriza a los intereses difusos. Esta característica nos permite varias cosas: en primer lugar, por medio del “interés superior” es factible determinar, en el CNACR, aquellos derechos que implican la afectación de un interés difuso. El segundo elemento que se desprende es que la legitimación activa está condicionada a su violación, que debe reunir la peculiaridad de ser individual y colectiva. Como tercer supuesto, la sentencia que se dicte como consecuencia de la afectación del “interés superior”, no solo será aplicable al caso concreto sometido al juez, sino tendrá valor vinculante a favor del resto de la población infantil. Si aceptamos como válido lo expuesto, este concepto se constituye, junto a los derechos fundamentales y humanos, en el otro criterio jurídico que nos permite identificar los intereses difusos.

Así se desprende también de la exposición de motivos cuando indica la necesidad de establecer “... una línea de acción de carácter obligatoria para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos...

y el deber de encontrar en este principio (el interés superior del niño) el límite a su discrecionalidad en la toma de decisiones con respecto a la niñez y la adolescencia” (los paréntesis no son del original)⁴⁶.

Debemos señalar que los intereses difusos se desprenden, por vía de interpretación, del Código de la Niñez y la Adolescencia, al garantizar el respeto de los “derechos humanos” y “fundamentales”. De esta manera se convierten en instrumentos operativos, desde la óptica de los derechos de la población menor de edad. Esto es así porque, a grosso modo, ambos tienen la peculiaridad de un doble carácter. En primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a los menores de edad en sentido estricto, sino en cuanto garantizan una determinada protección individual.

Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y social. En consecuencia, es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de estos derechos. Su incumplimiento es sancionado como un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

Lo expuesto merece una consideración adicional. No desconocemos que la mayoría de

las constituciones o convenios internacionales sobre la protección de los niños, convierten en operativos una serie de derechos (salud, cultura, ambiente, etc.), que en sí mismos no son intereses difusos. Es decir, el texto de derechos humanos, o la Constitución, en nuestro caso, no reconoce intereses difusos, sino derechos que pueden originar dichos intereses. Se trata de derechos derivados que pueden ser individuales o de naturaleza social, que es por donde se define al interés difuso. Es así que podemos hablar de interés difuso en cuanto la legitimación está inicialmente indeterminada. Esta situación se presenta porque, en algunas situaciones, el interés pertenece en estado de indivisibilidad a toda la comunidad, como la prestación deficiente del servicio público educación al grupo “A”, de la escuela “Z”. En este caso, debido a lo impreciso del daño que le causa el maestro a esos pequeños, las lesiones son casi insignificantes (desde la óptica del derecho económico como incentivo para litigar), por lo que la iniciación del proceso a petición de uno de los padres afectados es una posibilidad casi remota. No obstante, indudablemente su tutela deviene en esencial desde el punto de vista social, por lo que es factible que esas situaciones sean tuteladas judicialmente, lo cual sería posible si aceptamos que estamos en presencia de un interés difuso.

El “interés superior” del niño, niña y adolescente surge como un parámetro de interpretación que convierte esta premisa de la Doctrina de la Protección Integral, en el principio rector y base para establecer los criterios que

46 Proyecto de Ley, Código de la Niñez y la Adolescencia, exposición de motivos, UNICEF-Defensoría de los Habitantes, 1997, pp. 17- 18.

permiten identificar las violaciones que son susceptibles de reclamo bajo los supuestos del interés difuso en el CNACR. Ciertamente, representa toda una innovación reconocerle derechos a los niños como consecuencia de una situación de hecho, como el pertenecer a un grupo, una comunidad o clase sin necesidad de que medie entre ellos un vínculo jurídico determinado. Pero también debe sopesarse que ellos son los más perjudicados por situaciones de hecho, en algunos casos, con un marcado carácter socioeconómico con relevancia jurídica. En consecuencia, le corresponde al Estado Social de Derecho establecer las vías menos complejas y más expeditas para defenderlos oportunamente⁴⁷.

12.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ABORDAJE JUDICIAL⁴⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce al menor, derechos sociales, civiles y políticos. Dentro de ese contexto les permite a los menores adquirir su plenitud como sujetos de derecho, dentro de un nuevo modelo de libertad y protección integral, sustentado en el interés superior del menor.

El propósito de este nuevo paradigma fijado en la Convención es lograr la incorporación del menor al medio social en el cual se desarrolla, con francas posibilidades de alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso material. Los principales obligados en procurar ese desarrollo integral de la persona menor de edad, son los padres o encargados (art. 7 del C.N.A.). Pero es el Estado el que debe

adoptar las medidas administrativas, legales, presupuestarias y de cualquier naturaleza, a los fines de hacer efectivos esos derechos (art. 4 del C.N.A.). Esta protección integrada de los niños, niñas y adolescentes, se pone de manifiesto en tanto se reconozca el interés superior que a ellos les asiste en todas las actividades de su vida personal y comunitaria.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece como parámetros para la determinación del interés superior del menor los siguientes: a) su condición de sujeto de derechos; b) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; c) las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve y d) la correspondencia entre interés individual e interés social (art. 5 del C.N.A.). Para establecer, en cada caso concreto, cuál es o debe ser el interés superior del menor, la ley recomienda el asesoramiento de un equipo multidisciplinario (art. 112, in fine del C.N.A.). Es más, este principio rige también para los casos en que deba dirimirse cuál es la norma más favorable, en particulares circunstancias de conflicto o de duda en la interpretación normativa (art. 9 del C.N.A.).

La jurisprudencia constitucional y penal paulatinamente ha ido perfilando ese principio en casos conflictivos muy puntuales. Expresamos supra que en lo atinente al derecho de abstención a declarar, no está claramente resuelta la situación del menor cuando deba deponer en la causa y no tenga la capacidad para apreciar la conveniencia o

47 Armijo Sancho, Gilbert, La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica, Unicef, 1998.

48 Carlos Luis Redondo Gutiérrez, artículo, "Niñez y adolescencia como víctimas y justicia penal". 2001.

no de su testimonio, en el caso que el acusado sea su pariente en los grados establecidos en el artículo 36 constitucional. Entendemos que en este caso debe prevalecer el interés superior del menor, y aun cuando le pueda asistir el derecho de abstención, deberá hacerlo porque no está en capacidad de discernir acerca de los alcances de su acto testifical. Y como lo que está en juego es su desarrollo integral, la cohesión familiar habrá de ceder ante el interés superior del menor. Sobre el particular, hacíamos mención que la familia, en cuanto grupo, no es sujeto jurídico y, por tanto, no es potencialmente destinataria de intereses jurídicos. Más bien cuando se trata de los intereses de la familia es respecto de las particulares situaciones jurídicas de los componentes del grupo familiar (cfr. Pérez, Revista de Ciencias Jurídicas N° 27, pág. 125). La Sala Constitucional dispuso, en relación con este asunto, que: “en toda situación en la que se encuentre involucrado un menor, los intereses de éste deben prevalecer sobre los demás y ese es el norte que ha de guiar las actuaciones de las autoridades públicas y del Estado en general”. (Voto 5543- 97 de 12 de setiembre de 1997).

Es indudable que la atención al interés superior del niño obliga a satisfacerle completamente sus derechos. Es un principio de corte constitucional, vinculante para todas las autoridades, judiciales o administrativas. Antes de la Convención se estimaba que la noción de ese interés era prácticamente particular, algo que estaba más allá del derecho. No obstante, es claro que conforme a ese texto

internacional la visión del interés superior es distinta y debe ser apreciada en conjunto con los derechos humanos. Constituye un límite a la discrecionalidad de las autoridades y es de carácter imperativo para todas estas, incluyendo, desde luego, las jurisdiccionales. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo expresó con claridad meridiana, cuando dijo: “Así, entonces, es obligatorio para todos los tribunales en cuyas sedes se conozcan asuntos en los que directa o indirectamente participen menores, que en sus resoluciones se atienda el interés superior del niño”. (Voto N° 327 -F-94 de las 14:30 horas del 29 de agosto de 1994). Nuestra percepción es que el acceso a la justicia y el tratamiento que se le da al menor en sede penal, siguen siendo deficitarios en nuestro medio. No tiene, como los adultos, la misma facilidad de incursionar con la denuncia de hechos que le perjudica, ni la amplitud de trato cuando acude ante el estrado en demanda de justicia, o simplemente a referir un hecho que conoce.

La concepción acerca del interés superior es diferente ahora, pues el principio hay que conceptualizarlo dentro de un marco de referibilidad distinto, adosado por un cúmulo de facultades que posibilitan neutralizar el abuso de poder y el excesivo paternalismo que tradicionalmente ha imperado en la regulación de temas relacionados con la infancia. El sistema de justicia penal debe ser consecuente con esos fines. El operador debe ser consciente de que frente a él tiene una víctima igual a cualquier otro ser humano, con debilidades y fortalezas, además con necesidades que

deben ser satisfechas de forma imperiosa. La respuesta debe ser oportuna y eficaz, sin límites ni cortapisas.

Las interpretaciones judiciales también deben corresponder a ese interés, en forma clara y precisa, evitando elucubraciones innecesarias que simplemente provocan la postergación del conflicto, sin dar una respuesta oportuna y adecuada, de manera que no conduzca a una evidente negación de justicia para el menor.

Entonces, dos aspectos importantes surgen del principio de interés superior. Uno es su característica hermenéutica asignada por el artículo 3 de la Convención. Los derechos del niño deben interpretarse sistemáticamente porque en su contexto se garantiza la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor. Otro es que facilita la solución de conflictos jurídicos, pues a él hay que remitirse para ponderar los derechos encontrados. Desde luego, en esa apreciación es factible se dé el uso abusivo del principio, que, para soslayarlo, es preciso atender el principio de la reserva judicial y la exigencia de acudir al interés superior solo cuando el conjunto de derechos no permita resolver el diferendum.

13. EL ESTADO Y LA PUGNA DE INTERESES

El Derecho de Menores comienza con el reconocimiento de los derechos del niño, que el Estado garantiza.

El siglo xx, llamado por Ellen Key “el siglo de los niños”, marca la proclamación y el reconocimiento por todas las naciones jurídicamente organizadas de los derechos del niño.

El Derecho de Menores se forma y desarrolla como un Derecho nuevo, en el que “el menor es el sujeto prevalente del Derecho”.

El eminente jurista brasileño Levi Carneiro sostuvo que “...los niños tienen derechos a los que no corresponden deberes de su parte, porque el interés social se definió precisamente en el sentido de reconocerles derechos que toda sociedad se empeña en proteger”. Muchas constituciones americanas han institucionalizado los derechos del niño y de la familia, garantizados los mismos por el Estado; la legislación especial ha reglamentado esos derechos. Sin embargo, evolutivamente el Derecho de Menores nació de la necesidad de segregar a los menores del ámbito del Derecho penal, ya superado históricamente, y en razón de una exigencia eminentemente tuitiva y de cooperación, en cuanto a su naturaleza jurídica, que la diferencia de las demás ramas de la ciencia del Derecho.

Este nuevo Derecho sustrae al menor de ese Derecho penal retributivo que marcha hacia su ocaso en ese mundo que se transforma en los planos sociales, económicos, jurídicos, como consecuencia del progreso científico, tecnológico y del humanismo.

El ilustre profesor Pedro Dorado Montero

vislumbró esta transformación en el campo del Derecho penal: "... La juventud delincuente jamás debe ser castigada, sino siempre protegida, bien haya mediado culpa por parte de ella, bien no; y por consecuencia, para tal clase de personas, las penas no tienen sentido y huelgan absolutamente".

14. PROYECCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE MENORES⁴⁹

14.1 La interacción y el interés superior

Se debe señalar que la tendencia actual en la comunidad internacional consiste en la integración del Derecho vigente. La clásica división entre Derecho interno y Derecho internacional como dos ordenamientos diferentes, ya para muchos autores, caduca de adaptabilidad en las postrimerías del siglo xx.

La tesis más avanzada de la teoría del Derecho de Menores, es la de no hablar a esta altura del desarrollo histórico de un Derecho privado o de un Derecho internacional público de menores, sino de un Derecho internacional de menores y en lo atinente a las materias propias de este Derecho; aunque resulte difícil llegar a un consenso o conciliar criterios sobre el contenido de uno y otro Derecho de Menores y de familia. De todas formas, la Convención sobre Derechos del Niño es el faro luminoso para superar las zonas grises sobre esta temática conflictiva.

La protección integral de los derechos

de los menores y su interés superior, en especial, la satisfacción de sus necesidades subjetivas, de su derecho a la vida, a recibir la alimentos, a tener desarrollo en su medio social y contar con una familia, una identidad, a no ser explotado en ninguna forma, venta, traslados indebidos recibiendo un tratamiento inicuo o bien el problema de cualquier tipo de situación irregular, ha provocado y provoca la frecuente internacionalización y el correlativo surgimiento de cuestiones vinculadas al Derecho internacional de la minoridad y de la familia.

Planteos cada vez más comunes entre países americanos y con países europeos, donde un significativo número de familias no regularmente constituidas, unidas al fenómeno de fuerte migración intra y extra regional, incrementan el surgimiento de tales situaciones, aun no adecuadamente atendidas por la vigente normativa continental⁵⁰.

Es conveniente y necesario que se suscriba y ratifique una convención interamericana sobre tan delicadas materias, pues están en juego derechos sustanciales de los menores; ello consolidaría instrumental y operativamente la Convención sobre los Derechos del Niño.

15. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL DE COSTA RICA

Además de los principios constitucionales vinculantes lógicamente para toda manifestación

49 Rafael Sajón, Derecho de Menores, edit Temis, Bogotá, 1990

50 Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos, Derecho Internacional Privado de Familia y Minoridad, Prestación Internacional de Alimentos, Restitución Internacional de Menores, Bases para las Convenciones Interamericanas. Dr. Eduardo Tellechea, Bergman, Montevideo, 1988.

de derecho adjetivo o formal, como son el de Juicio previo, Inocencia, Juez imparcial, “Non bis in idem”, Inviolabilidad de la defensa; y de los principios procesales igualmente válidos como son la Oficialidad, Legalidad, Verdad material, Oralidad, Publicidad, Inmediación, Concentración, Continuidad, Comunidad, Fundamentación, “In dubio pro reo” y Defensa técnica, entre los más perceptibles, contenidos en la Jurisdicción Penal Juvenil aparecen como característicos, algunos principios muy “sui generis”, propios de la Ley Penal Juvenil, a partir de la observancia de toda la normativa internacional ya comentada.

15.1 PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCESO PENAL JUVENIL⁵¹

Tradicionalmente, el tema relativo a la justicia penal de personas menores de edad ha sido residual. Inicialmente los niños y jóvenes infractores eran ubicados en los mismos centros penales de adultos y bajo las mismas condiciones. Posteriormente se fue modificando esta institución hasta llegar a un derecho tutelar de menores. En este estadio, el juez, “como buen padre”, prácticamente no tenía límites a su quehacer; en nombre del menor se cometieron innumerables injusticias. El desarrollo del derecho ha permitido el establecimiento de principios mínimos que sirvan de norte y límite en la función de los operadores de esta especialidad. Tanto es así que en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil se ha establecido la instauración de ciertos principios rectores de la ley de justicia penal de menores.

En tal sentido, el artículo 7 *ibidem* establece que:

“Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior; el respeto de sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho”.

Es a partir de este enunciado que se han mencionado como principios específicos del derecho penal juvenil, la protección integral y el interés superior. En cuanto a estos conceptos, a nivel nacional ha existido confusión en cuanto a su contenido y alcance, incluso se ha llegado a afirmar que existe una preponderancia de la condición de persona menor de edad sobre otras personas.

La protección integral implica el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la firma de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño:

“(...)a través del cual los países signatarios se comprometen a: 1. Adoptar medidas educativas para esa efectividad de la Convención; 2. Adoptar medidas sociales para lo mismo; 3. Adoptar medidas administrativas en la misma dirección; 4. Adoptar medidas legislativas”.⁵²

“Es absolutamente importante adoptar una

⁵¹ Mayra Campos y Omar Vargas. La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica, San José, Edit Guilá, 1999.

⁵² Seda, Edson. El Interés Superior del Adolescente y los Derechos de la Víctimas. Conferencia dada en el Seminario “Ley de Justicia Penal Juvenil: Segundo año de vigencia”. 19 y 20 de agosto de 1998, pág.3.

política pública de educación (información correcta sobre la materia a todos los sectores de la población para el cambio histórico de la percepción del problema y sus posibles soluciones) y de movilización (que es el ámbito social a que se refiere la Convención) para que personas, instituciones, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en general tengan como suyo el problema y se involucren en cumplir roles que lleven a las soluciones pertinentes en cada momento histórico. La experiencia histórica indica que basta intentar hacer eso con seriedad y competencia que aparecen personas, organizaciones, instituciones, comunidades dispuestas a trabajar por el mejoramiento del ser humano en la sociedad en que viven (...)"⁵³

Otro principio es el denominado interés superior del menor. Para unas personas es un cheque en blanco -resabio de la doctrina de la situación irregular-, que se puede llenar discrecionalmente según las circunstancias concretas; sin embargo, como lo indica Edson Seda, el mismo:

"(...) no significa, como a muchos les parece, que el interés de un niño (o de una adolescente) sea superior al interés de las otras personas a su entorno o en su situación (...) en los términos de la Convención, se debe buscar siempre, dentro los muchos intereses que se encuentran en juego en cada situación, aquel que atienda a su mejor o superior interés (...) en los casos en que adolescentes son victimarios, tanto él

como sus víctimas tienen derecho a que se atiendan sus respectivos intereses. Ambos son ciudadanos (...) Atender al más alto interés de un ciudadano significa tener siempre en cuenta los intereses del bien común, el interés de los otros con los cuales se convive (...)"⁵⁴

Sobre este tema en particular, Francisco Dall' Anese considera que se presenta una controversia. En ese sentido manifiesta:

"(...) de una parte el interés en el descubrimiento de la verdad y la realización del ius puniendi, de otra el interés superior del menor de edad que implica el juzgamiento del hecho histórico sin prescindir de la valoración de su personalidad. No se trata de una vuelta al sistema tutelar; sino de un derecho penal de hecho en el que priva el principio de culpabilidad, pero sin caer en el extremo mecanicista de interrumpir en nombre de la ley el proceso de recuperación del menor: ante el conflicto entre el ius puniendi y el interés del menor; aquél ha de ceder(...)"⁵⁵.

Doctrinariamente se han determinado diversas categorías de principios atinentes a las personas menores de edad. Dentro de ellas se pueden citar⁵⁶ los principios protectores de la libertad, los principios sustantivos, los principios procesales y los principios sobre la ejecución de la sanción.

53 Ibid. pág.4

54 Ibid. pág. 7

55 Dall' Anese, Francisco. El proceso penal juvenil costarricense: principios y alternativas a la justicia. Trabajo en proceso de publicación (UNICEF). 1998. pág.8

56 Sobre el tema, véase ampliamente: Maxera (Rita). La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales. El caso de Costa Rica, en la condición jurídica de la infancia en América Latina, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1992, pág. 191ss; Tiffer (Carlos). Exposición de motivos, Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil, Asamblea Legislativa, 1996; Baratta (Alessandro). Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. En: La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad. Editorial Hombrés de Maíz, Colección Desarrollo Humano, San Salvador, 1995, págs. 47 a 63.

EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR”:

¿Concepto Vacío o “Cajón de Sastre” del Derecho Penal Juvenil?

Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil *

Gustavo Chan Mora**

Introducción

En la práctica cotidiana del sistema de justicia penal juvenil, así como en la reflexión teórica, frecuentemente se recurre al principio del “interés superior” para justificar las actuaciones y decisiones de la Policía, del Ministerio Público, de los Juzgados e incluso de las Autoridades Penitenciarias, respecto de lo niños y jóvenes sometidos al control punitivo del Estado.

Pero basta con que se lance una pregunta al aire para que el panorama se torne un tanto “nebuloso” e incierto: ¿Cuál es la naturaleza y contenido del principio de Interés Superior, tantas veces y por tantos sujetos utilizado?¹

La principal característica en el manejo o utilización del “interés superior”, bien podría ser descrita mediante la imagen de la “Torre de Babel”, con lo cual se quiere indicar que al emplear el principio es posible que cada uno “pronuncie” (o piense en) algo distinto, incomprensible para el otro.

Pero más grave aún, podría ser que muchos se crean el engaño de que al emplear

el principio en cuestión se utiliza un lenguaje común, un significado uniforme y comprensible para todos, cuando en realidad cada uno de los interlocutores del sistema penal juvenil le asigna un significado diverso, indeterminado o simplemente utiliza una mera “etiqueta” carente de contenido.

Con esto se quiere decir entonces, que el empleo del “interés superior”, como insumo para la legitimación de las actuaciones del poder punitivo desplegado sobre los jóvenes, puede basarse en la trampa de las formas carentes de contenido, en que se le emplea como mero recurso emotivo-ideológico para justificar cualquier acción represiva; o bien, en la trampa del “cajón de sastre”, en cuyo caso se “mete de todo” en el concepto, también para que sea utilizado según convenga.

Tal manera de proceder atenta contra el principio de seguridad jurídica, y, como corolario, torna difusos los límites que se deben imponer al ejercicio del poder penal cuando es desplegado específicamente respecto de este sector de la población.

* Publicado en: AAVV. “Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo”, San José, editorial Jurídica Continental, 2007.

** El autor es Licenciado en Derecho, Master en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Doctorando en Derecho Penal y Sociología Jurídica en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Francfort del Meno, República Federal Alemana. Ha sido defensor público en materia penal y penal juvenil, letrado de la Sala Tercera de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, profesor de Derecho Penal General en la Universidad de Costa Rica, de Teoría de la Sanción Penal en el Postgrado en Administración de Justicia en la Universidad Nacional y docente de la Escuela Judicial, así como consultor internacional.

¹ Así por ejemplo, en el contexto del Aula Iberoamericana sobre Justicia Penal Juvenil (organizada por la Cooperación Española en Octubre de 2004 en Cartagena de Indias, Colombia) todos y cada uno de los expositores españoles y de igual manera los participantes de los diversos países de Latinoamérica que intervenían, se apoyaban y utilizaban profusamente el “principio de interés superior” para sus tentar y dar “fuerza” a sus exposiciones y argumentos. Sin embargo, cuando formulé la pregunta de que entendía cada uno por “interés superior” (algo básico para saber si hablábamos de lo mismo o de cosas diversas), el resultado fue que, o bien no se sabía cual era su contenido, o cada uno respondía desde su particular perspectiva como juez, fiscal, defensor, o incluso como psicólogo del sistema penitenciario. Al final, lo único que quedó en claro al respecto fue que nadie tenía en claro en que consistía el principio en cuestión y que cada quien lo utilizaba para darle fuerza emotiva a sus posiciones.

Por estas razones, para contrarrestar las tendencias antes descritas, se debe realizar un esfuerzo de precisión conceptual general, que permita que el principio en estudio sea utilizado de manera uniforme, como una garantía especializada de los derechos fundamentales de la clientela seleccionada por el Sistema de Justicia Penal Juvenil.

Debe aclararse previamente, que dicha precisión conceptual y la propuesta que acá se realiza, se enmarcan dentro de una propuesta mas general, la cual he venido realizando para la especialización del derecho penal juvenil material, mas concretamente de las categorías de análisis de la teoría del delito, y dentro de esta, particularmente del concepto de culpabilidad².

De manera muy general procede indicar que se parte de la idea de que el principio de igualdad jurídica (y su corolario lógico, de “dar reconocimiento” a lo que es distinto) requiere de una traducción en la teoría del delito y en cada una de sus categorías de análisis.

La existencia de diferencias ónticas, en el “ser” de los jóvenes, tanto a nivel psicológico, como en sus practicas socioculturales y en la manera en que se estructuran las relaciones de poder con los adultos, requiere ser “nombrada” o reconocida en las respectivas categorías de análisis que integran un concepto normativo de culpabilidad, es decir, a nivel de la capacidad de culpabilidad (o “imputabilidad” como usualmente se le ha llamado en nuestro

medio), en el concepto de conocimiento actual o potencial de injusto y del error de prohibición, y finalmente en la categoría de la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

En la actualidad, esas diferencias son ignoradas, o pasadas por alto, ya que para la materia penal juvenil se aplican categorías de análisis de la teoría del delito (y un concepto de culpabilidad, para lo que acá mas interesa) preconcebidas para el derecho penal de adultos. En este proceder, encontramos un contenido discriminatorio, adultocéntrico, porque para la elaboración de dichas categorías de análisis, se ha partido del adulto como modelo de lo humano, a costa de invisibilizar las diferencias a las que se ha hecho referencia.

Pero además de aquellas diferencias ónticas, también existen diferencias deónticas, normativas-valorativas, que se encuentran en el marco de principios jurídicos aplicables para el análisis de las conductas de los jóvenes calificadas como delito. Estas diferencias normativas también requieren ser esclarecidas, evidenciadas y traducidas en el derecho penal juvenil sustantivo, específicamente a nivel del juicio de culpabilidad o juicio de reproche penal juvenil.

El objetivo de este trabajo radica precisamente en desarrollar algunas precisiones en esa última dirección. Con ese fin se desarrollarán 4 ideas concretas:

1. La de que el principio de interés superior tiene una “herencia” o “carga” tutelar, esto con

2 Para el planteamiento inicial de dicha tesis puede verse: CHAN MORA (Gustavo), ¿Desdibujar Sujetos o Derribar los Dogmas? El Desafío de construir un Derecho Penal Sustantivo?, en: Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, #19, 2001. De manera mucho más detallada: CHAN MORA (Gustavo), El Adultocentrismo en la Teoría del Delito y en la Práctica Penal Juvenil. Bases Críticas para un Concepto Penal Juvenil de Culpabilidad, Tesis para optar al título de Magister en Ciencias Penales, San José, Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2003.

el objetivo de diferenciarlo de lo que **ya no es** en la actualidad.

2. La de la naturaleza del principio a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales.

3. Una idea referida al significado del principio de interés superior en el actual contexto normativo, dado primordialmente por la Convención de Derechos del Niño.

4. Finalmente, se expondrá brevemente una propuesta sobre su incidencia en el derecho penal juvenil sustantivo o material, en particular en el análisis de culpabilidad para la medición de la pena, y en el juicio de reproche penal juvenil.

1. La herencia tutelar del concepto: **lo que ya no significa “interés superior”**.

Aunque por regla no es recomendable desentrañar el significado de un concepto o cosa indicando lo que no es, emprenderé esta tarea con un ejercicio de definición negativa. En este caso, se considera justificado el procedimiento, porque permite una recuperación histórica con la que se puede hacer patente el empleo que tuvo, y que en mucho tiene todavía, el principio en estudio como instrumento teórico

conceptual para la dominación y restricción autoritaria de los derechos fundamentales de los jóvenes. Con esa recuperación se deja en claro además, lo que “ya no debe seguir siendo”, o la manera en que no debe seguirse entendiendo ese principio.

Desentrañar el significado del principio de interés superior no es tarea fácil pues su contenido es ambiguo³. Quizá una de la mayores dificultades para lograr tal objetivo radica en que el principio ya existía para el castigo de los jóvenes en el modelo tutelar o de la situación irregular⁴.

No obstante, superado ese modelo con el actual sistema penal juvenil garantista, el primer dato con el que contamos para dilucidar el significado actual del principio, precisamente está dado por la premisa de que dicho significado debe ser diferente, y más aún, radicalmente opuesto al que existía con el modelo tutelar o de la situación irregular.

En el contexto del modelo tutelar, el significado del interés superior⁵ se construyó a partir de la idea de que al niño y al joven había que “salvarlos”, del abandono social o del delito (aspectos cuya determinación era indiferente), e inclusive de sí mismos, asegurando sus necesidades básicas, fundamentalmente

3 Para una síntesis sobre el diverso significado del principio a través de la historia en el derecho comparado, véase: ALSTON (Philip) y GILMOUR WALSH (Bridget), El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, Buenos Aires, UNICEF, 2ª edición, 2002, pp.12-17; CILLERO BRUÑOL (Miguel), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: AAVV, Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, editorial Temis-Depalma, 1ª edición, 1998, pp.75-80.

4 Así CILLERO BRUÑOL (Miguel), El interés superior del niño en el marco..., Op.Cit., pp.75-80; LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Interés superior del niño, protección integral y garantismo, en: La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica, San José, Unicef-Ilanud-Comunidad Europea, p.5

5 Para una síntesis del significado del “interés superior” en el contexto del modelo tutelar o de la situación irregular, véase: LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Interés superior..., Op.Cit., pp.4-8.

mediante el encierro en lugares que eran una simbiosis entre la institución de asistencia social y la cárcel.

Para implementar el encierro, eufemísticamente se le presentaba como una “ayuda” (un castigo disfrazado de asistencia social, una asistencia social con la que se castigaba la pobreza como si fuera delito) y como tal, se prescindía de cualquier verificación previa de que el niño o joven hubiera cometido un delito en sentido jurídico, así como del aseguramiento de cualquier otra garantía penal, procesal o material.

Interés superior significaba en aquel contexto, aseguramiento de las necesidades básicas del joven (sobre todo, techo, vestido y alimento), **mediante su encierro arbitrario** (obviando las garantías procesales y de fondo) **para la “resocialización”,** (entendida bien como la reconfiguración moral del joven desde los requerimientos de la sociedad, o como su “cura” mediante el “tratamiento”), **a costa de**

una restricción de derechos fundamentales absolutamente arbitraria y mucho más gravosa que la que podía implementarse en el caso de los adultos sometidos al sistema penal⁶.

En síntesis, se puede decir que en el modelo tutelar, el interés superior significaba **aseguramiento de ciertas necesidades básicas (tan básicas como comida, vestido y techo) mediante el encierro y la vulneración de derechos fundamentales. En ese contexto, el interés superior servía como recurso teórico conceptual para justificar la violación de derechos fundamentales, y no para asegurar su eficacia, ni para imponer ciertas reglas o límites al Estado para su restricción.**

Como señala de manera inobjetable el profesor LUIGI FERRAJOLI:

“El tradicional paradigma paternalista del derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre

6 El ejemplo paradigmático en este sentido es el del caso GAULT. En éste al joven Gerard Gault de 15 años de edad le fue impuesta una privación de libertad de 6 años de duración, por el hecho de haber realizado una llamada obscena a una vecina, hecho por el cual a un adulto se le hubiera impuesto una simple pena de multa. Dicha privación de libertad fue dictada sin evidencia de que los hechos hubieran acontecido, sin testigos, negando la asistencia jurídica al joven acusado, y basándose en una supuesta confesión de su parte, sin que se le comunicara previamente el derecho de abstención. La “medida” se basaba en la aberrante justificación de que se imponía para “salvar” o “proteger” al joven. Planteado el caso ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos se dio uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido de que el sistema de tribunales de menores violaba las garantías constitucionales del Due Process of Law, o del debido proceso. Al respecto: PLATT (Anthony), Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia, México D.F., Editorial Siglo Veintiuno, 1ª edición, 1982, pp. 173-176; CORTES MORALES (Julio), “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente”, en: AAVV, Justicia y Derechos del Niño, Número 1, Santiago de Chile, UNICEF-Ministerio de Justicia, 1999, pp. 68-70.

Debe indicarse, que no obstante la existencia de este pronunciamiento y de otros posteriores (por ejemplo los casos WINSHIP y BREED) en los que se extendía la vigencia de los derechos y garantías constitucionales para el juzgamiento de niños y jóvenes, lo cierto es que el modelo penal juvenil estadounidense sigue siendo el más claro y aberrante ejemplo de un modelo hiper-represivo y autoritario, lo cual se evidencia por ejemplo, en la aplicación, hasta hace muy poco tiempo, de la pena de muerte a jóvenes, en su tratamiento judicial como adultos, y en la negativa del gobierno estadounidense para suscribir y ratificar la Convención sobre Derecho del Niño. Se trata, en síntesis, del más claro ejemplo de lo que no se debe hacer para la construcción de un sistema de justicia penal juvenil democrático.

*consignado a un supuesto poder ‘bueno’ que invariablemente actuaría en el ‘interés superior del menor’. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimado los peores abusos y arbitrariedades”*⁷.

En este punto, se debe realizar una observación, directamente ligada a los objetivos de este trabajo: tal uso del principio generaba serias consecuencias en cuanto a las garantías del derecho penal de fondo, ya que el principio de interés superior **era uno de los recursos teórico-conceptuales utilizados en el modelo tutelar para evadir el análisis de culpabilidad, y las restricciones que este impone tanto para la “fundamentación jurídica”, como para “la medición de la pena”**⁸.

Gracias a la utilización del “interés superior” se prescindía del principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), en dos dimensiones:

a. Para la fijación o medición de la duración del encierro. En esa línea se alegaba que las “medidas” impuestas al niño o joven por el juez tutelar, buscaban procurarles un “bien”, para lograr su interés superior y como tales,

no podían ser entendidas como penas. Como lo que se imponía no era un “mal”, no era una pena, sino un “bien”, consecuentemente se afirmaba que se podía prescindir del principio de culpabilidad como límite a la gravedad o duración de la “medida” impuesta. En realidad como puede apreciarse fácilmente, sí se imponían penas, en tanto se trataba de restricciones de derechos fundamentales en virtud de una sentencia final (generalmente con un objetivo de resocialización máxima, de reconfiguración “moral” del sujeto), pero ocultadas bajo un eufemismo.

b. De igual manera se renunciaba al análisis de culpabilidad para la fundamentación jurídica de fondo, porque si la “medida” a imponer era en “interés superior” del joven, y no una pena, entonces se entendía que ningún análisis desde la teoría del delito era necesario. Visto este enfoque (según el cual lo que se imponía “no era una pena”), en correlación con aquella presunción, frecuentemente presente, de que los niños y jóvenes eran inimputables, se comprende mejor por qué decaía de manera absoluta la utilización del concepto de culpabilidad (acá entendido como elemento estructural del delito) pues no se requería dicho análisis para quienes, se presumía de manera absoluta,

⁷ FERRAJOLI (Luigi), Prefacio de Infancia, Ley y Democracia..., Op.Cit., p.XIII.

⁸ Desde ya debe distinguirse que con la “culpabilidad para la fundamentación de la pena”, se analiza el problema de si procede o no la pena. Para responder si procede o no la pena resulta esencial un análisis desde los elementos estructurales de la culpabilidad como componente del delito. Es a partir de estos elementos que se realiza la conexión personal del injusto penal (la acción típica y antijurídica) con el autor (de acuerdo a su capacidad de culpabilidad o imputabilidad, a su conocimiento actual o potencial de injusto y a la exigibilidad o inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho); un análisis que se realiza desde la teoría del delito. Con la “culpabilidad para la medición de la pena” por su parte, se enfrenta el problema de fijar judicialmente el quantum de la pena, partiendo de la premisa básica de que la pena no debe rebasar el marco fijado por la gravedad de la culpabilidad. En la culpabilidad para la medición, se analiza por ejemplo, la gravedad del resultado lesivo o el daño ocasionado, para cuantificar la culpabilidad y así fijar judicialmente la pena a imponer. Este análisis, a diferencia del anterior, pertenece a la teoría de la fijación o de la medición de la sanción penal. Así: ROXIN (Claus), Derecho Penal. Parte General, Madrid, editorial Civitas, 1ª edición, 1997, p.814; CHOCLÁN MONTALVO (José Antonio), Culpabilidad y Pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño, San Salvador, Corte Suprema de Justicia-Cooperación Española, 1ª edición, 1999, pp.5-8, 189-209.

carecían de capacidad de culpabilidad. Con el niño y el joven presumidos inimputables, no había por qué determinar en concreto su culpabilidad (imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento actual o potencial de injusto y exigibilidad o inexigibilidad de su comportamiento conforme a derecho), y en todo caso, por esa misma razón no se les podía formular un juicio de desaprobación o reproche. Solamente se les podía procurar su “interés superior” imponiéndoles “medidas de protección”.

De esta manera, en el modelo tutelar, el significado que se le concedía al principio de interés superior lo convertía en un instrumento idóneo para anular el principio de culpabilidad en las dos acepciones antes mencionadas.

Podemos decir por ahora, que visto el significado del interés superior en el modelo tutelar, y su incidencia para la anulación de la culpabilidad como límite a la potestad punitiva del Estado desplegada respecto de jóvenes, esto nos aporta una “definición negativa”, de lo que “ya no es”, o más bien, de lo que “ya no debería ser” el significado del interés superior, y de la manera en que no debe incidir sobre la culpabilidad en el contexto de un sistema penal juvenil garantista.

De todo ello se deben rescatar entonces las siguientes ideas:

a. El interés superior ya no puede, ni debe ser, el recurso teórico normativo para justificar violaciones a los derechos fundamentales de

los niños y jóvenes⁹.

b. De manera contrapuesta, ya que el principio era utilizado para excluir garantías del derecho penal de fondo, ahora debe ser utilizado para lograr alguna especialización en cuanto a esas garantías de derecho penal material, y en específico respecto del análisis de culpabilidad en todas las acepciones que esta posee. Dicho en otros términos, **si con el modelo tutelar el principio de interés superior servía para “disolver” cualquier análisis de culpabilidad, actualmente debe ser el pilar o la base para realizar un análisis de culpabilidad especializado para el derecho penal juvenil, tanto para la “fundamentación jurídica de fondo” (como categoría de análisis del concepto técnico de delito), como para la medición o fijación de la sanción.**

Claramente, con esta última afirmación **ya se supera la idea extendida de manera latente entre muchos operadores judiciales y aun entre algunos teóricos del derecho penal juvenil, de que el principio de interés superior solo incide en aspectos procesales.** Conviene desde luego, justificar esta afirmación aclarando la naturaleza del principio. Para ello es necesario realizar un breve excursus, en el que desde la teoría de los derechos fundamentales se realice una diferenciación de conceptos claves al efecto.

2. Precisiones sobre la naturaleza del principio de interés superior a partir de los conceptos de “derecho fundamental” y de

⁹ Como afirma LLOBET, un aspecto fundamental de la nueva concepción propia de la doctrina de la protección integral sería que: “...ni el principio de interés superior del niño, ni el de protección integral de este pueden servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del niño más allá de las establecidas con respecto a los mayores”. Véase: LLOBET RODRÍGUEZ, Interés superior ..., en: Op. Cit., p.8.

“garantía” formulados desde la teoría de los derechos fundamentales.

Como es bien sabido, el Estado y los entes que desarrollan su función punitiva pueden imponer limitaciones a los derechos fundamentales de las personas, pero para el ejercicio de esa potestad existen ciertos “requisitos” o garantías establecidas, que actúan en protección de las personas, para que esa limitación de derechos fundamentales no se realice de cualquier manera o de forma arbitraria.

Desde la teoría de los derechos fundamentales se han construido una serie de “barreras” o límites a la potestad del Estado de restringir los derechos fundamentales, así como para lograr la protección preventiva o la reparación de esos derechos.

Debe aclararse por ello, que los conceptos de derecho fundamental y garantía no son coincidentes, y que poseen un diverso significado¹⁰. La garantía se encuentra en una relación de medio a fin con el derecho fundamental. Es el medio para lograr la vigencia o eficacia, y para obtener la reparación de los derechos fundamentales. Por otra parte, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Debe entenderse como garantía, aquel medio existente para lograr la eficacia de los derechos fundamentales. Estos instrumentos o medios para lograr la eficacia y protección de los derechos fundamentales **pueden tener un carácter normativo o conceptual, o bien, pueden ser instrumentos procesales concretos** (garantías jurisdiccionales) y se han construido de manera general, es decir a favor de todas las personas y de sus derechos fundamentales, como instrumentos que se interponen, regulan y condicionan las limitaciones que puede imponer el Estado respecto de esos derechos.

A través de las denominadas **garantías conceptuales o normativas**, se busca limitar la potestad punitiva del Estado, restringir e imponer ciertos requisitos para que este pueda afectar un derecho fundamental, y con ello se busca mantener una esfera de autonomía o libertad intangible para las personas. Se trata de requisitos generales, establecidos para “... que los poderes públicos tengan que actuar de una manera determinada siempre que lo que esté en juego sea un derecho, deber o libertad constitucionalmente reconocido”¹¹

Como formulaciones normativas, o de principio, deben inspirar cualquier actuación de las autoridades respecto de los derechos fundamentales, pero no necesariamente tienen una mención directa en normas

¹⁰ Esta distinción se hace necesaria tomando en cuenta la confusión que a través de la historia nacional se ha dado entre ambos términos, tanto en la doctrina, como en el tratamiento normativo realizado respecto de ambos conceptos. La Constitución Federal Centroamericana, por ejemplo empleó el concepto de “garantías de libertad individual” para denominar más bien al catálogo de derechos proclamados en ella. Lo mismo sucede en el grupo de las denominadas constituciones legitimadoras, de 1859, 1869, y 1871, en que se confunden ambos términos. Sobre este aspecto en particular, véase: GUTIERREZ (Carlos José), “Garantías de los Derechos Fundamentales”, en: AAVV, La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho, Volumen I, San José, 1ª edición, Editorial UNED, 1996, p. 19.

¹¹ PEREZ ROYO (Javier), Curso de Derecho Constitucional, Madrid, 5ª edición, Marcial Pons editores, 1998, p.342.

constitucionales vigentes, siendo que también se han incorporado a nuestro sistema jurídico a través de la doctrina y la jurisprudencia¹². En resumidas cuentas, con las garantías conceptuales “... los poderes públicos... están sujetos a una serie de límites en cuanto a la reglamentación y restricción de los derechos fundamentales, lo que constituye una garantía a favor de los ciudadanos”¹³

Según se establece desde la teoría general de los derechos fundamentales existen tres garantías conceptuales¹⁴ que se constituyen como límite a la potestad punitiva del Estado:

1. El principio de reserva de ley,
2. El principio de proporcionalidad y,
3. El principio de intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental.

Dichas garantías conceptuales o normativas han sido formuladas como mecanismos **para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales de todas las personas en general**¹⁵.

Las garantías conceptuales, han sido

construidas desde la normativa internacional de los derechos humanos, y en general, desde el derecho de la Constitución, para que se constituyan como un límite infranqueable al poder punitivo del Estado, en función de los derechos fundamentales de todas las personas. Es válido indicar entonces, que existe todo un extenso catálogo de derechos fundamentales, cuyo titular puede ser cualquier persona, y que a la vez, existen estos medios o instrumentos conceptuales para lograr la eficacia de esos derechos fundamentales en general.

Pero ante ese panorama general de los derechos fundamentales, debe agregarse que en las últimas décadas la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos se ha caracterizado por enunciar y reconocer la existencia de derechos fundamentales propios, específicos y exclusivos para determinados grupos o sectores de la sociedad. Así, por ejemplo, se ha reconocido la existencia de derechos fundamentales exclusivos, de las minorías étnicas, de las mujeres¹⁶, y en lo que más nos interesa, de los niños y adolescentes¹⁷. Este fenómeno se explica precisamente por el carácter progresivo o expansivo de los derechos fundamentales, lo cual significa:

12 Así, GUTIERREZ (Carlos José), Op.Cit., p.20

13 HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), El Derecho de la Constitución, San José, 1ª edición, Editorial Juricentro S.A, 1994, p.343.

14 HERNÁNDEZ VALLE, El Derecho..., Op.Cit., p343-345.

15 En términos muy generales, dichas garantías deben ser entendidas de la siguiente manera:

El principio de reserva, implica que los derechos fundamentales de cualquier persona solo pueden ser limitados por el Estado cuando una ley previa, debidamente aprobada y dictada por el poder legislativo, así lo autorice.

El principio de proporcionalidad, establece que, aún cuando aquella limitación esté autorizada por ley, solamente puede realizarse de manera idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Lo cual significa que, para la restricción del derecho fundamental, se debe emplear el medio más adecuado para lograr el fin que se persigue con dicha restricción (idoneidad); que con ese fin se debe emplear el medio menos lesivo posible (necesidad); y finalmente, que se debe sopesar los intereses y derechos en juego, con el fin de hacer que prevalezca el más importante de ellos (proporcionalidad en sentido estricto).

El principio de contenido esencial, significa que aún cumpliéndose los anteriores requisitos, la restricción de un derecho fundamental por la acción del Estado, no debe afectar su núcleo duro tornando imposible su cumplimiento, es decir que no debe impedirse de manera absoluta y definitiva su vigencia.

16 Así, por ejemplo, el derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia. Sobre el mismo, véase: Art. 3; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, la cual entró en vigencia el 5 de marzo de 1995.

17 Así, por ejemplo, el derecho fundamental de los niños y adolescentes al juego: “Artículo 31 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.”; Convención Sobre los Derechos del Niño.

1. En primer lugar, que los derechos fundamentales formalmente reconocidos deben interpretarse extensiva y no restrictivamente, para favorecer la expansión de la libertad o del ámbito de autodeterminación de las personas¹⁸.

2. En segundo lugar, que el listado de los derechos fundamentales nunca es un “catálogo cerrado”¹⁹, siempre es abierto, o con fuerza expansiva, en el tanto que la inclusión de nuevos y más numerosos derechos también posibilita la ampliación de la esfera de libertad y de autonomía de las personas y la limitación del poder del Estado.

Como afirma el profesor italiano Luigi Ferrajoli:

“La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos...” Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento

ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos...; después los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales... hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información...”²⁰

Llegando finalmente, agregaría, a la enunciación y reconocimiento de derechos fundamentales específicos, o reforzados para determinados sectores de la población como sucede en el caso de los niños y jóvenes.

Habiendo alcanzado este punto, lo que quisiera proponer es lo siguiente: **así como han surgido nuevos y más numerosos derechos fundamentales, particularizados para personas que pertenecen a sectores específicos de la población, por el influjo del derecho internacional de los derechos humanos, también han surgido nuevas garantías conceptuales, para asegurar y aumentar la eficacia y alcance de los derechos fundamentales de esas personas en particular.**

18 HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), Prerrogativa y Garantía, San José, Editorial UNED, 1ª edición, 1995, pp.60-61.

19 Sobre la expansión histórica de los derechos fundamentales, señala FERRAJOLI: “...tanto los derechos de libertad como los derechos sociales forman una categoría abierta en cuanto al número y, asimismo, variable no sólo según las culturas sino también según las amenazas a las condiciones de vida, por ejemplo, los derechos a la protección del medio ambiente se han impuesto solo en años recientes por ser relativamente reciente la obra de destrucción del planeta que ellos aspiran a impedir. En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso”. FERRAJOLI, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 1ª edición, 1995, p.916. Subrayado suplido.

20 FERRAJOLI (Luigi), Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Madrid, editorial Trotta, 1ª edición, 1999, p.54. La negrilla es suplida.

Estas nuevas garantías conceptuales regulan de forma diferenciada la manera en que el Estado puede limitar los derechos de esos sectores o grupos específicos de la población, y lo que es más importante, en algunos casos restringen con una mayor intensidad aquella potestad estatal.

Con estas nuevas garantías conceptuales, se imponen diversas y mayores barreras específicas para cualquier actividad del Estado con la que se pretenda limitar los derechos de las personas que pertenecen a estos grupos de la sociedad.

Ya en la materia que nos ocupa, con la entrada en vigencia de la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), no solo se ha dado el reconocimiento de derechos fundamentales específicos de la infancia-juventud, sino que además han eclosionado y se han instaurado formalmente nuevas y específicas garantías normativas o conceptuales, para mantener la eficacia de los derechos fundamentales de estas personas y para regular de manera especializada la posibilidad de su restricción. Estas garantías específicas, contempladas en la CDN, imponen límites diversos y mayores (de lo contrario no sería necesaria, ni se explicaría su formulación), para la restricción de los derechos

fundamentales de los niños y los jóvenes.

Desde nuestro punto de vista, el más claro ejemplo de una nueva y específica garantía conceptual contemplada en la CDN es precisamente **el principio de interés superior del niño y del “adolescente”, del joven.**

Debe enfatizarse entonces que, al hablar de la naturaleza del principio en estudio, para el derecho penal juvenil²¹, se debe tener en claro que se trata de una garantía conceptual para la interpretación de los derechos fundamentales de los jóvenes.

El principio de interés superior es una garantía conceptual o normativa para asegurar de manera especializada la eficacia de los derechos fundamentales de los jóvenes y para imponer ciertas reglas específicas a la limitación de sus derechos fundamentales por parte del Estado, y como tal, tiene incidencia tanto en aspectos procesales como de fondo del derecho penal juvenil.

Habiendo aclarado la naturaleza del principio de interés superior, de seguido debe responderse cuál es su significado o contenido, para luego proponer cual es su incidencia en el concepto de culpabilidad penal juvenil.

21 Se subraya el carácter punitivo de esta rama del ordenamiento jurídico, pues no declina el empeño de algunos de seguirle asignando un contenido y objetivos propios del derecho tutelar, “protector”, en fraude de etiquetas, pues esa supuesta protección se realiza a costa de restringir derechos y obviar garantías básicas, utilizando el principio en estudio, no para lograr una eficacia reforzada de derechos, sino mas bien, para restringirlos con mayor intensidad y de manera mucho mas arbitraria que en el caso de los adultos.

3. El significado del interés superior en el actual contexto normativo penal juvenil garantista.

Como ya se dijo, lo difícil de definir el principio analizado radica en la carga o herencia tutelar que arrastra, lo cual implica un peligro permanente de retorno a las ideas tutelares. Pero se presenta además esta dificultad, porque aún en el actual contexto jurídico normativo dicho significado no se delimita con precisión²².

El principio de interés superior se encuentra, entre otros, en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño. No obstante, ha sido receptado por nuestro ordenamiento no solo a través de la suscripción y ratificación de la CDN, sino también mediante el desarrollo legal, específicamente mediante el artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (en adelante LJPJ), que fija el interés superior como uno de los pilares, como uno de los principios rectores de la materia. Sin embargo, ni en la Ley de Justicia Penal Juvenil, ni en la Convención de Derechos del Niño, se define claramente en que consiste este principio, a pesar de que desde esos cuerpos normativos si se le dota de un alcance o efecto extensivo.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica da un paso adelante para lograr esa definición, pues sostiene al menos,

que el interés superior es **una garantía** para los derechos fundamentales de los niños y jóvenes. De esta manera se establece que **“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.”**²³

Partiendo del concepto de garantía esbozado páginas atrás, y tomando ahora como base el propio Código de Niñez y Adolescencia, debe recalarse que el interés superior se define como un medio y no como un contenido, es decir, como un “instrumento” para lograr la eficacia de los derechos fundamentales de niños y jóvenes y para regular su limitación por parte del Estado.

Coincide así con lo que hemos venido sosteniendo desde la teoría general de los derechos fundamentales, a partir de la fuerza expansiva de esos derechos y de sus garantías, y de su particularización en relación a determinados grupos de la sociedad. Por esa razón, de entrada, acá se considera que no se le puede identificar ni con el derecho a la reinserción o con el principio socio educativo, ni con ningún otro principio o derecho fundamental, pues no se agota en estos, sino que se trata más bien de un **mecanismo para dotarlos de una eficacia particular**²⁴.

22 En igual sentido: ARMIJO SANCHO (Gilbert), Manual de derecho procesal penal juvenil, San José, editorial Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, 1998, p.66; LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Interés superior..., en: La sanción..., Op.Cit., p.1-2.

23 Artículo 5, Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica.

24 No concordamos en este punto con el profesor LLOBET, quien identifica el interés superior con el principio rector de la educación o socio-educativo, cuando en realidad lo que sucede es que este se encuentra reforzado por aquel. Así: LLOBET RODRÍGUEZ, Interés superior..., Op.Cit., p.3. Fundamentando nuestra crítica: Inclusive el derecho penal de adultos busca la reinserción o un objetivo preventivo especial positivo para la pena (así lo indica la propia Convención Americana sobre derechos humanos, ART. 5.6), por lo que, contrario a lo que afirma Llobet, la diferencia con el derecho penal de adultos no radica en ese objetivo, sino en que el mismo se encuentra reforzado o acentuado para la materia penal juvenil, precisamente por influencia del principio de interés superior.

La condición de garantía conceptual del principio de interés superior, ha sido afirmada con toda claridad por CILLERO:

“...el principio de interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades...lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última «como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos»”²⁵

Actualmente, el principio de interés superior adquiere su significado en el contexto del reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes²⁶. El significado del interés superior está dado en el contexto del Estado de Derecho, en donde existe una exigencia formal para la aplicación extensiva de los derechos fundamentales a todas las personas. Si no se le contextualiza de esta manera, se corre el riesgo de convertir dicho principio en algo absolutamente indeterminado, o peor aún, ligado a ideas tutelares.

En el actual contexto, el interés superior se constituye como instrumento conceptual y normativo para la protección de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes en

particular, porque: “...una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior...**Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por la autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.**”²⁷

Habiendo establecido la naturaleza del interés superior en la actualidad, ahora desde el contexto normativo en el que se ubica, debe precisarse de seguido su significado, esto es, identificando **la manera específica en que el interés superior garantiza la eficacia de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes, y el modo en que regula su restricción por parte del Estado. Según se entiende acá, esto se realiza mediante la declaración de un “doble aseguramiento” o “aseguramiento reforzado” de esos derechos, mayor que el que se da respecto de cualquier otra persona.**

Esta última y fundamental afirmación puede explicarse más ampliamente. Los derechos fundamentales ya están formalmente asegurados para el niño o joven desde que se encuentran reconocidos de manera general para cualquier ser humano (en la Ley, la Constitución Política, o en los

25 CILLERO BRUÑOL (Miguel), El interés superior..., Op.Cit., p.78.

26 Para eliminar cualquier indeterminación o empleo del principio en “perspectiva tutelar”, el referente necesario del interés superior debe ser la consideración del joven como sujeto de derechos. El criterio de determinación del significado debe partir de la necesaria referencia a los derechos fundamentales de los jóvenes, pues solo así se elimina la “cosificación”, y el sometimiento de estas personas (pues de lo contrario serían tan solo un objeto, o un humano capitis diminuido, siempre sometido a dominio o a tutela de los adultos). Ejemplificando al respecto: ALSTON y GILMOUR WALSH, Op.Cit., pp.28-38.

27 CILLERO, El interés..., Op.cit., pp.78-79. Negrilla y subrayado suplidos.

instrumentos internacionales generales de derechos humanos). Además esos derechos y otros específicos, están reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la niñez y la “adolescencia”. Entonces: ¿cuál es la razón, o qué sentido tiene volver ha indicar (como lo hace la CDN) que el principio de interés superior garantiza el respeto a esos derechos cuando sus titulares sean niños o jóvenes?

Desde la perspectiva que se sostiene acá, la indicación presente en la Convención de Derechos del Niño, de enunciar una serie de derechos fundamentales y luego plantear que están garantizados por el principio de interés superior, no es una reiteración carente de sentido normativo. En realidad revela la intención de que el Estado se vea obligado a buscar la vigencia preponderante de esos derechos, su protección y tutela reforzada.

La razón de ser de esta aparente “reiteración”, radica en que la enunciación del principio de interés superior, conlleva, por así decirlo, un “doble aseguramiento”. Como garantía conceptual especializada implica un “reforzamiento” de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes.

Ciertamente el principio de interés superior se vincula con el principio de protección integral y con otros principios rectores de la materia (como el socio educativo), pero su naturaleza radica en ser una garantía conceptual para asegurar una eficacia específica mayor, de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes.

Interés superior significa entonces: mejor y mayor aseguramiento, protección reforzada de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes. El “interés superior” de estas personas solamente se logra mediante una tutela reforzada de sus derechos fundamentales y, consecuentemente, mediante la autorización de actuaciones estatales con las que se restrinjan lo mínimo posible esos derechos.

A partir de ese significado conviene esbozar algunas ideas sobre su incidencia en el derecho penal juvenil material.

4. Incidencia del principio de Interés Superior en el Análisis de Culpabilidad Penal Juvenil.

El principio de interés superior, como criterio especializante de la materia penal juvenil, no tiene solamente incidencia procesal. Los alcances del principio de interés superior son mucho más amplios, principalmente debido a la forma en que éste se encuentra regulado desde la Convención sobre Derechos del Niño.

En dicha convención se establece 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.”**²⁸

28 Convención de Derechos del Niño, Art. 3.1. La negrilla es suplida.

La forma en que se encuentra redactado el artículo citado, establece los alcances que debería tener el principio de interés superior. Desde el mismo se enfatiza la necesidad de que éste tenga una aplicación amplia y extensiva²⁹.

Para lo que interesa, debe aplicarse el principio absolutamente en **“todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales”**, como reza la C.DN. sean estas de naturaleza procesal o material³⁰, pero que de alguna manera impactan, regulan, afectan o limitan los derechos fundamentales de los jóvenes.

La misma conclusión puede extraerse de la Ley de Justicia Penal Juvenil, desde sus artículos 7³¹ y 8³², **en donde se establece que el interés superior es tanto principio rector, como parámetro para la interpretación y aplicación de la Ley, sin realizar ninguna distinción entre aspectos procesales y de fondo, con lo que carece de sustento**

cualquier interpretación restrictiva en contrario.

Al afirmarse su aplicación extensiva en cualquier decisión que tomen los tribunales respecto de un niño o un joven, obviamente quedan comprendidas también todas aquellas decisiones sobre la responsabilidad penal de un joven, y con ello la fundamentación jurídica que se les da desde la teoría del delito, fundamentación en la que también deben tener una relevancia central el principio en mención.

Esto implica, que en la decisión que toma el juez penal juvenil sobre la culpabilidad de joven procesado, también debe necesariamente integrarse el principio de interés superior.

El mejor ejemplo de la fundamental relevancia que posee el interés superior en el aún incipiente derecho material penal juvenil, se encuentra en las particularidades que este genera para la medición y fijación de la sanción. Conviene realizar un paréntesis,

29 Así: ALSTON y GILMOUR WALSH, Op.Cit., pp.20-22.

30 Aplicación en aspectos procesales evidenciada, por ejemplo, con la privacidad y confidencialidad del proceso (ART. 20 y 99LJPJ), la corta duración de la prisión preventiva y su carácter improrrogable (ART. 59 LJPJ), la extensión de la posibilidad de conciliar hasta antes del dictado de la sentencia de primera instancia (ART.62 LJPJ), la intervención de los padres o representantes del niño o joven sometido a proceso penal juvenil (ART.33LJPJ). Según nuestro criterio estas particularidades procesales son producto de la influencia del principio de interés superior, que para los ejemplos aportados, conlleva una mayor intensidad en la protección del derecho a la propia imagen, a la no estigmatización, a la intimidad, a la libertad de tránsito, etc. Como se verá, esta garantía de mejor y mayor aseguramiento de derechos, también tiene incidencia en aspectos sustantivos o de fondo.

31 “ARTICULO 7.- Principios rectores

Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.” Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. La negrilla es suplida.

32 “ARTICULO 8.- Interpretación y aplicación

Esta ley deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, la doctrina y la normativa internacional en materia de menores. Todo ello en la forma que garantice mejor los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, las convenciones y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica.” Ley de Justicia Penal Juvenil. La negrilla es suplida.

para indicar que estas particularidades sí han sido esbozadas en nuestro país tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal³³, aunque no han sido claramente visualizadas como una derivación del principio analizado. Por otra parte, el desarrollo teórico sobre la influencia de este principio en el análisis de culpabilidad (entendida como categoría del concepto jurídico de delito) aún no ha sido realizado.

En el caso de la medición y fijación de la sanción que realizan los jueces penales juveniles, resulta común la utilización del principio de interés superior, o al menos una referencia o cita formal al mismo³⁴, para fundamentar el tipo de sanción impuesta, o la duración de la misma. Lo que interesa destacar, es que su profusa mención en sentencia, es un indicador al menos, de que se le percibe como un instrumento normativo que sirve para fundamentar sanciones menores o no privativas de libertad, ante hechos que en la jurisdicción penal de adultos serían considerados como graves. Con esto queda en evidencia que en la materia penal juvenil se ha roto con el esquema retributivo de la culpabilidad para la medición y fijación de la sanción penal juvenil, en parte mediante el recurso (aunque intuitivo y escasamente fundamentado) al principio en estudio.

La incidencia del principio en estudio sobre el análisis de culpabilidad para la

medición y fijación de la sanción, también se ha ido delineando mediante la jurisprudencia constitucional. Sobre este aspecto ha señalado la Sala Constitucional:

“...En el caso de la justicia penal ordinaria... es claro que su imposición [de la sanción] depende esencialmente de los márgenes de cada tipo penal y de la apreciación de las circunstancias previstas en el artículo 71 del Código de esa materia. **En cambio, en el caso de los menores de edad, la determinación de la sanción imponible tiene un carácter diferente... No se desprende de modo alguno de los artículos 122 y 123 de la Ley de Justicia Penal juvenil que la gravedad del hecho cometido o cualquier elemento relacionado directamente con el delito sea determinante para fijar la clase o el monto de la sanción.** Por el contrario, el artículo 133 de la Ley en estudio señala: ‘La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permiten al menor de edad, sometido a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades. Asimismo, en el artículo 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil se señalan como parámetros para la fijación de la pena el grado de culpabilidad, los criterios de proporcionalidad y racionalidad (inciso d) y la búsqueda de una formación integral y la reinserción en su familia o grupo

33 Sobre el punto, LLOBET sostiene que la imposición de una sanción inferior a la gravedad de la culpabilidad en materia penal juvenil es posible gracias al fin socioeducativo de la sanción. Así, LLOBET RODRÍGUEZ, Fijación de las sanciones penales juveniles, en: La sanción penal juvenil..., Op.Cit., p142. La idea es esencialmente correcta, aunque en realidad dicha fijación por debajo de la gravedad de la culpabilidad resulta posible debido al principio de interés superior, con el que se ve reforzada la tutela de la libertad de tránsito y enfatizado el objetivo preventivo especial positivo de la sanción para el caso de los jóvenes sometidos a un juicio penal juvenil.

34 En la investigación de campo presentada en el año 2003 se analizaron 131 sentencias condenatorias dictadas en la competencia penal juvenil en los años 1999, 2000 y 2001. 88 de ellas correspondían al Juzgado Penal Juvenil de San José y 43 al Juzgado Penal Juvenil de Alajuela. Para la muestra analizada resulta interesante recalcar que en el 64% de las sentencias al menos se menciona el principio de interés superior para fundamentar el tipo y monto de la sanción impuesta. Así: CHAN MORA, El Adultocentrismo en la Teoría del Delito..., Op.Cit., pp.347-350.

de referencia (inciso h)...Esta interacción del juzgador con elementos extrajurídicos (sic), así como un contacto más directo no sólo con las partes, sino con la realidad del menor, **que repercute en la determinación de la sanción imponible, le dan definitivamente un carácter totalmente distinto al del método de fijación de penas ordinario... El criterio general de la gravedad del delito es tan sólo uno de los puntos –no determinante- a tomar en cuenta por el juzgador a la hora de decidir el tipo y monto de la pena...**³⁵

En resumidas cuentas, lo que indica la Sala es que el criterio de la gravedad de la culpabilidad para la medición o fijación de la sanción (basado tradicionalmente, como ya se ha indicado, en la mayor o menor gravedad del hecho, según la extensión del daño y del peligro derivado de la acción, la calidad de los motivos, etc.³⁶), es decir, aquel criterio según el cual la gravedad de la pena debe corresponderse con la gravedad de la culpabilidad, se ve desplazado por una consideración primordial del fin de reinserción para la fijación de la sanción penal juvenil. Desde nuestra perspectiva este énfasis viene dado por la consideración del interés superior del niño o joven.

En otras palabras, la gravedad de la culpabilidad sigue incidiendo como un criterio límite para la medición o fijación de la sanción penal juvenil, pero como un límite máximo, por así decirlo, según el cual el monto de la pena no puede rebasar la gravedad de la culpabilidad. Pero debido a los efectos del principio de

interés superior, la sanción a imponer puede ser inferior a la gravedad de la culpabilidad, lo cual se explica, desde nuestra perspectiva, en atención al mayor aseguramiento de los derechos fundamentales del niño o joven, que ese principio exige.

No se trata solamente de que en la medición o fijación de la sanción penal juvenil, esta pueda ser inferior a la gravedad de la culpabilidad debido al fin preventivo especial positivo o socioeducativo que político-criminalmente se le ha asignado, sino que, debido al interés superior, la reinserción es tenida como un derecho fundamental del joven, pero reforzado por efecto de aquel principio o garantía.

De otra forma no podría hacerse ninguna diferencia entre la fijación o determinación de la pena a imponer a un joven y aquella que se impondría a un adulto, pues aquel razonamiento para la determinación de la pena (que se aparta de la gravedad de la culpabilidad como criterio exclusivo, en virtud del fin preventivo especial positivo de la sanción, y que permite penas inferiores a esa gravedad), también se impondría para el derecho penal de adultos por vía de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual le asigna un fin preventivo especial positivo a la pena privativa de libertad en general³⁷.

En síntesis, el criterio para la diferenciación en cuanto al análisis de culpabilidad para la medición o fijación de la pena radica, en que en la materia penal juvenil existe **un derecho a**

35 Sala Constitucional, Voto 2908-97 del 27 de mayo de 1997. Lo escrito entre corchetes es suplido.

36 Así CHOCLÁN MONTALVO, Culpabilidad y pena..., Op.Cit., p.195.

37 Así: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 5.6: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."

la reinserción, un objetivo socio-educativo reforzado, por efecto del interés superior.

Hasta ahora esta es la incidencia más relevante de este principio en el derecho material penal juvenil. Obviar esta influencia implicaría dejar sin un criterio de diferenciación la fijación judicial de la sanción penal juvenil, respecto de la fijación de la pena en el derecho penal de adultos.

En todo caso, con este paréntesis lo único que se pretende es fundamentar la afirmación de que en nuestro medio ya se ha comprendido que el principio de interés superior no se aplica exclusivamente en materia de derecho procesal penal juvenil, ya que también tiene incidencia en el análisis para la medición de la sanción, lo cual es derecho penal juvenil material o de fondo.

Usualmente los jueces penales juveniles proceden al menos a citar el principio de interés superior, como aquel que les permite imponer penas menos restrictivas de derechos o inferiores a las que se impondrían a adultos, o que inclusive les permite excluir la sanción privativa de libertad, aún ante hechos considerados en aquel otro entorno jurídico como graves. Pero como ya se ha indicado, eso no significa que el principio de interés superior tenga solamente esa relevancia en cuanto aspectos de derecho penal juvenil sustantivo.

Como principio o garantía conceptual, el interés superior (al igual que la reserva de ley, el contenido esencial y la proporcionalidad) también le impone límites al legislador cuando

éste pretende “posibilitar” mediante ley -es decir con la creación de tipos penales-, la restricción de derechos fundamentales de los niños y jóvenes.

En el derecho penal juvenil material esto significa, que al fijarse una eficacia reforzada de los derechos fundamentales de niños y jóvenes desde un precepto o norma supra constitucional, se impone una menor posibilidad legal de restricción de esos derechos. Esto obliga al legislador a una amplia descriminalización de conductas, y consecuentemente, a la formulación de un catálogo o código penal juvenil mínimo, con una cantidad reducida de tipos penales.

Pero en lo que acá más interesa, en caso de que esa restricción de derechos ya haya sido autorizada en abstracto mediante la creación legislativa de tipos penales (la cual, por lo que se ha dicho, es legítima solamente si es mínima), la posibilidad del juzgador de restringir esos derechos fundamentales en concreto, también se ve limitada posteriormente por el principio de interés superior en el juicio culpabilidad.

Planteada más claramente, esta propuesta indica que en el juicio de reproche o culpabilidad penal juvenil, no se puede obviar el principio de interés superior como garantía conceptual propia y exclusiva de esta materia. Eso quiere decir, que la emisión del reproche penal juvenil, aparte de verse condicionada por los garantías conceptuales generales antes mencionadas, además lo está por el principio de interés superior.

4.1. Función del interés superior en el juicio de desaprobación penal juvenil.

Al fijarse mediante el principio en estudio, como ya se dijo, una eficacia reforzada de derechos, esto incide en que el juicio de desaprobación penal juvenil solamente puede ser de menor intensidad que el que se daría en adultos.

Solamente un juicio de desaprobación de menor intensidad puede asegurar aquella eficacia reforzada de derechos, posibilitando una restricción mínima de derechos fundamentales, siempre inferior a la que se daría en caso de un adulto.

Aún en el caso de que un joven haya realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, en virtud del interés superior siempre “...ha de asegurarse la máxima satisfacción posible de los derechos y la menor restricción de ellos”³⁸; y esta máxima satisfacción y menor restricción posible de derechos a la que obliga el interés superior, tiene incidencia directa en la magnitud del juicio de reproche o de desaprobación que puede emitir el juez penal juvenil.

Debe indicarse entonces, que el interés superior es el fundamento por el cual la sanción que se impone a un joven siempre es menos restrictiva de derechos que la que se impondría a un adulto por los mismos hechos; pero también es la razón jurídico normativa por

la cual el juicio de desaprobación penal juvenil siempre es de menor intensidad³⁹.

Al darle este significado al interés superior, se introduce entonces una consideración especializada para el juicio de desaprobación penal juvenil: **una protección reforzada de los derechos fundamentales de los jóvenes, impuesta normativamente y de manera general mediante el principio de interés superior, obliga a una menor intensidad del juicio de reproche o de desaprobación penal juvenil, pues es este el que permite la restricción de derechos fundamentales en un caso concreto y respecto de un joven en particular.**

El juicio de desaprobación penal es consecuencia de la vinculación personal de un individuo con el injusto penal (acción típica y antijurídica), vinculación que se realiza mediante el análisis de culpabilidad. Este juicio de desaprobación, como acto judicial, finalmente es lo que fundamenta o posibilita la limitación de algún derecho fundamental del joven.

En atención a lo establecido por la CDN (art.3) y otros cuerpos normativos, eso basta para que quien emite el juicio de desaprobación deba considerar o tomar en cuenta en ese momento el interés superior del joven, asegurando la menor restricción de sus derechos, y su mejor, primordial y prevaleciente vigencia.

³⁸ CILLERO, El interés superior...Op.Cit., p.59.

³⁹ Con la afirmación de este contenido para el interés superior como garantía conceptual, se pretende construir un principio suprallegal, una base deóntica para la interpretación de los derechos fundamentales de los jóvenes. Con este contenido, por ejemplo, ante una reforma legal de corte autoritario o hiper-represiva con la cual se eliminaran las sanciones alternativas y se fijaran exclusivamente altas penas de prisión para los jóvenes, aún se podría sostener que el interés superior obliga a una restricción de la libertad sustancialmente menor para estas personas en el caso concreto.

Si el juicio de desaprobación o declaratoria de responsabilidad penal juvenil es lo que finalmente permite la restricción de derechos fundamentales del joven mediante una sentencia final, ya desde ese momento debe integrarse una consideración del interés superior, para la máxima satisfacción y la menor restricción posible de esos derechos. Es por esa razón, que el juicio de reproche penal juvenil siempre es de menor intensidad que el que se emitiría en relación un adulto que realizara la misma acción típica y antijurídica.

En este nivel del juicio de desaprobación penal juvenil, con el principio de interés superior en tanto crece el límite general impuesto al Estado para restringir los derechos fundamentales de los jóvenes, decrece la magnitud del reproche penal que se puede emitir, y que posibilita la restricción de esos derechos en el caso concreto.

Por eso debe tenerse en claro que es a partir de ese criterio normativo (el del principio de interés superior) y no de una consideración de “minoridad”, de inferioridad o de menor capacidad del joven, que se debe afirmar que el reproche penal juvenil es de menor intensidad. No porque el joven sea “menos”, sea inferior o un proyecto inacabado de ser humano (en relación a un patrón o modelo adulto), sino porque así lo impone una garantía normativa valorativa con rango supra-constitucional.

Redefinido el contenido del principio de interés superior, un juicio de reproche diferenciado respecto de las transgresiones de los jóvenes a la ley penal, pierde todo carácter

facultativo. Ya no es de definición subjetiva, producto de la “benevolencia del juez”, sino de aplicación obligatoria, en tanto se encuentra normativizada, bajo la forma del principio estudiado.

Conclusión

Ciertamente el estudio de las garantías conceptuales de los derechos de los niños y jóvenes, y en particular del interés superior, debe ser desarrollado con mayor amplitud desde la teoría general de los derechos fundamentales. Esta reflexión, detallada y extensa, escapa a los objetivos de este trabajo.

Sin embargo, aun teniendo en claro ese camino que queda por recorrer, desde ya resulta relevante enfatizar que, por su naturaleza, el interés superior debe ser entendido claramente como una garantía conceptual para la interpretación de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes, así como que en el actual marco normativo debe asignársele por lo menos un significado básico que tiene incidencia en el derecho penal juvenil material, mas concretamente en un concepto especializado de culpabilidad.

Según este significado el principio en estudio **impone al Estado el mayor aseguramiento posible, una eficacia reforzada de los derechos fundamentales de los jóvenes, lo que implica por lo menos, que dichos derechos nunca podrán ser limitados por las instituciones punitivas con un alcance igual o mayor al que se realizaría para el caso de los adultos.**

Como se ha querido distinguir, este principio tiene relevancia para el análisis especializado requerido para la fijación y medición de la sanción penal juvenil, pero también para el juicio de desaprobación penal juvenil que posibilita el ejercicio de la potestad punitiva del Estado mediante una sentencia final. El juicio de desaprobación penal juvenil, por imperativo del interés superior, siempre deberá ser de menor intensidad que el que se emite a un adulto.

Con un juicio de desaprobación penal juvenil informado por una garantía conceptual especializada, ya desde la teoría del delito se delinea y proyecta el grado de restricción de derechos fundamentales que se puede ver autorizado como consecuencia de su aplicación.

En el derecho penal juvenil el juicio de reproche y el principio de interés superior resultan indisolubles. No se puede emitir un juicio de desaprobación penal juvenil - precisamente posibilitador de una limitación de derechos fundamentales-, sin utilizar el interés superior como principio que restrinja la magnitud y alcance de aquél reproche.

Como se indicaba al inicio, el tema expuesto pertenece a uno mas general: el de la construcción de contenidos propios y especializados para las categorías de análisis y los conceptos del derecho penal juvenil material, el de la reformulación de la teoría del delito desde parámetros no adultocéntricos.

Vale repetir, que **en la construcción de**

un concepto de culpabilidad penal juvenil, se debe tener un soporte óntico diverso al del concepto de adultos, dado por las particularidades psíquicas, socio culturales y generacional-contextuales, y finalmente socio políticas del joven.

Estas particularidades deben tener una posibilidad de reconocimiento en las respectivas categorías de análisis que integran la culpabilidad, es decir, a nivel de la capacidad de culpabilidad, el conocimiento actual o potencial de injusto (y el respectivo análisis sobre la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición) y de la exigibilidad- inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Se debe construir un concepto penal juvenil de culpabilidad especializado. Este concepto debe partir (como consecuencia necesaria del principio de igualdad y de su traducción a nivel de las categorías de análisis de la teoría del delito) de que el “ser” del joven es diverso del adulto.

Pero además, debe atenderse que para la valoración jurídica de las conductas de los jóvenes existe un marco diverso de principios normativos. Al entender la culpabilidad como juicio de desaprobación por la realización de una conducta típica y antijurídica, también se debe considerar un soporte deóntico, normativo-valorativo diverso al del concepto de culpabilidad de adultos.

Este último soporte está dado por el

principio de interés superior que, como parámetro normativo, obliga a que la desaprobación jurídico penal en relación al comportamiento ilícito de un joven, siempre deba ser de menor intensidad a la que se realizaría respecto de un adulto que desarrolla el mismo injusto penal.

Constituye una protección normativa especial para los derechos de los jóvenes, que le impone al Estado un límite en cuanto a la magnitud del juicio de desaprobación penal juvenil que puede emitir, y con ello, en cuanto a la intensidad de la restricción de derechos fundamentales que puede realizar.

Nuestra propuesta, como puede apreciarse, es la de que el principio de interés superior también debe ser utilizado en el análisis de **“culpabilidad para la fundamentación sustantiva de la sentencia”**; entendiendo por esto que debe ser integrado en la categoría sistemática de la culpabilidad, específicamente en aquel momento en que se realiza la declaratoria de responsabilidad, en la reprochabilidad o juicio de desaprobación penal juvenil, y no solamente en el análisis para la medición y fijación de la sanción penal juvenil.

Estas consideraciones no deben seguir ausentes ni de la práctica, ni del discurso que debe informar al sistema penal juvenil. **El interés superior del joven debe ser considerado de manera central o primordial también cuando se emite el juicio de reproche penal juvenil, dejando en claro que este juicio de desaprobación solo autoriza restricciones**

mínimas de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes sometidos al poder punitivo del Estado.

Bibliografía

ALSTON (Philip) y GILMOUR WALSH (Bridget), **El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales**, Buenos Aires, UNICEF, 2ª edición, 2002.

ARMIJO SANCHO (Gilbert), **Manual de derecho procesal penal juvenil**, San José, editorial Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, 1998.

CILLERO BRUÑOL (Miguel), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: AAVV, **Infancia, ley y democracia en América Latina**, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, editorial Temis-Depalma, 1ª edición, 1998.

CORTES MORALES (Julio), “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente”, en: AAVV, **Justicia y Derechos del Niño**, Número 1, Santiago de Chile, UNICEF-Ministerio de Justicia, 1999.

CHAN MORA (Gustavo), **¿Desdibujar Sujetos o Derribar los Dogmas? El Desafío de construir un Derecho Penal Sustantivo?**, en: Revista de Ciencias Penales, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, #19, 2001.

CHAN MORA (Gustavo), **El Adultocentrismo en la Teoría del Delito y en la Práctica Penal Juvenil. Bases Críticas para un Concepto Penal Juvenil de Culpabilidad**, Tesis para optar al título de Magíster en Ciencias Penales, San José, Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO (José Antonio), **Culpabilidad y Pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño**, San Salvador, Corte Suprema de Justicia-Cooperación Española, 1ª edición, 1999.

FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, Madrid, Editorial Trotta, 1ª edición, 1995.

FERRAJOLI (Luigi), **Derechos y Garantías. La Ley del más débil**, Madrid, editorial Trotta, 1ª edición, 1999.

FERRAJOLI (Luigi), Prefacio de Infancia, **Infancia, ley y democracia en América Latina**, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, editorial Temis-Depalma, 1ª edición, 1998.

GUTIERREZ (Carlos José), **“Garantías de lo Derechos Fundamentales”**, en: AAVV, **La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho**, Volumen I, San José, 1ª edición, Editorial UNED, 1996.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **El Derecho de la Constitución**, San José, 1ª edición, Editorial Juricentro S.A, 1994.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), **Prerrogativa y Garantía**, San José, Editorial UNED, 1ª edición, 1995, pp.60-61.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), **Interés superior del niño, protección integral y garantismo**, en: **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica**, San José, Unicef-Ilanud-Comunidad Europea.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), **Fijación de las sanciones penales juveniles**, en: **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica**, San José, Unicef-Ilanud-Comunidad Europea.

PEREZ ROYO (Javier), **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, 5ª edición, Marcial Pons editores, 1998.

PLATT (Anthony), **Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia**, México D.F., Editorial Siglo Veintiuno, 1ª edición, 1982.

ROXIN (Claus), **Derecho Penal. Parte General**, Madrid, editorial Civitas, 1ª edición, 1997.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica.

Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional, Voto 2908-97 del 27 de mayo de 1997.

EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD) EN EL DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN

Gustavo Chan Mora*

SUMARIO

Introducción

I. Antecedentes históricos del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil y significados del concepto de “madurez” en el derecho penal juvenil alemán.

1. Regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes mediante leyes de aplicación general. 2. Regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes mediante leyes especializadas. 3. Significado(s) y uso del concepto de “madurez espiritual” y de “madurez moral. a. La acepción idealista del concepto de madurez. b. El concepto de madurez como “convencionalismo social”. c. El concepto de madurez en el enfoque psiquiátrico forense.

II. El significado psicológico-evolutivo de la madurez y su introducción en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil alemán.

1. Significado del concepto de madurez en el enfoque psicológico evolutivo. a. El desarrollo cognitivo según Jean Piaget. b. El desarrollo moral según Lawrence Kohlberg. 2. Incorporación del concepto psicológico evolutivo de madurez en el derecho penal juvenil material. a. Sobre la ubicación del concepto de “madurez” penal juvenil en el concepto técnico jurídico de delito. b. Acerca de la estructura analítica del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil. c. Ventajas y limitaciones de la incorporación del concepto psicológico evolutivo de madurez en

el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil. d. ¿Debe o no considerarse también la incidencia de la madurez moral en la capacidad de comprensión y acción?

Conclusión.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal de los jóvenes, dogmática penal juvenil, capacidad de culpabilidad (imputabilidad) penal juvenil, madurez mental y moral, capacidad de comprensión y de acción, estructura analítica en conceptos de dos niveles, psiquiatría forense, psicología forense, psicología evolutiva.

Introducción

La formulación de conceptos y categorías de análisis específicos para el derecho penal juvenil sustantivo es sumamente escasa en el ámbito latinoamericano. La construcción y consolidación de un derecho penal juvenil, realmente especializado, también requiere de formulaciones teóricas a ese nivel. Un primer paso en esa dirección, consiste en acercarse a los planteamientos realizados en otras latitudes, con el fin de analizar sus aciertos, decidir su utilidad en nuestro medio y, sobre todo, con el objetivo de someter a crítica las deficiencias que puedan presentar tales formulaciones. En el campo de la teoría del delito, en particular, interesa destacar el desarrollo que ha tenido el concepto de culpabilidad penal juvenil en Alemania.

* El autor es Licenciado en Derecho, Master en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Doctorando en Derecho Penal y Sociología Jurídica en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Francfort del Meno, República Federal Alemana. Ha sido defensor público en materia penal y penal juvenil, letrado de la Sala Tercera de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, profesor de Derecho Penal General en la Universidad de Costa Rica, de Teoría de la Sanción Penal en el Postgrado en Administración de Justicia en la Universidad Nacional y docente de la Escuela Judicial, así como consultor internacional.

Entendida en un sentido estricto, la culpabilidad es un componente más (además de la tipicidad y de la antijuridicidad) del concepto técnico jurídico de delito, de necesario uso para determinar la responsabilidad penal de cualquier persona. Como concepto complejo, a su vez, el de culpabilidad está formado por tres componentes: la capacidad de culpabilidad (más conocida en nuestro medio como imputabilidad), el conocimiento actual o potencial de injusto (error de prohibición), y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. En este aporte dejo de lado un análisis detallado de los dos últimos componentes para dedicarme, exclusivamente, a la **descripción y análisis de las especificidades del concepto de capacidad de culpabilidad en el derecho penal juvenil alemán**.

El objetivo de estas líneas es, principalmente, de carácter descriptivo. Se busca presentar claramente un “estado de la cuestión”. No obstante, también se esbozan algunas observaciones críticas respecto del concepto mencionado. En una primera sección se expone, brevemente, la evolución histórica que ha tenido el concepto de responsabilidad penal juvenil en Alemania, para distinguir, luego, la diversidad de contenidos de significado que posee uno de sus componentes esenciales: el concepto de “madurez” o “desarrollo suficiente”. Finalmente, en una segunda parte, se destaca la estructura analítica que posee el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil, así como algunas ventajas y dificultades metodológicas que surgen cuando se asigna

un significado psicológico evolutivo, empírico, al concepto de madurez y se le vincula con conceptos normativos como los de “capacidad de comprensión y capacidad de acción respecto de un injusto penal concreto”.

I. Antecedentes históricos del concepto de capacidad de culpabilidad y significado(s) del concepto de “madurez” en el derecho penal juvenil Alemán.

Si se parte de la manera en que ha sido regulada legalmente, pueden distinguirse dos grandes etapas en cuanto a la responsabilidad penal de los jóvenes en Alemania:

(1.) Una primera etapa en la cual tal responsabilidad fue regulada mediante cuerpos legales de aplicación general.

(2.) Una segunda etapa en la cual la regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes se ha fijado mediante leyes especializadas.

Ahora bien, dentro de estas dos modalidades de regulación, como se verá a continuación, existen distintas formas de responsabilidad penal juvenil.

1. Regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes mediante leyes de aplicación general.

Ya a partir del siglo XIX¹ pueden identificarse dos conceptos diferentes de “mayoridad

¹ Para todo: Detalladamente, Dräger, W., Die Strafmündigkeitsgrenzen in der deutschen Kriminalgesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Diss. Jur. Kiel, 1992; Fritsch, M., Die Jugendstrafrechtlichereformbewegung, Freiburg, 1999. Además: Streng, F., Jugendstrafrecht, Heidelberg, 2007, pp.16-22; Ostendorf, H. Jugendstrafrecht, Baden-Baden, 2007 pp. 49-52; Eisenberg, U. Jugendgerichtsgesetz: Kommentar, München, 2007, §3, Rn (Número al margen, en adelante Nm) 3; Schaffstein, F./ Beulke, W. Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung, Stuttgart, 2002, §3-5.

penal” (Strafmündigkeit)² en la legislación penal general alemana. Por un lado existía un **concepto absoluto de mayoría penal**, en el que no se fijaban más condiciones que cierta edad mínima para la responsabilidad penal de los jóvenes; y, por otro lado, también ha existido un concepto condicionado o relativo de mayoría penal, en el que, junto a la edad, se establecen además otras condiciones o requisitos para la responsabilidad penal de estas personas. Así, por ejemplo, los “deutschen Partikulargesetzbüchern”, del siglo XIX, prescribían una mayoría penal absoluta, aunque los límites de edad variaban según la región. El límite mínimo de edad establecido al respecto se ubicaba, en promedio, entre los 12 y los 14 años de edad. Sin embargo, el código penal bávaro de 1810 establecía como límite de la “mayoría penal” los 8 años de edad.

A pesar de que se declaraba a los jóvenes como penalmente responsables regularmente estuvieron previstas para ellos atenuaciones de la pena hasta los 16 y, finalmente, hasta los 18 años de edad.

El Código penal de 1810, a diferencia de los anteriores cuerpos legales, introdujo una mayoría penal condicionada una vez alcanzados los 16 años de edad. La condición establecida para tener “mayoría

penal” consistía en la facultad de distinción (Unterscheidungsvermögen-discernement) entre lo bueno (Recht) y lo malo (Unrecht). Dicho en otras palabras, como criterio de punibilidad, debía probarse para los jóvenes la denominada capacidad de diferenciación entre lo bueno y lo malo. Prusia y Baviera también adoptaron este último sistema en 1851 y 1861, respectivamente.

Más adelante, el Strafgesetzbuch für den Norddeutschenbund, del año 1870, ubicó el límite de la capacidad penal una vez cumplidos los 12 años de edad. Se establecía que a partir de esa edad, y hasta los 18 años, existía una capacidad penal condicionada, sobre la cual debía decidirse mediante la valoración de la capacidad de comprensión. Posteriormente, el Código Penal del imperio alemán de 1871 adoptó esta regulación. Por un lado fijaba una capacidad o mayoría penal una vez alcanzados los 12 años de edad, pero por otro estableció que la posibilidad de sancionar a los autores de un delito, con edades entre los 12 y los 18 años, dependía de la necesaria comprensión de la punibilidad (Strafbarkeit) de su comportamiento³, al momento de la comisión del hecho. Este cuerpo legal también prescribía que, una vez demostrada “la punibilidad” de un joven, debía atenuarse la pena.

2 El término “Strafmündigkeit” significa, literalmente, “mayoría penal”. En realidad, es utilizado en Alemania para distinguir la consecución de la capacidad penal, es decir, la transición de una etapa de la vida (asociada con la infancia), en que no existe responsabilidad penal alguna, a otra en que ya existe esta forma de responsabilidad. Sin embargo, su uso y su contenido son, efectivamente, imprecisos. El uso del concepto “Strafmündigkeit”, como ha advertido Ostendorf claramente, es irritante: ¡La persona joven aún no se ha vuelto “mayor” para ser sancionada penalmente! Precisamente por ese motivo tiene una responsabilidad penal distinta a la del adulto. Al respecto, Ostendorf, Op. Cit., p.57, Nm 32.

3 Así, Peters, K. Die Beurteilung der Verantwortungsreife; in: Undeutsch, U. (editor). Handbuch der Psychologie: Forensische Psychologie, Bd. II, Göttingen, 1967. p.260; Schaffstein/Beulke, Op. Cit., §3.

* Jugendgerichtsgesetz, en adelante LPJA (Ley penal juvenil alemana).

2. Regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes mediante leyes especializadas.

La primera ley penal juvenil alemana* se promulgó el 16 de febrero de 1923 con base en un proyecto de ley introducido por Gustav Radbruch, ministro de justicia de Alemania en aquel entonces. La LPJA de 1923 establecía que las personas eran “no punibles” (Straffrei) hasta los 14 años de edad. Con ello se elevó el límite de edad para la punibilidad de los jóvenes, que hasta ese momento había estado, -como ya se indicó-, en 12 años. Para las personas con edades entre 14 y 18 años existía una capacidad penal condicionada, y a partir de los 18 años regía una responsabilidad penal absoluta. Esto significa que, además de la edad, en esta ley también se establecían ciertas condiciones o requisitos para la responsabilidad penal de los jóvenes. Estos requisitos eran la madurez “espiritual” y la madurez ética o moral (geistige y sittliche Reife) del joven. En la LPJA de 1923, a diferencia de la actual, los requisitos de madurez estaban formulados de manera negativa⁴.

En el período nacional-socialista se dieron numerosos retrocesos en el derecho penal juvenil alemán. En esta época, más

precisamente el 6 de noviembre de 1943⁵, se promulgó la ley penal juvenil del tercer Reich⁶. Con ella entraron en vigencia, por ejemplo, las siguientes modificaciones legales:

(1.) El límite de la responsabilidad penal se rebaja, de nuevo, a los 12 años de edad, “...si la defensa del pueblo, dada la gravedad de la infracción, requiere de un castigo penal”⁷.

(2.) El derecho penal de adultos podía ser aplicado a los jóvenes “...cuando el sano espíritu del pueblo lo requiera, debido a la especialmente repudiable mentalidad del autor y debido a la gravedad del hecho”⁸.

(3.) También, mediante un decreto de septiembre de 1941, se instauró en el “derecho penal juvenil” la posibilidad de ordenar la prisión de los jóvenes por tiempo indeterminado, en caso de que existieran en ellos “inclinaciones nocivas”⁹.

(4.) Con la aplicación del derecho penal de adultos, también se podía aplicar a los jóvenes la pena de muerte¹⁰.

(5.) Se introdujeron como nuevas formas de sanción las denominadas medidas de orientación o disciplina y dentro de ellas,

4 Eisenberg, Op. Cit., §3, Nm 3.

5 RGBL (Reichgesetzblatt) I, 637, citado por Ostendorf, en: Op. Cit., p. 49, Nm 16.

6 En adelante RJGG.

7 Literalmente: “Wenn der Schutz des Volkes wegen der Schwere der Verfehlung eine strafrechtliche Ahndung fordert”, §3 Abs. 2. p. 2, RJGG 1943, citado por Ostendorf, Op.Cit., p. 49, Nm 16.

8 Literalmente: “Wenn das gesunde Volksempfinden es wegen der besonders verwerflichen Gesinnung des Täters und wegen der Schwere der Tat fordert”; §20 Abs. 1, citado Ostendorf, Ibid, p. 49, Nm 16.

9 Al respecto, Streng, Op.Cit., p. 21, Nm. 115.

10 Según Wolff solamente entre 1939 y mediados de 1943 se decretaron 61 penas de muerte contra jóvenes. Así, Wolf, J. Jugendliche Vor Gericht im Dritten Reich, 1992, p. 271, según cita de Ostendorf, Op.Cit., p.49.

como la más grave, el arresto juvenil¹¹. Estas personas podían ser ingresadas en un centro policial para la “protección de los jóvenes”, -entiéndase centros de concentración para jóvenes-, sin que mediara la orden de un juez.

En la RJGG de 1943, a diferencia de la LPJA 1923, se fijaron los requisitos de la madurez penal juvenil de manera positiva, esto es, estableciendo formalmente que la madurez debía probarse, como requisito de la responsabilidad penal de los jóvenes. No obstante, este cambio formal no produjo mayores modificaciones en la práctica material.¹² Esta regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes debe leerse en el contexto de un derecho penal autoritario, de un “derecho penal juvenil” basado, preponderantemente, en las características de personalidad de un joven, y no en la culpabilidad por el hecho cometido. La misma RJGG 43, en su art.1 II, restringía su vigencia a los alemanes. Para otros grupos de personas jóvenes, por ejemplo, los denominados “sub hombres” (“Untersmenschen”) o pueblos esclavos (“Sklavenvölker”), ni siquiera regían las leyes

alemanas, sino que regían reglamentos o decretos,¹³ donde se autorizaban tratamientos aún más gravosos. Siguiendo esta orientación, las directrices para la aplicación de la RJGG de 1943, emitidas el 15 de enero de 1944, establecían que:

“1. Los delitos de judíos... serán castigados por la policía. A ellos no se les aplicará la ley de tribunales juveniles del Reich... 3. A los gitanos y gitanos mestizos se les aplicará exclusivamente el derecho penal general, dado que la particularidad racial de los gitanos excluye la aplicación del derecho penal juvenil alemán, dominado por la idea educativa”^{14 15}.

Superada la etapa nacionalsocialista se promulgó en Alemania la LPJA de 1953. Con esta ley se elevó, de nuevo, el límite de la mayoría penal a los 14 años cumplidos. Esta ley rige en Alemania en la actualidad. Como aspecto novedoso, aún vigente, puede destacarse que en el art.105 de esta ley se establece que las personas con edades entre los 18 y menos de 21 años, “Heranwachsende”¹⁶, también quedan bajo la competencia de los tribunales penales

11 Dentro de este se aplicaba frecuentemente el castigo físico. Se suponía que este debía cumplir una función “educativa” para que el joven comprendiera que “en la vida fuera de la esfera jurídica... puede recibir una enérgica paliza”. Así, Schaffstein, Gesellschaft für deutsches Strafrecht, 1939, p.129, según cita de Ostendorf, Op.Cit., p.50.

12 Eisenberg, Op. Cit., §3, Nm 3.

13 Por ejemplo el “Polenstraftsrechts-VO”, un decreto o regulación especial que recogía el “derecho penal a aplicar sobre los polacos”. Así, Streng, Op.Cit., p.21.

14 Directrices para la Ley Penal Juvenil del III Reich del 15.1.1944, según cita de Ostendorf, Op. Cit., p.54. Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor.

15 Entre estas leyes, decretos y directrices de la Alemania nazi y algunas leyes autoritarias promulgadas recientemente en Honduras y El Salvador (las denominadas leyes “antimaras”) existen numerosas similitudes. Al respecto puede verse mi trabajo: “De la Hipocresía del Derecho Tutelar al Cinismo del Derecho Penal para Enemigos: Políticas Criminales Autoritarias y Algunas de sus Manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense”, en: AAVV, Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 1187-1244.

16 La palabra es de difícil traducción al español. Puede entenderse como “adolescente”. Este término, sin embargo, es impreciso, básicamente por dos razones: 1. También el otro grupo etario al que se aplica la LPJA alemana, el de los “jóvenes” (Jugendlicher), está compuesto por “adolescentes”, si se toma la palabra usualmente utilizada en español para designar a personas de entre 14 y 18 años de edad. 2. El término “adolescente” tiene una carga adultocéntrica intolerable: pertenecen a este grupo quienes “adolecen” de algo. Con este significado se tienda o bien a “patologizar” esta etapa de la vida, o a verla siempre en comparación con el modelo de “lo adulto”, respecto del cual -se supone- el joven “carece” siempre de algo. Por eso he optado por mantener el término en idioma alemán, dejando en claro, eso sí, que se trata de personas con edades comprendidas entre los 18 y los 21 años.

juveniles. Esto significa que todas las personas con esas edades deben ser acusadas ante un tribunal penal juvenil, el que habrá de decidir si se aplica el derecho penal juvenil o el derecho penal de adultos. En lo que más interesa para el tema acá abordado, la responsabilidad penal de los jóvenes se encuentra regulada por el art.3 de la LPJA vigente, el cual indica:

“Un joven es penalmente responsable si, al momento del hecho, es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y espiritual, para comprender el carácter injusto del hecho y para actuar según esa comprensión”¹⁷

Como puede apreciarse, se trata también de una responsabilidad penal condicionada. Además de una edad mínima¹⁸, las condiciones o requisitos de la responsabilidad penal de los jóvenes siguen siendo, justamente, la madurez “espiritual” y la madurez ética o moral. El concepto de madurez es parte fundamental de la responsabilidad penal juvenil. Pero ¿Qué significa “madurez espiritual” y “madurez moral”? O, planteado de otra manera ¿De dónde proviene el contenido de significado de tales conceptos?

3. Significado(s) y uso del concepto de “madurez espiritual” y de “madurez moral”.

La respuesta a las preguntas formuladas anteriormente no es uniforme. **El concepto de madurez, espiritual y moral es polisémico. Puede tener, y tiene, una pluralidad de significados¹⁹.** Me interesa identificar entonces:

- (1.) ¿Cuáles son los principales “contenidos de significado” que se pueden identificar para los conceptos de madurez espiritual y moral?, ¿De dónde provienen esos contenidos de significado?
- (2.) ¿Se emplean tales acepciones o significados aún en la actualidad?

a. La acepción idealista del concepto de madurez “espiritual” y moral.

Los conceptos de madurez espiritual y moral, son requisitos específicos que, en el derecho penal juvenil alemán, se vinculan con la posibilidad de los jóvenes de conocer el derecho. Son, por lo tanto, requisitos psicológicos específicos de la conciencia o

17 Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor.

18 Los menores de 14 años no son penalmente responsables en Alemania. Así se concluye tanto de la interpretación en contrario del art. 1 de la LPJA, como del artículo 19 del Código penal alemán.

19 Un simple ejercicio de comparación histórica permite comprobar esta afirmación. Dichos conceptos se emplean por primera vez en la LPJA del año 1923, y permanecen en la ley penal juvenil vigente en Alemania en la actualidad. Hoy en día, cierto sector de la psiquiatría forense y de la psicología del desarrollo en Alemania propone que el contenido de significado para ambos conceptos está dado por los planteamientos teóricos de Jean Piaget sobre el desarrollo psicológico-cognitivo y por la propuesta de Lawrence Kohlberg sobre el desarrollo psicológico-moral. Dado que las obras centrales de ambos enfoques psicológicos aparecieron y fueron difundidas con posterioridad al momento en que se incorporó por primera vez el concepto de madurez en la ley alemana (“Le jugement et le raisonnement chez l’enfant”, de Piaget fue publicado hasta en el año 1924. Las ideas de Kohlberg, muy posteriormente, en los años sesentas y setentas del siglo pasado), es evidente que los conceptos recogidos en aquel entonces no tenían el mismo contenido de significado mencionado y que algún sector propone en la actualidad. El contenido de significado del concepto de madurez ha variado a través de la historia.

conocimiento jurídico (Rechtsbewusstsein) de los jóvenes. En este punto conviene mencionar la acertada advertencia crítica planteada por Theodor Geiger, aplicable acá, en el sentido de que la ciencia jurídica recae, permanentemente, en una anticuada psicología acerca de la conciencia jurídica²⁰. Tal enfoque tiene una marcada influencia metafísica. De este modo:

“Si bien habría una dimensión psíquica de la vida jurídica, no obstante, la denominada “conciencia jurídica” sería un complejo de diversos factores, inaccesibles empíricamente, y sin ningún valor explicativo. De hecho puede comprobarse que la teoría general del derecho siempre ha celebrado triunfalmente la “conciencia sobre el derecho”, cuando esta se pierde en la niebla de la especulación metafísica”²¹

Visto el momento histórico en que se utilizan por primera vez los conceptos de madurez “espiritual y moral”, a principios del siglo XX, parece evidente que ellos remiten al concepto de Espíritu (Geist), que orienta gran parte de la filosofía idealista Hegeliana, y en particular a su “psicología” acerca del derecho, esto es, a su conceptualización acerca de la conciencia jurídica. Los significados de esos conceptos (y de otros conceptos vinculados a ellos, como los de “racionalidad”, conciencia valorativa (Wertbewusstsein), universo emotivo (Gefühlswelt), conciencia jurídica (Rechtsbewusstsein), sentimiento jurídico (Rechtsgefühl), adecuación a los sentimientos (Gefühlsmäßig), adecuación a

la razón (Verstandesmäßig)) y los atributos que designan, también pueden vincularse y derivarse, exclusivamente, del idealismo Hegeliano.

En los límites de este artículo no pretendo, ni podría acaso, desarrollar de manera detallada una descripción o un análisis de la filosofía idealista alemana, vinculada a las ideas de Hegel, ni tampoco acerca de la influencia que este enfoque ha tenido sobre esa “anticuada psicología acerca de la conciencia jurídica” en que, como acertadamente critica Geiger, recae constantemente el derecho. Solamente quisiera destacar un rasgo común que poseen conceptos formulados de tal manera. Con ellos se pretende explicar la realidad, y en particular, el conocimiento sobre el derecho que, en este caso, tienen o podrían tener los jóvenes, mediante categorías de análisis meramente intelectuales, formuladas de manera general y apriorística, esto es, siguiendo un método ontológico-deductivo. Este método, dicho sea de paso, ha dominado ampliamente el panorama teórico jurídico en Alemania mediante el denominado ontologismo jurídico (Rechtontologizismus). Dotados de un significado idealista, metafísico, ni el concepto de conciencia jurídica, ni los conceptos de madurez espiritual y moral serían accesibles empíricamente, y, parafraseando a Manfred Rehbinder, no poseen absolutamente ningún valor teórico-explicativo acerca de las posibilidades, psicológicas, materiales, de conocimiento del derecho, que efectivamente tienen los jóvenes.

20 Geiger, T., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. Auflage, Berlin, 1987, pp. 340-375; del mismo autor: *Über Moral und Recht*, Berlin, , 1979, p.178 y sgtes.

21 Rehbinder, M., *Rechtssoziologie*, 6. Auflage, München, 2007, p. 113. Traducción libre del alemán realizada por el autor.

Al efecto, puede brindarse un ejemplo sobre las consecuencias de este enfoque. El concepto de madurez moral también puede vincularse, exclusivamente, con el enfoque idealista de la ética material de los valores de Nicolai Hartmann. Según este enfoque los valores morales son un **a priori** para la ley penal y se encuentran depositados en la conciencia de las personas. De esto se infiere: como la ley penal se corresponde con los valores morales, los cuales, además se encuentran “depositados” en la conciencia de la gente, nada más hace falta un “esfuerzo de conciencia”, para poder “ver” los valores morales y para poder comprender el derecho y lo desaprobado por el derecho.

El deber de conocimiento, o el principio de que nadie puede alegar ignorancia de la ley, también puede sustentarse, de este modo, en tal supuesto idealista: Como el ser humano sabe, -en potencia al menos-, lo que es correcto o incorrecto (desde el punto de vista moral), y como la ley coincide siempre con algún valor moral, la madurez moral también podría definirse como madurez para hacer ese “esfuerzo de conciencia” requerido para conocer lo prohibido y penado por el derecho²². De este modo, por ejemplo, la “madurez moral” también puede reducirse a un postulado metafísico, no verificable. Así, podría indicarse que “madurez moral” es la capacidad para poder hacer el “esfuerzo de conciencia” que “permite conocer el derecho”²³. **Se supone que al tener ese desarrollo “espiritual” o “moral”,**

eso le permitiría al joven comprender que la conducta está desaprobada por el ordenamiento jurídico penal. El problema radica en que a tal concepto idealista no se le puede dotar de un contenido real-material, mínimamente verificable. Por ejemplo, ¿Qué significado tendría tal concepto abstracto de “madurez moral para hacer un esfuerzo de conciencia” en el contexto de las estructuras sociales de la desigualdad (clase, género, estrato, etc.) o de una sociedad pluralista o culturalmente fragmentada, en la que existen diversas estructuras normativas y diferentes patrones de comportamiento?

De modo que, una de las principales críticas que se le puede formular a tal acepción del concepto de madurez, es que parte de una noción idealista de sujeto, descontextualizado material y socio-culturalmente. A esto puede agregarse, que es dudosa la premisa de la que se parte, o sea, la equiparación entre valores morales e injusto penal y, consecuentemente, entre la capacidad de juicio moral y la capacidad de comprensión penal, de comprensión del carácter prohibido y penado de una conducta. Según considero, es esta inclinación metafísica, y no una imposibilidad absoluta de dotar de cierto valor de conocimiento (Erkenntniswert) a esos conceptos, la que hace que la jurisprudencia alemana haya caído en conceptualizaciones “esponjosas” o en fórmulas vacías, que no aportan ningún conocimiento acerca del fenómeno designado,

22 Así, Hartmann, Nikolai, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, Berlin, 5. Edición, 1965. XVI; 8. Una lectura crítica de este planteamiento, en español, puede verse en: Castillo González, Francisco. *El Error de Prohibición*, San José, editorial Juritexto, 1ª edición, 2001, pp.61-63.

23 Esto es, precisamente, lo que propone en Alemania cierto enfoque según el cual el análisis de la madurez de un joven debe realizarse exclusivamente en relación al error de prohibición. Para ese análisis se recurre únicamente al criterio hipotético-normativo de la posibilidad de realizar un “esfuerzo de conciencia” para conocer el derecho, según el conocimiento de un profano, o de un joven promedio. Véase al respecto, lo indicado en nota al pie número 75.

o sea, acerca de la madurez mental y moral. Pero, eso no significa que tales conceptos deban permanecer “atados” a esa concepción.

b. El concepto de madurez como “convencionalismo social”.

Ulrich Eisenberg, en sus comentarios a la Ley de Tribunales de Menores alemana, afirma que el concepto de madurez concierne a “... una convención que depende socio-culturalmente, que esta “cargada” ideológicamente, que se orienta a casos ideales y que no es, ni medible, ni computable”²⁴. Esta afirmación es, en principio, correcta, pero requiere de alguna precisión. Es obvio que el significado de numerosos conceptos como, por ejemplo, madurez, infancia o juventud está marcadamente condicionado, social, cultural e históricamente. Su significado, está asociado, por ejemplo, a indicadores fisiológicos o materiales (cambios fisiológicos propios de la pubertad, independencia económica, inicio de actividad laboral, por ejemplo) a partir de los cuales también se definen tales conceptos. Estos datos varían según distintas sociedades y épocas históricas, y eso hace que el significado de conceptos como los mencionados también varíe²⁵.

Debe aceptarse entonces, que el concepto de madurez es, al menos en una de sus acepciones, efectivamente, una convención social. No obstante, debe hacerse la observación de que, en realidad, tal atributo es compartido por una inmensa cantidad de

conceptos utilizados por la dogmática penal. Puede pensarse, por ejemplo, en el concepto mismo de delito, o en el concepto de locura o enfermedad mental. Ambos conceptos también pueden ser entendidos como “convenciones socio-culturalmente dependientes”. Sin embargo, la dogmática penal, para realizar una definición técnico-jurídica de delito, o de la capacidad de culpabilidad de adultos, no debe partir necesariamente del significado convencional de tales vocablos. Esto es, no debe renunciar a dotarlos de un determinado significado técnico jurídico, a hacer una formulación teórico-dogmática de aquellos términos. ¿Por qué habría de limitarse entonces el sentido del concepto de madurez a su significado convencional?

Una cuestión esencial en cuanto a este tema, entonces, es la siguiente: ¿Cómo y a partir de que criterios debe construirse tal formulación del concepto técnico jurídico de madurez? Diré acá, de manera muy breve, que la formulación de conceptos jurídicos y, en particular, la formulación de un concepto penal juvenil de culpabilidad, basado en el concepto de madurez, puede realizarse a partir de convenciones o teorías de la vida cotidiana (Alltagstheorien) o, por el contrario, puede vincularse a ciertos criterios empírico-científicos, efectivamente medibles, y verificables (al menos en algún grado) en un caso concreto.

La pertinencia de aquella observación inicial de Eisenberg se entiende entonces, si se le ofrece como un dato sociológico, pero

²⁴ Eisenberg, Op.Cit., §3, Nm 9. Traducción libre del alemán.

²⁵ Sobre las distintas acepciones del concepto de juventud, por ejemplo, puede verse: Schäfers, B. / Scherr, A. Jugendsoziologie. Einführung in Grundlagen und Theorien, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.

no si se pretende partir de ella para formular o rechazar un concepto teórico, como, por ejemplo, el de culpabilidad penal juvenil basado en la madurez. Dicho más claramente, aquella afirmación de que “el concepto de madurez es una convención” debe ser vinculada con una idea esencial, destacada por Ludwig Wittgenstein: el significado de las palabras depende del uso que se les de en diversos contextos (teóricos, por ejemplo)²⁶. De modo que partir de un excesivo énfasis en el significado convencional del concepto de madurez, podría desembocar, tanto en un escepticismo, infundado, sobre su utilidad y viabilidad para la formulación de un concepto como el de culpabilidad penal juvenil, como, en la utilización de teorías de la vida cotidiana para realizar tal formulación.

En otras palabras, para determinar la utilidad que puede tener el término “madurez” en la dogmática penal juvenil, se deben distinguir los significados que recibe dicho concepto desde distintos contextos teórico-científicos. Únicamente así se puede decidir luego, cuál de esos significados debe ser sistematizado dentro de la categoría analítica de la capacidad de culpabilidad penal juvenil. De existir esos otros significados (¡como efectivamente existen!) posibles para el término “madurez” ¿Aún conservaría éste concepto los atributos que le

asigna Eisenberg? ¿No podría eliminarse, o al menos atenuarse, mediante ese procedimiento (¡como lo ha hecho parte de la dogmática penal alemana con otros términos!) su condición de “convención socio-culturalmente dependiente, cargada ideológicamente, orientada en casos ideales y no medible, ni constatable”?²⁷ Apartándonos de la acepción idealista y de la acepción convencional del término madurez, ¿Qué otros significados le han sido asignados a dicho concepto?; o, lo que es lo mismo: ¿Desde qué otros criterios o categorías se ha intentado captar y definir la “madurez” en Alemania?

c. El concepto de madurez en el enfoque psiquiátrico forense.

En términos generales, en Alemania se pretende captar la madurez jurídico penal con categorías de la psiquiatría y la psicología forense. Dicho de otro modo, también desde la psiquiatría y la psicología forense se han ofrecido algunos significados para el concepto de madurez que contiene el art.3 LPJA, así como algunos criterios para su valoración. En el caso específico de la psiquiatría forense se sigue, a grandes rasgos, o bien un enfoque psiquiátrico patológico, o un enfoque al que he acordado en denominar como “eclectico”.

26 Acerca de los “juegos del lenguaje” (Sprachspiele): Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, Schriften 1, Frankfurt am Main, 1969, Nm. 19, 23, 241.

27 La pregunta clave, es ¿Adónde se encuentran esos otros significados?, y además, ahora desde un punto de vista metodológico: ¿Bajo cuáles criterios deberían seleccionarse esos “otros significados” para el concepto de madurez y con ello, para el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil?

Una vez que en la psiquiatría forense se acepta la posibilidad de verificar empíricamente la madurez^{28 29}, su significado ha sido reducido, en ocasiones, exclusivamente a factores patológicos³⁰. Así por ejemplo, Rasch ha sostenido que habría que equiparar una “madurez deficiente” con la oligofrenia (Schwachsinn)³¹. De este modo, la inmadurez se ubicaría, simple y llanamente, como un caso más de incapacidad de culpabilidad general, según el art.20 del Código Penal alemán. A partir de tal acepción este mismo autor sostiene que, para la aplicación del art.3 LPJA, una madurez insuficiente solamente se presenta en casos excepcionales (por ejemplo, aislamiento social prolongado) que impiden la socialización y la interiorización de valores morales, a pesar de que se tienen capacidades intelectivas normales³².

A este enfoque podemos denominarlo como “**la concepción psiquiátrico-forense patológica de la madurez**”. Tal perspectiva ha conducido a un sistema de regla-excepción para la valoración de la madurez de un joven inculcado penalmente. Esto significa que, en la práctica penal juvenil alemana, en ocasiones, cuando se sigue este enfoque, se presume la madurez como regla, y se tiene la inmadurez como excepción, en idéntico sentido a como se establece la relación entre “normalidad” y “anormalidad” o “patología psiquiátrica”³³, y entre imputabilidad e inimputabilidad en el derecho penal de adultos. De este modo, se entiende la madurez moral y mental como lo “normal” y, por lo tanto, se presume; mientras que la falta de madurez o madurez insuficiente se entiende como lo “anormal”, lo patológico, y, por lo tanto, lo que debe ser probado.

28 Dejo de lado una extensa referencia a la posición agnóstica, según la cual la categoría “madurez” es científicamente indeterminable desde la psiquiatría. En Alemania sostenían esta posición, por ejemplo: Bresser. P.H. Die Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden im Straf- und im Zivilrecht, en: Göppinger H./ Winter, H. (Editores), Handbuch der forensischen Psychiatrie II, 1972, pp. 1284-1288; y Witter. H., Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie, 1970, p. 183. En general, debe indicarse que esta posición derivaba de los reparos agnósticos que se dirigían respecto de la posibilidad de captar la capacidad de comprensión y la capacidad de dirección (Einsichts- o Steuerungsfähigkeit) mediante categorías empíricas de la psiquiatría. El reparo surgía porque tales categorías se vinculaban, casi exclusivamente, con el concepto de libre albedrío (Willensfreiheit), por lo que, ante la imposibilidad de captar empíricamente dicha capacidad de libre determinación en un caso particular, también se concluía que era imposible determinar la madurez.

29 En la actualidad las objeciones agnósticas de la psiquiatría pueden superarse si se vincula la madurez, y la capacidad de comprensión y de dirección con un concepto realista, como el de la asequibilidad normativa (normative Ansprechbarkeit), es decir, con la posibilidad de acceder a las normas jurídicas y de considerarlas en el momento de tomar una decisión conforme o contraria al derecho. De este modo, según mi parecer, sí existirían criterios teórico-empíricos para fijar la incidencia que tiene la madurez sobre la específica asequibilidad normativa que tienen los jóvenes. Una cuestión fundamental es decidir cuáles de esos criterios teórico-empíricos deben ser utilizados para dotar de significado al concepto de madurez del art.3 JGG, y en general, a un concepto penal juvenil de capacidad de culpabilidad y de conocimiento actual o potencial de injusto basado en la madurez.

30 Al respecto, Eisenberg. Op. Cit. §3, Nm 10.

31 Así Rasch, W; Forensische Psychiatrie, 10. Edición, Stuttgart, p. 77 y sgtes.

32 Rasch citado por Albrecht, P.A. Jugendstrafrecht, München, 2007, p. 97.

33 Acá el significado asignado a la madurez parte de la contraposición “patología” vrs. “normalidad”, tan arraigada en la psiquiatría positivista, y en el uso que hace de ella la dogmática penal de adultos. Esto ha generado que para los casos “normales” se acepte una valoración global, estereotipada de la madurez, sin mayor verificación, y que para los casos “no normales”, los peritos se inclinen tendencialmente más bien por afirmar y no por negar la madurez.

La principal crítica que se esgrime frente a esta posición sostiene que con ello se provoca una reducción del concepto de madurez. Se trata de una visión reduccionista, porque el concepto de madurez insuficiente se limita a casos exclusivamente patológicos, cuando en realidad debe considerar otros factores³⁴, como el grado de desarrollo cognitivo o moral, por ejemplo. A esto, agregaría yo, se puede oponer un reparo desde el punto de vista estrictamente jurídico: este enfoque no guarda coherencia con la LPJA alemana que, mediante su art.3, obliga a probar, y no permite presumir, la madurez mental y moral.

En síntesis, es posible que mediante el instrumental teórico propio de un enfoque exclusivamente psiquiátrico-patológico no se pueda realizar una adecuada conceptualización de la “madurez espiritual” (en el sentido de madurez de entendimiento cognitivo (kognitive Verstandreife)) y de la “madurez moral” que atañe a la comprensión de un sistema jurídico normativo. De ello, sin embargo, no puede derivarse que tales limitaciones también existan para otras disciplinas o teorías empírico-sociales. Debe indicarse, justamente, que ya dentro de la propia psiquiatría forense se adopta una posición diversa a la anterior. A esta posición se le puede denominar como **el enfoque psiquiátrico forense ecléctico o mixto**.

Destacados psiquiatras forenses alemanes, como Lempp, Schütze y Schmitz, sostienen que es posible ofrecer una respuesta empírica acerca de la madurez. De esta manera, combinan criterios psiquiátricos y psicológico-evolutivos para captar o valorar la madurez o, lo que es lo mismo, para “dotar de significado” al concepto de “madurez mental y moral” contemplado en la ley de tribunales de menores alemana³⁵. Schütze y Schmitz, por ejemplo, distinguen dos estados o formas distintas de inmadurez³⁶:

(1.) Estados de inmadurez que son el resultado de retrasos del desarrollo, de conformidad con criterios psicológico-evolutivos.

(2.) Estados de inmadurez que son el resultado de trastornos patológicos, según criterios psiquiátricos.

Estos autores se preocupan por aclarar que solamente el primer grupo de factores se puede vincular, propiamente, con el concepto de madurez espiritual y moral del art.3 LPJA³⁷. Los otros estados o formas de inmadurez son, en realidad, alteraciones psicopatológicas, que deben ubicarse bajo el concepto general de incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad del derecho penal general de adultos, recogido en el numeral 20 del Código Penal alemán. Al

34 Así, Strunk, P./Rapp, M./ Wenn A. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus Jugendpsychiatrischen Sicht, in: Busch M. (editor), Zwischen Erziehung und Strafe: zur Praxis der Jugendstrafrechtspflege und ihrer wissenschaftlichen Begründung; Festschrift für Karl Härringer zum 80. Geburtstag, Pfaffenweiler, 1995, p. 149.

35 Así Lempp, R., Gerichtliche Kinder und Jugendpsychiatrie, Bern-Stuttgart-Wien, 1983, p. 206 y sgtes.; Schütze, G/ Schmitz, G., Strafrechtliche Verantwortlichkeit, Strafreife und schädliche Neigungen, in: Lempp, Schütze, Köhnken (Editores), Forensische Psychiatrie und Psychologie des Kindes- und Jugendalters, pp. 147-151.

36 Así, sobre los estados de inmadurez (Unreifezustände): Schütze/Schmitz, Op.Cit., p. 150.

37 Schütze/Schmitz, Op. Cit., pp.148-151.

enfoque de Lempp, Schütze y Schmitz, debe reconocérsele una virtud en cuanto a claridad analítica: se tiene el cuidado de destacar que los conceptos de inmadurez que se ofrecen se vinculan con contextos teóricos distintos y, por lo tanto, que los criterios y los instrumentos para su averiguación son también diversos.

Los conceptos de madurez (o inmadurez) espiritual y moral se relacionan con las construcciones teóricas de la psicología del desarrollo y sus instrumentos de diagnóstico. Los trastornos patológicos con la psiquiatría y sus instrumentos^{38 39}. En Alemania esta distinción es absolutamente esencial, pues las consecuencias de constatar una u otra forma de “inmadurez”, conforme a la ley alemana, son totalmente distintas^{40 41}.

Respecto de los conceptos de madurez mental y moral, contemplados específicamente en el art.3 LPJA, estos autores parten de que ambos se ubican en una relación de dependencia. La capacidad de comprensión abstracta, propia de la madurez mental, por ejemplo, es un importante requisito, necesario, para el desarrollo de la capacidad moral. Pero un desarrollo cognitivo suficiente no asegura,

por sí solo, una madurez moral suficiente. A partir de esta idea, se exponen una serie de criterios complementarios para definir y valorar dicha madurez, fijada legalmente como requisito de la responsabilidad penal juvenil.

El concepto de madurez mental se vincula, esencialmente, con el coeficiente de inteligencia. Pero de inmediato se advierte que junto a éste dato es importante detectar también debilidades parciales en la capacidad intelectual, así como incluir una exploración de las estrategias que utiliza el sujeto examinado para dominar las circunstancias o situaciones de la vida común. De modo que, el concepto de madurez “espiritual” o cognitiva (madurez en sentido propio) según el enfoque psiquiátrico ecléctico puede entenderse, fundamentalmente, como:

(1.) Inteligencia suficiente. En este caso el concepto es dotado de significado a partir de teorizaciones sobre el coeficiente intelectual⁴². Cuando se habla del “grado de desarrollo cognitivo” este se asocia y se infiere, en la vida cotidiana, e incluso en la práctica forense, casi exclusivamente a partir de test para la medición de la inteligencia, o test psicométricos. Estos

38 Así, Schütze/Schmitz, Op. Cit., pp.148-151. Particularmente claros en esa distinción en p.150 de la obra citada.

39 Con base en esta clara distinción Ostendorf advierte que para la averiguación pericial de la madurez mental y moral se debe recurrir a psicólogos especializados en psicología del desarrollo o a psiquiatras juveniles e infantiles. Dado que no se trata de averiguar una enfermedad mental, o un trastorno de la conciencia, preferiblemente se debe prescindir de los psiquiatras, ya que su formación, generalmente, no abarca aptitudes o competencias basadas en la psicología del desarrollo. Así, Ostendorf, H. Gutachten zum Jugendgerichtsgesetz en: Lempp et al, (Editores), Forensische Psychologie... Op. Cit, p.135.

40 Detectado un trastorno patológico (krankhafte Störung) se ordena el internamiento en un centro psiquiátrico (art.20 y 63 CPA). Identificado un retardo del desarrollo (Entwicklungsverzögerung), que afecta la madurez espiritual (mental) o moral, se ordenan medidas tutelares (vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen), según el art.3, párrafo2 de la LPJA.

41 Las dificultades surgen cuando no se puede distinguir claramente si se presenta uno u otro fenómeno, porque se encuentran mezclados (esto sucede, por ejemplo, con el síndrome hiperquinético (hyperkinetischen Syndroms)); o bien, cuando se presentan simultáneamente ambas formas. Para estos casos se recurre a soluciones normativas: cuando existe duda se debe utilizar la medida menos lesiva; si se presentan ambos fenómenos se debe valorar la situación individual del joven para decidir. Así, Schreiber, HL.; Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, en: Venzlaff, U./ Foerster K (Editores.) Psychiatrische Begutachtung, Stuttgart- Jena- New York, 1994.

42 Así, Ostendorf, Jugendstrafrecht, Op.Cit, p.59, Nm34.

test proporcionan un coeficiente global de inteligencia, así como un perfil de inteligencia del evaluado⁴³. La medición del coeficiente intelectual se basa en las investigaciones psicométricas realizadas por el psicólogo francés Alfred Binet y en planteamientos teóricos derivados. Según Binet para medir la inteligencia de un niño se le coloca o compara frente al adulto promedio como parámetro, y se comprueba cuán lejos se encuentra el niño (o más exactamente, los resultados obtenidos de él mediante un test) de aquél parámetro⁴⁴. Frente a este enfoque se ha expuesto en tono crítico que, si bien se han dado algunos “refinamientos” en el método psicométrico, finalmente la inteligencia se mide aún con base en el nivel alcanzado por el “adulto promedio”, considerado como medida y parámetro^{45 46}.

(2.) La madurez cognitiva también se entiende como capacidad de razonamiento abstracto suficiente. En este caso, el concepto de madurez obtiene su contenido de significado de la teoría sobre el desarrollo cognitivo planteada por Jean Piaget y por formulaciones teóricas derivadas⁴⁷. Por ahora, quisiera

destacar nada más, que uno de los grandes aportes de Jean Piaget consiste en romper con el enfoque de Binet. En lugar de comparar al niño con un adulto, Piaget se interesó más bien por realizar una inmensa cantidad de observaciones y de experimentos prácticos, con el fin de identificar los errores cometidos específicamente por los niños al pensar (lo cual nunca fue un tema de estudio para Binet). De esta forma pudo distinguir, detalladamente, la manera en que evolucionaban dichos errores y, con ello, diferenciar distintos modos de pensar, diversas etapas en el desarrollo cognitivo.

Por otra parte, el enfoque psiquiátrico ecléctico también acepta el concepto de **madurez moral** (sittliche Reife), cuyo significado se relaciona, usualmente, con el concepto de desarrollo moral de Lawrence Kohlberg. En este sentido, se entiende que existe una madurez moral suficiente, de acuerdo con los criterios dados por Kohlberg en su teoría de los estadios de desarrollo moral, cuando se ha alcanzado el nivel de razonamiento moral convencional en que existe ya la consideración de un sistema normativo⁴⁸.

43 El coeficiente global de inteligencia detalla el “nivel de inteligencia”. El ámbito de la “normalidad” se ubica entre el rango de 85 y 115 puntos de coeficiente intelectual. El perfil de inteligencia, por su parte, abarca un ámbito de 11 tareas o funciones distintas y proporciona una idea general sobre fortalezas o trastornos parciales de la capacidad cognitiva. Para todo: Schilling, U. Begutachtung von Strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Schulfähigkeit aus der Sicht eines Jugendpsychologen, en: NSTZ, 1997, #6, pp.261-265; Schütze/Schmitz, Op. Cit., pp. 147-155; Loevinger, J. Stages of Personality Development, en Hogan, Johnson and Briggs (editores) Handbook of personality psychology, 1997, San Diego Academic Press, pp.199-207.

44 Así, Pollack, R. H. Experimental Psychology of Alfred Binet, Springer Publishing, 1969.

45 Así Loevinger, Op.Cit., p.199.

46 Se trata, abiertamente, de una práctica y una construcción teórica adultocéntrica.

47 Con el fin de aprehender tales atributos estos autores sostienen la necesidad de combinar un test de inteligencia libre de determinantes lingüísticos (sprachfreier Intelligenztest), con un test vinculado al lenguaje (sprachgebundenen Test). Mencionan que en Alemania, habitualmente, se utilizan, respectivamente, el test Standard Progressive Matrices, (SPM) y el Hamburg-Weschler- Intelligenz Test (HAWIE-R Test). Así, Schütze/ Schmitz, Op. Cit., p. 148.

48 Estos mismos autores mencionan que no existen test recientes para registrar los niveles de desarrollo moral. Para suplir esta falta de test usualmente se recurre a instrumentos anticuados como, por ejemplo el tes grupal para actitudes sociales de Joerger (S-E-T P por sus siglas en alemán). Sin embargo, recomiendan la aplicación extensiva del denominado TAT (Thematischen Apperzeptions-Test) mediante el cual se puede captar el desarrollo moral Con ese fin también se recurre al PFS (Picture frustration test). Schütze/Schmitz, Ibid., p. 149.

De todo lo dicho quisiera subrayar, como se ha venido mostrando, que la doctrina penal juvenil, la psiquiatría y la psicología forense se valen del carácter polisémico o “poroso” del concepto de madurez para dotarlo de los más diversos significados y, con ello, para utilizarlo como mejor convenga. Se emplean los más diversos contenidos de significado para el concepto de madurez. La jurisprudencia alemana, por su parte, no se ha preocupado por precisar el contenido de significado de este concepto. Así, por ejemplo, el BGH (Tribunal federal alemán) ha afirmado, en relación a la madurez moral, que el joven “debe haber elaborado correctamente, conforme al sentimiento (gefühlsmäßig), los postulados morales que sirven de fundamento a los mandatos y prohibiciones del derecho penal”⁴⁹ y que debe “experimentar los preceptos [penales] como un valor moral y poder percibir su acción como jurídicamente reprochable”⁵⁰, pero, al parecer, sigue vinculando esta definición al enfoque idealista a que se ha hecho referencia. En otras palabras, no se ha preocupado por indicar cómo puede medirse o valorarse tal “arraigo o adecuación a los sentimientos”.

Peter Albrecht ha criticado, con razón, el uso que ha hecho la jurisprudencia alemana de conceptos como “racionalmente conforme” (verstandesmäßig) y “adecuación a los sentimientos” (gefühlsmäßig), cuando los vincula con los conceptos de madurez espiritual y moral, sin que tales conceptos puedan implementarse, ni empírica, ni

normativamente⁵¹. **Frente a este panorama, me parece que la psicología del desarrollo o psicología evolutiva ofrece algunas hipótesis plausibles, empíricamente constatables, para superar esta añeja psicología acerca de la conciencia jurídica, y para dotar de un contenido de significado preciso al concepto de madurez.** Por ello, es importante precisar el significado que tiene el concepto psicológico evolutivo de madurez, así como destacar la manera en que ha sido incorporada tal acepción, -al menos, por algún sector de la doctrina, la psicología y la psiquiatría forense-, en el concepto penal juvenil de capacidad de culpabilidad.

II. El significado psicológico-evolutivo de la madurez y su introducción en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil alemán.

Desde hace largo tiempo el concepto de madurez espiritual y moral también se define en Alemania a partir de los planteamientos teórico-empíricos de la psicología del desarrollo. A favor de este concepto y de su uso forense, Wegener afirmaba, tiempo atrás, que:

“... el agnosticismo resignado que se defiende por algunos autores, en relación a las posibilidades de medición pericial del artículo 3 JGG,... no se justifica. Las posibilidades psicológico-evolutivas y psicológicas de los psicólogos amplían, en una medida considerable, la base de decisión del juez”⁵²

49 Así BGH 345 (Sentencia del Tribunal Federal Alemán, #345), de 1956, según cita de Albrecht, Op.Cit., p.98.

50 Así BGH, EJC CI Nr. 3, según cita de Bohnert, Op.Cit., pp.249-250. Lo escrito entre paréntesis cuadrado se suple.

51 Es decir sin indicar cómo puede medirse o valorarse tal “arraigo o adecuación a los sentimientos”. Albrecht, Op. Cit., p.98.

52 Wegener, H., Einführung in die forensische Psychologie, Darmstadt, 1981, p.159.

El significado de los conceptos de madurez “espiritual o mental” y de madurez mental también ha sido “tomado” de las formulaciones teóricas de de Piaget y Kohlberg. Dicho en otros términos, ciertos conceptos y categorías de esas teorías han sido introducidos en el derecho penal juvenil material con el fin de utilizarlos para la decisión acerca de la responsabilidad penal de un joven⁵³. Sobre este enfoque en particular, me interesa:

(1.) Destacar el significado del concepto de madurez a partir de los planteamientos de Piaget y Kohlberg.

(2.) Identificar algunas hipótesis plausibles, que se derivan de este significado en particular, para la explicación de la comprensión que pueden tener los jóvenes del derecho y del carácter ilícito un hecho.

(3.) Exponer la manera en que se incorpora ese contenido de significado en el derecho penal juvenil material.

(4.) Presentar algunas ventajas y ciertas limitaciones que tiene la incorporación del concepto psicológico evolutivo de madurez en el derecho penal juvenil material.

1. Significado del concepto de madurez en el enfoque psicológico evolutivo.

Como ya se ha adelantado, el enfoque psicológico evolutivo vincula el significado de los conceptos de madurez cognitiva y de madurez moral, establecidos en la LPJA, con los planteamientos teóricos de Jean Piaget y de Lawrence Kohlberg. Dicho de manera breve:

(1.) Se considera, que alguien tiene suficiente madurez “espiritual”, mental o cognitiva, si ha alcanzado una etapa de razonamiento formal-abstracto, según los criterios dados por Piaget⁵⁴.

(2.) Se entiende que alguien tiene suficiente madurez moral si se ha dado el paso de la etapa pre-convencional, a la etapa convencional de orientación por el ordenamiento o sistema jurídico en el desarrollo moral, según ciertos criterios dados por Kohlberg^{55 56}.

Ambos planteamientos se apoyan en una idea central del enfoque psicológico evolutivo, la cual indica que **las capacidades psicológicas (cognitivas y morales) se desarrollan gradual y permanentemente en el transcurso de la vida del ser humano**. Con ello, el concepto de

53 Así, Eisenberg, Op. Cit., §3, Nm 12a.

54 Así, Eisenberg, Op. Cit., §3, Nm 12a.

55 Así, Schütze/Schmitz, Op. Cit., p.149 y sgtes.; Lemm, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Rechtbrecher, Münster, 2000, p.151; Ostendorf, Jugendstrafrecht... Op.Cit., p.59, Nm 34.

56 Ambas perspectivas han recibido importantes críticas. Frente a la teoría del desarrollo psicológico cognitivo de Piaget se destaca su insuficiente fundamentación empírica, debida a deficiencias metodológicas. A la teoría del desarrollo moral de Kohlberg se le reprocha, fundamentalmente: (1.) Que tiende a presentar de manera muy rígida la sucesión de los estadios de desarrollo moral que utiliza; (2.) Que solo abarca una parte muy limitada de todos los dilemas morales posibles, a saber, la elección entre dos alternativas de comportamiento excluyentes entre sí, pero moralmente defendibles; motivo por el cual la evaluación sobre la escala de niveles morales se ejecuta mediante la calidad del fundamento dado. Así, Eisenberg, Op.Cit. §3, Nm 12 a. Sin embargo, estas críticas han sido respondidas por quienes siguen el enfoque cognitivo evolutivo, y muchos de los defectos metodológicos señalados han sido superados.

madurez se desliga del concepto psiquiátrico de trastorno patológico y del sistema de regla-excepción, al que ya se ha hecho referencia. En la psicología evolutiva o psicología del desarrollo se han formulado entonces, ciertos criterios para diferenciar distintas etapas en el desarrollo de las capacidades psicológicas de las personas. Esto permite distinguir las capacidades psíquicas que poseen los jóvenes, de las que tienen los adultos o, lo que es lo mismo, permite diferenciar las etapas de desarrollo psicológico (cognitivo y moral) en que se encuentra un joven, de aquellas etapas de desarrollo en que, usualmente, se ubica un adulto.

Lo que ha hecho la psicología del desarrollo clásica es verificar mediante observación empírica que, usualmente, o sea con un margen de **probabilidad estadístico**, a determinadas edades se adquieren y se desarrollan ciertas capacidades psíquicas. De este modo, se concluye que “a cierta edad, usualmente, un sujeto ha alcanzado tal o cual nivel de desarrollo psíquico”. Pero entre la edad cronológica y el grado de desarrollo psíquico, (cognitivo o moral, por ejemplo) de un joven, no existe un vínculo de implicación. En el período de la juventud, a mayor edad son particularmente más frecuentes determinados estados o niveles de desarrollo psicológico, sin embargo, esto está muy lejos de una exclusividad de estados en determinadas fases de la vida⁵⁷.

Lo dicho no es obstáculo para sostener que, de manera general, se puede diferenciar el avance o desarrollo por etapas o el grado de madurez psíquica de una persona, conforme evoluciona su capacidad para implementar ciertas funciones de manera más compleja. Esto permite comparar y diferenciar los niveles de desarrollo psíquico de los jóvenes, de aquellos en que usualmente se ubican los adultos⁵⁸. **Por ello se puede afirmar que el grado de desarrollo psicológico alcanzado por los jóvenes, hasta ciertas edades límite, usualmente conlleva diferencias en su competencia o capacidad de comprensión y de decisión, si se le compara con un adulto.** Pero, ¿Cuál es el contenido de eso que difiere en la madurez de un adulto y la de un joven?, y ¿Por qué esto incide en su diversa capacidad de comprensión del derecho? La psicología del desarrollo, o psicología evolutiva ofrece algunas hipótesis plausibles, empíricamente constatables, para responder a estas preguntas.

a. El desarrollo cognitivo según Jean Piaget.

Por **desarrollo cognitivo** se entiende entonces, la evolución gradual de la manera en que piensan los seres humanos⁵⁹. Para nuestros fines interesa, sobre todo, hacer referencia al denominado “nivel de las

57 Masche, J. Entwicklungspsychologische Überlegungen zu wesentlichen Stationen und Kompetenzen während des Jugendalters. En: DVJJ-Journal: Zeitschrift für Sozialisationsforschung und Erziehungssoziologie, 1999, 1, Nr. 163, pp. 30-36.

58 Masche, Ibid, p.30.

59 Según Piaget las etapas o estadios del desarrollo cognitivo del ser humano son cuatro: 1.El estadio senso-motor; 2. El estadio preoperatorio; 3. El estadio de las operaciones concretas; 4. El estadio de las operaciones lógico formales o abstractas. Para todo: Piaget, J. Das moralische Urteil beim Kinde. München, 2. Aufl, 1990; Montada (Leo), Die geistige Entwicklung aus der Sicht Jean Piagets, en: Oerter R./ Montada L. (editores), Entwicklungspsychologie, 3a edición corregida, München-Trier, 1995, pp. 518-560; Steinberg (Laurence) y Cauffman (Elizabeth), Maturity of Judgement in Adolescence: Psychosocial Factors in Adolescence Decision Making, en: Law and Human Behavior, Vol.20., No. 3, 1996, p.250.

operaciones lógico-formales o abstractas”⁶⁰. ¿Por qué resulta relevante la consecución de la etapa “formal abstracta”, como un criterio para definir la madurez requerida para comprender el derecho? La psicología evolutiva de enfoque cognitivo sostiene que el ser humano puede realizar operaciones o consideraciones de tipo hipotético-deductivo⁶¹ o experimental (esto significa, que puede apartarse de las meras observaciones y afirmaciones basadas en lo visible o en lo concreto), para plantearse una solución determinada, únicamente hasta que se da el paso a la denominada “etapa de razonamientos lógico formal o abstracto”⁶².⁶³ Con el pensamiento formal abstracto se supera una visión parcial o unidimensional de la realidad, y el niño o joven recién adquiere la habilidad para emplear un nivel de sofisticación en el pensamiento hipotético, abstracto, deductivo, que normalmente no existe antes de la adolescencia⁶⁴.

Esto resulta relevante, porque la capacidad de relacionar distintas variables abstractas en el pensamiento, además de que le sirve al sujeto para la explicación de relaciones naturales de causa efecto, le resulta útil para realizar definiciones conceptuales y para la reflexión sobre derechos y obligaciones⁶⁵. **Conforme aumenta la capacidad de pensamiento formal abstracto, aumenta también la capacidad individual de descentración (Decentration)⁶⁶, o a la inversa, se posibilita una disminución de la tendencia individual al egocentrismo. Esto permite que las decisiones se tomen con una mayor perspectiva (Perspective)⁶⁷.**

La toma de una decisión, por ejemplo, la de cometer un delito, puede verse afectada por el grado de desarrollo de los factores cognitivos (descentración-perspectiva) antes mencionados. Un desarrollo insuficiente de la capacidad de abstracción (y consecuentemente de la descentración y la perspectiva), conlleva

60 Los términos “Pensamiento lógico-formal”, “capacidad de realizar operaciones abstractas” o “capacidad hipotética-deductiva” se utilizan como sinónimos.

61 Así, Masche, J., Op.Cit. p.31; Montada, L. Die geistige Entwicklung...Op.Cit., p.540.

62 Montada, Ibid. p.540-541; Masche, Ibid. p.31; Schilling, U. Op.Cit., p. 261.

63 Así, por ejemplo, si se plantea a un niño o joven ubicado en una etapa previa (la de “operaciones concretas”) lo siguiente: “No debes burlarte de esa persona por su apariencia. ¿Qué dirías si se burlaran de la tuya? Probablemente este niño respondería: yo no tengo esa apariencia (ergo, nadie se burlará de mí, y por ello no tengo porqué no hacerlo respecto de otro). En este caso el niño apoyará su respuesta, su pensamiento, en una información concreta, sin plantearse otras variables o posibilidades hipotéticas, para la construcción de dicha respuesta. Un joven ubicado en la etapa de operaciones abstractas, por el contrario, podrá plantearse otras posibilidades hipotéticas, combinarlas con otras informaciones, y a partir de ellas pensar y construir su respuesta. Para el ejemplo mencionado, el joven podría plantearse la hipótesis abstracta de que otra persona se burle de su apariencia, aunque él no sea igual a otro niño. Luego asociar esta posibilidad a la idea de que entonces todas las personas podrían burlarse de otros, y a partir de ello responder si debe o no burlarse de la apariencia de otra persona.

64 Schilling, Op. Cit., pp.261-262.

65 Montada, Ibid. p.541

66 La descentración es la capacidad para desplazar el foco de atención propio, lejos del centro de un problema, es decir, lejos de: a. Uno mismo (como opuesto a los otros); b. Lejos de la situación inmediata (en oposición al futuro), y c. Lejos de los costos y beneficios más obvios (en oposición a los menos aparentes). Así., Steinberg, L./ Cauffman, E. Maturity...Op.Cit., p. 263.

67 La perspectiva está compuesta por una serie de capacidades psíquicas que permiten al joven pensar y formar su decisión a partir de criterios más amplios, a saber: a. Capacidad de percibir las consecuencias de su decisión a corto y largo plazo (time perspective); b. Capacidad de percibir cómo su acción o decisión afecta a otros (role taking-perspective taking); c. Capacidad para ubicar una decisión en el contexto de otros, como cuando los costos y beneficios de una acción son considerados simultáneamente (cost Benefit calculus). Así, Scott, E./ Repucci, N./ Woolard, J. Evaluating adolescent decision making in legal context, en: Law and Human Behavior, 19, 1995, pp.221-244; Steinberg y Cauffman, Op. Cit., 1996, pp.262-263.

una menor capacidad cognitiva para la toma de decisiones⁶⁸. De modo que este es requisito mínimo-necesario para comprender y actuar **respecto de cualquier injusto penal**. El desarrollo gradual de capacidades cognitivas, conlleva a que, usualmente, y hasta ciertas edades, la capacidad de abstracción de un joven y un adulto difieran, y eso incide en su diversa capacidad de comprender el derecho.

b. El desarrollo moral según Lawrence Kohlberg.

Lawrence Kohlberg desarrolló su “**teoría cognitiva evolutiva de la moralización o teoría del desarrollo moral**” a partir de los planteamientos de Piaget. Por desarrollo moral se entiende el proceso gradual, por etapas, a través del cual se modifican y evolucionan los criterios morales con base en los cuales las personas deciden lo que es

bueno o malo^{69 70}. A diferencia de Piaget, quien distingue solamente dos estadios generales de desarrollo moral (juicio moral heterónomo y juicio moral autónomo), Kohlberg identifica 6 etapas para dicha forma de desarrollo⁷¹. Estas etapas de desarrollo abarcan la adolescencia e incluso parte de la adultez temprana. Para los objetivos de este aporte, interesa destacar el “nivel convencional” del desarrollo moral y dentro de este, en particular, el estadio de “orientación por las leyes y el ordenamiento”. ¿Por qué resulta relevante la consecución de esta etapa como un criterio para definir la madurez requerida para comprender el derecho?

Según este enfoque sobre el desarrollo moral, el ser humano puede comprender y orientar la propia conducta con base en las reglas codificadas en las leyes y en cierto ordenamiento social, implementadas en

68 Cauffman, E./ Steinberg, L. (Im)maturity of judgement in adolescence: Why adolescents may be less culpable than adults. Behavioral Science and the Law, 18, 2000, p.744.

69 Para todo, puede verse: Montada, L. Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation, en: Oerter y Montada, Entwicklung Psychologie, pp. 862-894; Schütze y Schmitz. Strafrechtliche... Op.Cit., pp.148-150; En español: DAVIDOFF (Linda), Introducción a la Psicología, México D.F., McGraw Hill, 3ª edición, 1993, págs. 460-462.

70 Además de la teoría de Kohlberg existen otras propuestas teóricas sobre el desarrollo moral. Así, por ejemplo, una teoría con la misma base piagetiana, y con conclusiones similares a las de Kohlberg, aunque, desde mi perspectiva, menos elaborada, ha sido desarrollada más recientemente por Selman. Véase: Selman, R., The growth of interpersonal understanding: Developmental and clinical analices. New York Academic Press, 1980.

71 Según Kohlberg, la capacidad de juicio moral se desarrolla en seis estadios, distribuidos a través de tres niveles distintos:

A.- El nivel preconventional. Este nivel se subdivide en dos estadios: 1) El estadio de la moral heterónoma, o de orientación de la conducta en función del castigo y la obediencia, al pie de la letra, de las reglas; 2) El estadio del individualismo o de orientación instrumental-relativista del intercambio, para la maximizar los intereses individuales y minimizar las consecuencias individuales negativas. Prevalecen parámetros de comportamiento que le orienta a la satisfacción de necesidades individuales.

B.- El nivel convencional. Subdividido en: 3) El estadio de la conformidad con las normas interpersonales. En ella la perspectiva individual es coordinada bajo la perspectiva de una tercera persona, con el objetivo de conservar la confianza interpersonal y el reconocimiento en el grupo. Como parámetros de comportamiento se tienen las expectativas compartidas, que sirven para la conservar las relaciones, la lealtad y confianza del grupo. 4) El estadio de la orientación moral por el sistema social o de “ley y orden” (law and order level). En este caso se incorporan como parámetros de comportamiento las reglas, obligatorias, codificadas en leyes y prácticas institucionalizadas.

C.- El nivel posconvencional o de principios. Tiene dos estadios: 5) El de la orientación legalista o de contrato social. 6) La etapa de orientación en principios éticos universales. Así, Kohlberg (Lawrence). Moralische Entwicklung, en: W. Althof (editor): Die Psychologie der Moral Entwicklung. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995, pp. 7-40, 41-80; Burgard, Peter. Das Verhältnis von Recht und Moral in den Theorien von Kohlberg und Piaget, en: H. Jung, H. Müller Dietz und U. Neumann (editores), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986:, pp.91-92.

prácticas institucionalizadas, y tenidas como válidas de manera general⁷², hasta que alcanza una etapa de “orientación moral por el sistema social o de “ley y orden”. **La presunción implícita en la teoría del desarrollo moral de Kohlberg es la de que los avances en el desarrollo moral capacitan o posibilitan a las personas para que tomen decisiones o actúen de un modo más pensado o reflexivo.** Siendo así, también la comprensión y decisión de cometer un delito, por ejemplo, puede verse determinada por el grado de desarrollo moral alcanzado por una persona. A mayor desarrollo moral, -se afirma implícitamente-, los individuos serán más capaces de ubicar un problema, una decisión, en un contexto más amplio que el meramente pre-convencional.

Con el paso a esta etapa de desarrollo del juicio moral el joven supera una etapa de juicio preconvenicional y convencional grupal⁷³ y recién adquiere la habilidad para incorporar ciertas reglas de validez general en sus decisiones. Un desarrollo insuficiente de la capacidad o el desarrollo moral, conlleva una menor capacidad para la toma de decisiones. Por ello se considera que la consecución de la etapa de **“orientación moral por el sistema jurídico o de “ley y orden” es un requisito mínimo necesario para comprender y actuar respecto de cualquier conducta seleccionada por la ley penal como ilícita,**

respecto de cualquier injusto penal. Según aquella idea central de la psicología evolutiva, a la que ya se ha hecho referencia, también las capacidades de juicio moral se desarrollan de manera gradual, y esto conlleva que, usualmente y hasta ciertas edades, la madurez moral de un joven y un adulto difieran. Eso determina que su capacidad de comprender el derecho sea diversa.

2. Incorporación del concepto psicológico evolutivo de madurez en el derecho penal juvenil material.

Como se ha visto, el art.3 de la LPJA establece que el desarrollo suficiente, o, lo que es lo mismo, que la madurez “espiritual” y “moral” suficiente, es un requisito de la responsabilidad jurídico penal de los jóvenes. Con ello se introduce el concepto de madurez en el derecho penal juvenil material. En la ley alemana, sin embargo, no se indica (y no se puede exigir que así se haga) expresamente, en cuál de las categorías utilizadas para fijar la responsabilidad penal de un joven, esto es, en cuál de los componentes del concepto jurídico de delito, se ubica dicho concepto de madurez. Tampoco se explica la forma, o sea, la estructura analítica, mediante la cual se introduce la idea de madurez en tal concepto jurídico. De igual manera, el precepto legal se mantiene abierto respecto del significado con el

72 Steinberg y Cauffman, Op. Cit., 1996, p. 265.

73 En el estadio anterior al nivel convencional si bien se tienen como parámetros de comportamiento normas interpersonales, estas se refieren a expectativas compartidas bajo la forma de derecho no codificado, o de parámetros morales asociados a vínculos emocionales inmediatos. En otras palabras, en el primer estadio del nivel convencional se tiende a tener como reglas absolutas las expectativas del grupo inmediato de referencia (familia, grupos de pares): bueno es lo que ese grupo defina como tal. Por otra parte, en el nivel anterior de desarrollo moral (nivel preconvenicional) prevalece, para decirlo en términos de Piaget, una capacidad de decisión heterónoma, caracterizada por la obediencia a patrones, figuras y reglas de autoridad, la cual está adecuada a objetivos inmediatos y en la que no se consideran, o esto se hace de manera muy escasa, los efectos de las propias acciones para otras personas

que debe entenderse el concepto de madurez adoptado.

Corresponde, por lo tanto, realizar algunas precisiones al respecto. De seguido explicaré las cuestiones mencionadas y, sobre todo, distinguiré las que considero son algunas ventajas y limitaciones que conlleva la introducción de un concepto psicológico evolutivo de madurez en la categoría analítica correspondiente.

a. Sobre la ubicación del concepto de “madurez” penal juvenil en el concepto técnico jurídico de delito.

La mayor parte de la doctrina penal juvenil alemana ubica la madurez moral y mental como un componente de la capacidad de culpabilidad^{74 75}, es decir, en

el primer componente analítico del concepto de culpabilidad en sentido estricto⁷⁶. La capacidad de culpabilidad penal juvenil posee dos “pisos” o niveles analíticos:

(1.) Un primer nivel formado por dos componentes:

- (a.) La “madurez espiritual”.
- (b.) La “madurez moral”.

Este nivel se expone en el art.3 de la ley alemana cuando indica “Un joven es penalmente responsable, si, al momento del hecho, es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y espiritual...”

(2.) Un segundo nivel integrado por dos componentes:

74 En alemán: Schuldfähigkeit. El término significa, literalmente, “capacidad de culpabilidad”. En nuestro medio se utiliza, profusamente, en su lugar, el concepto “imputabilidad”. En los límites de este artículo se les utiliza como sinónimos.

75 Un sector minoritario de la doctrina penal juvenil considera que lo regulado en el artículo 3, párrafo primero, de la LPJA es un error de prohibición. De este modo equipara la madurez, necesaria para la comprensión de injusto (Einsichtsfähigkeit), con la conciencia actual o potencial de injusto del error de prohibición. Sostienen esta posición, por ejemplo: Detalladamente: Bohnert, J. Strafmündigkeit und Normkenntnis; in: NSTZ (Neue Zeitschrift Für Strafrecht), Heft 6, Juni 1988, pp. 249-255; Diemer in: Diemer, H./ Schoreit, A./ Sonnen, B.-R. Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, Heidelberg, 4. neu bearbeitete Auflage, §3, Rn. 3, 4, 8 y 9, 2002; Dallinger, W./ Lackner, K. Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 1. Edición 1955, §3, Nm. 4. Estos últimos autores, sin embargo, parecen modificar su posición en una edición posterior de sus comentarios, en donde indican que la madurez o inmadurez (asociada a la capacidad de culpabilidad) y el error de prohibición son categorías diversas del derecho penal juvenil, que deben probarse independientemente, la primera mediante métodos psicológico-forenses. Así, Dallinger/ Lackner. Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin, 2. Edición 1965, Rn 4, 5, 7. 35. La posición que considera que lo regulado en el artículo 3 de la LPJA es un error de prohibición, no es satisfactoria. Sustituye la demostración empírica de la madurez, realizada mediante instrumentos psicológicos o psiquiátrico forenses, por una determinación exclusivamente hipotético-normativa: Tiene “madurez”, quien debe o debía realizar un esfuerzo de conciencia (Gewissensanspannung) para conocer el derecho. Este último criterio carece de contenido real-material para fijar el conocimiento actual o potencial que tiene, o podía tener, una persona joven, en particular, respecto de un injusto penal. Además, con el uso que le asigna el enfoque mencionado, se anula toda consideración psicológico-forense, empírica, acerca de la madurez o desarrollo psicológico requerido para comprender el derecho. Una crítica rigurosa a tal enfoque se encuentra en Walter, M/ Kubink, M. §3JGG- 17 StGB: gleiche Tatbestandsstruktur?; in: GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht), Heft 2, Februar 1995, pp. 50-59.

76 Para todo: Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil, B.I., München, 2006, §20, Nm 52, p.912; del mismo autor, en español, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Madrid, 1ª reimpresión de la 1ª edición, 1999, §20, Nm 51. De manera implícita: Eisenberg, Op.Cit., §3 Nm 4-10, 33-34; Ostendorf, Op. Cit., p. 57, Nm.32; Albrecht, P. Op.Cit, pp.96-99; Streng, Op. Cit., pp.26-30; Rupp-Diakojanni, T., Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, 1990, p.115 y sgtes; Brunner, R./Dölling, D. Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 11. Edición, Berlin, 2002, §3 Nm. 3; Kaiser, G./Schöch, H. Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 2007 p. 50, Nm.; Schaffstein/Beulke, Op. Cit, §7, I parte, capítulo I; Walter/Kubink, Op.Cit, pp.50-59; Böhm, A./ Feuerhelm, W. Einführung in das Jugendstrafrecht, München, 4. Aufl. 2004, pp. 44-45.

- (a.) La capacidad de comprensión (Einsichtsfähigkeit).
- (b.) La capacidad de actuar (Handlungsfähigkeit), compuesta, a su vez, por la capacidad de dirección de la acción (Steuerungsfähigkeit) y por la capacidad de inhibición (Hemmungsfähigkeit).

Tales componentes se expresan, en el mismo numeral de la LPJA alemana, mediante la proposición "... para comprender el carácter injusto del hecho y para actuar según esa comprensión".

Las diferencias del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil alemán con el concepto de capacidad de culpabilidad del derecho penal de adultos son básicamente dos:

- (1.) En el primer nivel los conceptos de madurez mental y moral toman la posición

central que tienen, y complementan a, los denominados estados de vinculación biológico-psicológicos⁷⁷ del concepto de incapacidad de culpabilidad del derecho penal de adultos^{78 79}. En ese sentido la capacidad de culpabilidad de los jóvenes, es "especial", o sea, distinta a la capacidad de culpabilidad regulada en el derecho penal general de adultos.

- (2.) La técnica de redacción legislativa de ambos preceptos legales es diversa. La capacidad de culpabilidad penal juvenil, está regulada de manera positiva⁸⁰ en la LPJA alemana, mientras que la capacidad de culpabilidad penal general está regulada de manera negativa^{81 82}. En otras palabras, la LPJA establece ciertos requisitos para la existencia de una capacidad de culpabilidad penal juvenil específica, mientras que para el caso de los adultos, más bien, se establecen los requisitos para que se excluya la capacidad de culpabilidad, se fijan los

77 Estos estados son: los graves trastornos de la conciencia, cuya causa no es orgánica, corporal o biológica; y además por estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves de carácter orgánico, o de base biológica.

78 No obstante, eso no significa que tales fenómenos, causantes de incapacidad de culpabilidad general, no puedan presentarse también en el caso de los jóvenes. La distinción entre estos aspectos psíquicos generales y aquellos déficit específicos de la madurez del joven tiene sentido práctico en Alemania ya que, tratándose de causas distintas de exclusión de la capacidad de culpabilidad, de ello dependerá el tipo de "medidas de seguridad" que puedan aplicarse.

79 Contemplados en el art.20 del CPA. En Costa Rica los elementos o factores de incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad del derecho penal de adultos son "la enfermedad mental" y la "grave perturbación de la conciencia", contemplados en el art. 42 del Código Penal de ese país. Bajo estos conceptos generales se agrupa una amplísima gama de padecimientos mentales, que el derecho penal considera relevantes por su incidencia en la capacidad de comprensión y de dirección del sujeto.

80 Al respecto, comenta ALBRECHT: "La ley exige que todas las características tienen que ser constatadas positivamente por el juez, antes que se afirme la responsabilidad del menor. Esto presupone una comprobación detallada e individual... En el caso de dudas no superables hay que admitir la falta de responsabilidad en favor del menor (in dubio pro reo)... Si el juez de menores niega la existencia de los presupuestos de madurez jurídico penal, entonces puede rechazar la apertura del procedimiento... o declarar la absolución." Albrecht, P.A., El Derecho Penal de Menores, Barcelona, 1ª edición, 1990.p.128.

81 Así se aprecia tanto en el art.20 del Código Penal alemán, como en el art.42 del Código Penal de Costa Rica.

82 Una redacción negativa, como la del derecho penal de adultos, sugiere que la realización antijurídica de un tipo penal, es un indicio de la capacidad de culpabilidad, y de que esta solamente se excluye de manera excepcional, si existen circunstancias especiales. Una redacción positiva, como la que existe actualmente en Alemania, deja en claro que en el Derecho penal juvenil no existe ningún indicio de culpabilidad en ese sentido, y que, más bien, en cada caso se debe probar y fundamentar la imputabilidad. Así, Peters, Op. Cit, p.60.

requisitos de la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. Desde un punto de vista probatorio eso implica que en el derecho penal juvenil además la capacidad de culpabilidad, o más precisamente, la “madurez espiritual y moral” debe ser probada⁸³, y no está permitida su presunción. En el derecho penal de adultos, por el contrario, se presume la capacidad de culpabilidad para los “casos normales”, y solo se prueba, excepcionalmente, la incapacidad de culpabilidad^{84 85}.

b. Acerca de la estructura analítica del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil.

Vistos los componentes del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil surgen un par de preguntas esenciales:

(1.) ¿El concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil (madurez cognitiva y moral + capacidad de comprensión y acción) es de naturaleza empírica o normativa?

Consecuentemente:

(2.) ¿Qué de esa “madurez para la capacidad de comprensión y acción respecto de un injusto penal específico” puede medirse o “constatarse” empíricamente, y qué es susceptible únicamente de valoración normativa?

La respuesta a ambas preguntas depende del contenido de significado que se le asigne a los conceptos de madurez mental y de madurez moral. Si el contenido de significado de estos conceptos proviene, por ejemplo, del enfoque psicológico evolutivo antes mencionado, entonces el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil tendrá una doble naturaleza, empírica y normativa⁸⁶. **Esta clase de conceptos se denominan como “conceptos de dos niveles” (Zweistufensbegriffe)⁸⁷. Los conceptos de dos niveles están compuestos por constructos teóricos o normativos y por proposiciones observables o medibles, vinculados entre sí mediante las**

83 Así Roxin, Derecho Penal... Op.Cit., p.848-849; Albrecht, Ibid., p.128-129.

84 Roxin, Strafrecht... Op. Cit, p.912, §20, Nm52.

85 Siendo así, en el derecho penal de adultos, surgen algunos problemas fundamentales. Si la capacidad de culpabilidad general esta formulada de manera negativa, indicando solamente los factores que la excluyen, ¿Qué es “eso” que se excluye y cuya existencia se presume en los “casos normales”? ¿Cuál es el contenido de la capacidad (y no de la incapacidad!) de culpabilidad de adultos? Sobre este tema la dogmática penal, usualmente, no realiza mayores reflexiones. Una excepción se encuentra en el enfoque crítico realizado por el Profesor Klaus Günther, quien, acertadamente, indica que el contenido de la capacidad de culpabilidad de adultos está constituido por una “normalidad presunta”. Esto conduce, necesariamente, a cuestiones insoslayables ¿Se trata de una normalidad estadística o normativa? ¿Quién, en cuáles foros y bajo qué criterios decide sobre los límites de la normalidad? Al respecto puede verse: Günther, K. Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts”, in: Jenseits des staatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007. La traducción que realicé de este artículo aparece bajo el título de “El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad”, en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica”, #25, Mayo 2008, pp. 11-27.

86 Según se sostiene acá, es preferible seguir esta opción y asignarle al concepto cierto contenido empírico a partir de las formulaciones teóricas de la psicología evolutiva. Más adelante expondré algunas ventajas y limitaciones que resultan de esta opción.

87 Dejo de lado acá, un análisis detallado de este tipo de conceptos según los criterios de la filosofía del conocimiento o la teoría de la ciencia.

denominadas reglas de correspondencia o reglas de asignación (Korrespondenzregeln-Zuordnungsregeln).⁸⁸ Dicho de otra manera, los datos medibles no agotan el contenido del concepto. Existe otro nivel, el cual consiste en una propuesta de interpretación teórica o de valoración normativa vinculada con los datos observables. Esto significa que los datos observables, una vez constatados, son interpretados o valorados normativamente.

Para entender mejor, veamos el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil - vinculado ahora con la idea psicológico-evolutiva de desarrollo gradual-, expresado mediante una explicación nomológico-deductiva⁸⁹:

“Cuanto mayor es la madurez mental (X), tanto más alta es la capacidad de comprender el derecho (Y)”

Esta hipótesis es un constructo teórico, que establece una causa (X), un efecto (Y) y su conexión lógica. La primera parte de la explicación se designa como condición marco (Randbedingung) o condición antecedente (Antezedensbedingung). Se trata de las condiciones que explican la existencia del acontecimiento descrito en la segunda

parte del enunciado, denominado como Explanandum, o sea, aquello que es explicado. Las explicaciones nomológico-deductivas, a pesar de que cumplen con criterios analíticos mínimos, tienen una grave deficiencia: no son falseables (ni demostrables). En ellas falta la demostración empírica. La expresión X-Y que presentamos, es solamente una afirmación lingüística acerca de ciertas circunstancias y su relación. Requiere, por lo tanto, de una “traducción” en ciertos indicadores empíricos, formulados en lenguaje observable o medible.

La demostración o falsificación de las explicaciones nomológico-deductivas solamente es posible si se utilizan ciertos indicadores empíricos que permitan vincular el constructo teórico propuesto (por ejemplo, “la madurez”) con la realidad. Una proposición observable dirá, por ejemplo: “A es un joven que tiene una capacidad de razonamiento formal abstracto (x); por lo tanto, A tiene mayor capacidad de comprender el derecho (y)”. La regla de correspondencia (x) asocia acá un indicador empírico (la capacidad de razonamiento formal abstracto) a la construcción teórica “madurez mental”, que luego se vincula con un postulado normativo (la comprensión del derecho, o de un injusto penal en particular). Así se indica “A es un joven que tiene capacidad de razonamiento

88 Carnap, R. Theoretische Begriffe der Wissenschaft, Zeitschrift für Philosophische Forschung. XIV (1+4): pp. 209-233 y 571-598; Schnell, R./Hill, P/ Esser, E. Methoden der empirischen Sozialforschung, München-Wien, 2005 pp.74-80; Opp, K.D. Methodologie der Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 6. Auflage, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, pp. 122-127. Acerca de los conceptos de dos niveles (Zweistufenbegriffe) en la dogmática penal, puede verse: Volk, K. Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, en: A. Kaufmann et al (editores.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, 1979, pp.75-77.

89 Para que una proposición teórica sea considerada analíticamente aceptable debe cumplir con ciertos criterios formales. Debe ser lógicamente correcta, tener un ámbito de vigencia irrestricto, no se trata de afirmaciones singulares, debe realizar una vinculación entre causa y efecto, y además debe permitir una deducción correcta sobre un acontecimiento singular. Estos requisitos se cumplen mediante la formulación de las denominadas explicaciones nomológico-deductivas (DN-Erklärungen). Este tipo de explicaciones puede asumir la forma de una proposición “Cuando-por lo tanto” (Wenn-dann Satz) o de una proposición “Cuanto-tanto” (Je-desto Satz). Así: Opp, Methodologie...Op.Cit., pp.106-107; del mismo autor, Soziologie im Recht, Reinbeck bei Hamburg, 1973, pp. 16-20.

formal abstracto (indicador empírico), o sea, que es mentalmente maduro. Por lo tanto, A tiene mayor capacidad de comprender el derecho”.

Esto es lo que se hace⁹⁰, en el fondo, cuando el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil adquiere la estructura analítica de un concepto de dos niveles, o sea, cuando uno de sus componentes, en este caso la madurez, recibe un contenido de significado (psicológico evolutivo, por ejemplo) empíricamente constatable. En este tipo de conceptos uno (y solamente uno) de sus niveles (la madurez mental y moral) puede ser constatado empíricamente, al menos en alguna medida. El otro de los niveles, el de la capacidad de comprensión y de acción, es de carácter normativo y, como tal, no es susceptible de verdad (Wahrheitsfähig), no es verificable.

c. Ventajas y limitaciones de la incorporación del concepto psicológico evolutivo de madurez en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil.

Como se ha visto, en Alemania la madurez mental y la madurez moral han sido fijadas legalmente como requisitos de la capacidad de culpabilidad penal juvenil. El art.3 LPJA, establece que el autor joven debe ser suficientemente maduro para comprender, al momento en que se desarrolla la acción,

el carácter injusto del hecho y para actuar de acuerdo a esa comprensión. **Se exige entonces, que se pruebe tanto el grado de desarrollo mental (madurez mental), como el grado de desarrollo moral (madurez moral) del joven, ya que de ello depende tanto la capacidad comprensión de que un hecho en particular esta prohibido penalmente, como la capacidad de acción en relación a ese hecho en concreto**, o sea, la capacidad para dirigir (Steuerungsfähigkeit) o inhibir (Hemmungsfähigkeit) una acción específica de acuerdo con esa comprensión.

Dicho de otra manera, de acuerdo al requerimiento legal no basta solamente una madurez mental o moral “general”, que le permita al joven **comprender que un comportamiento es contrario a las costumbres o preceptos morales (sittenwidrig), que un hecho es “bueno” o “malo” desde el punto de vista moral, sino que se requiere que tal madurez le permita comprender que una conducta concreta es contraria a ciertos preceptos específicos del derecho, qué es un ilícito penal⁹¹ concreto, y que posibilite actuar conforme a esa comprensión específica**. La madurez requerida legalmente, es una madurez para la comprensión y acción respecto de un ilícito penal en particular, pero ¿Puede cumplir un concepto psicológico evolutivo de madurez con esas expectativas? O lo que es lo mismo ¿Es posible probar, mediante los instrumentos de la psicología evolutiva, una capacidad de

⁹⁰ O más bien, lo que se “debería hacer” con un concepto de dos niveles, pues frecuentemente la dogmática penal utiliza este tipo de conceptos de manera tramposa. Por ejemplo, vinculando (bajo la apariencia de conceptos verificables) conceptos normativos, con otros conceptos normativos, lo que implica que nunca se realice una demostración del contenido de los mismos.

⁹¹ Así, Eisenberg, Op. Cit., p. 53, Nm 16.

juicio racional abstracto y una capacidad de razonamiento moral convencional en relación a un injusto penal en particular?

i. Ventajas de incorporar un concepto psicológico evolutivo de madurez en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil.

En la doctrina penal juvenil se afirma que para comprender el carácter injusto de un hecho se requiere⁹²:

(1.) Que el joven pueda comprender **racionalmente** (madurez de comprensión, Verstandreife) que un hecho es un ilícito penal.

(2.) Que el postulado jurídico penal, que define un comportamiento como ilícito, esté suficientemente arraigado en la **“conciencia valorativa” (Wertbewusstsein), la “conciencia jurídica” (Rechtsbewusstsein) o el “universo emotivo” del joven (Gefühlswelt)**⁹³.

Como se vio páginas atrás, estos conceptos pueden tener un contenido de significado metafísico, idealista, cuya constatación empírica resulta imposible. Pero también pueden recibir cierto significado real. A partir del enfoque psicológico- evolutivo, justamente, tanto el concepto de de comprensión racional,

como de arraigo en la conciencia valorativa o en la conciencia jurídica, requeridos para la comprensión y acción respecto del derecho, se vinculan con ciertas capacidades psicológicas mínimamente constatables. De este modo se puede afirmar que:

(1.) Para poder comprender “racionalmente” que un comportamiento es un injusto penal, y para actuar conforme a esa comprensión se requiere, como mínimo, madurez mental, la cual solo existe si se ha alcanzado una capacidad de razonamiento formal abstracto.

(2.) Para que un postulado jurídico esté suficientemente cimentado en la “conciencia valorativa” (Wertbewusstsein) o el universo emotivo (Gefühlswelt) de un joven, se requiere madurez moral, la cual solo existe si se ha alcanzado, como mínimo la etapa de “razonamiento moral convencional con base en la ley y el ordenamiento”⁹⁴.

Las ventajas de este tipo de definición son, básicamente, las siguientes:

(1.) Permite realizar un análisis de facto, acerca de las capacidades psicológicas reales que tiene un joven para comprender el derecho. Sin esas capacidades psicológicas, por lo que se ha visto, no es posible comprender el derecho, ni acceder a sus normas para utilizarlas con el fin de valorar de la propia

⁹² Así, Ostendorf, Jugendstrafrecht, Op. Cit., p. 58.

⁹³ Según indica el psiquiatra forense Lenckner: “En este sentido los jóvenes – como también la mayoría de los adultos- por regla entreverán (intuirán) más los postulados del injusto jurídico penal si en general, los han aprendido más emotivamente (gefühlsmäßig) con base en catálogos de valores reconocidos, que si los han aprendido en un ejercicio de comprensión racional (verstandesmäßig)”. Así, Lenckner, según cita de Ostendorf, Jugendstrafrecht, Op. Cit. p.58. Traducción libre.

⁹⁴ Cierta sector de la doctrina penal juvenil explica que un postulado normativo estará cimentado en la “conciencia valorativa” (Wertbewusstsein) o el universo emotivo (Gefühlswelt) del joven dependiendo de si el hecho, el injusto penal concreto, es usual o, por el contrario, se presenta como “extraño” en el contexto de vida del joven. Véase Ostendorf, Jugendstrafrecht... Op. Cit., p.60.

conducta. Esto representa un límite importante frente al poder punitivo del Estado: no resulta legítimo declarar responsable penalmente a un joven, si previamente no se ha demostrado que tiene la capacidad psíquica (madurez cognitiva y moral, en los sentidos antes referidos) mínima necesaria para comprender el derecho, y para orientar su comportamiento conforme a esa comprensión.

(2.) Un concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil formulado con base en un contenido de significado psicológico evolutivo de madurez, gracias a la idea de desarrollo gradual de las capacidades psicológicas, permite superar el sistema de regla-excepción, propio del concepto patológico psiquiátrico de culpabilidad. Este es el motivo que justifica que la capacidad de culpabilidad penal juvenil no pueda presumirse, sino que deba demostrarse.

(3.) De igual manera, la posibilidad, estadística y empíricamente documentada, de que un joven se encuentre en una etapa de desarrollo psicológico diferente a la de un adulto, que puede incidir en su capacidad de comprensión del derecho, es el principal fundamento real-material para sustentar un modelo de responsabilidad penal para los jóvenes, distinto al de los adultos.

De manera que el concepto psicológico evolutivo de madurez es uno de los principales fundamentos teórico-empíricos que se deben tomar en cuenta para la formulación teórica y para la regulación jurídica positiva de un concepto específico de capacidad de culpabilidad penal juvenil. Este contenido de significado, para el concepto en mención, permite valorar factores psicológicos específicos de los jóvenes que pueden incidir en su capacidad de comprensión del derecho, y con ello, en la posibilidad de acceder a las normas del ordenamiento jurídico para dirigir su comportamiento.

ii. Limitaciones de incorporar un concepto psicológico evolutivo de madurez en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil.

A pesar de las ventajas que existen al seleccionar un contenido de significado psicológico evolutivo⁹⁵ para los conceptos de madurez mental y moral, frente a la exigencia legal de vincular estos conceptos con los de capacidad de comprensión y de acción respecto de un injusto penal en particular surgen importantes dificultades⁹⁶. ¿Qué de esa “madurez para la capacidad de comprensión y acción respecto de un injusto penal específico” puede medirse o verificarse (empíricamente)

⁹⁵ Al realizar esta selección, no se ha indicado, no se ha fundamentado, bajo qué criterios se eligió un significado determinado (y se desecha otro) de entre muchos posibles, para el concepto de madurez. Normalmente el legislador y la doctrina penal juvenil, ¡tampoco lo hacen! Un planteamiento central de mi propuesta indica que esta selección también requiere de una fundamentación meta-teórica, que “empalme” adecuadamente en el contexto de un estado democrático de derecho. Por otra parte, tampoco se ha reflexionado si existen otros factores (psico-sociales, por ejemplo) que repercutan en la capacidad de comprensión y de acción de un joven respecto del derecho. De existir estos otros factores, debe fundamentarse por qué se les considera o se les excluye para dotar de contenido al concepto de madurez penal juvenil.

⁹⁶ Para todo, véase, Eisenberg, Op. Cit., §3 Nm 16-30; Ostendorf, Jugendstrafrecht...Op. Cit., pp. 58-60; Streng, Op. Cit., pp. 26-30; Albrecht, Jugendstrafrecht...Op. Cit., pp. 98-99.

según los criterios y mediante los instrumentos de la psicología y qué es únicamente susceptible de valoración normativa? ¿Puede o no medirse una madurez específica para comprender y actuar respecto de un robo, respecto de una violación, o respecto de una estafa o un cohecho, por ejemplo? O, por el contrario, ¿Estas disciplinas solamente pueden comprobar, en algún grado, una capacidad mental y moral vinculada con una capacidad de comprensión y de acción “general”?

Las construcciones teóricas de la psicología evolutiva, en especial aquellas sobre el desarrollo moral y, consecuentemente, cualquier instrumento psicológico de medición (test) vinculado a ellas, presentan una “deficiencia” en el ámbito forense, si es que se parte de que deben arrojar resultados específicos sobre la comprensión respecto de un injusto penal concreto. Esas formulaciones se ocupan, preponderantemente, de fijar criterios para determinar capacidades cognitivas y morales generales, pero no de medir capacidades particulares en relación a los tipos penales específicos que, dentro de una inmensa variedad, existen en cualquier legislación penal del mundo.

La teoría de Kohlberg, por ejemplo, y algunos de los instrumentos de diagnóstico que se han construido a partir de ella, permiten determinar si un joven, a la hora de resolver determinados dilemas, maneja, o ha interiorizado ciertos postulados normativos generales (vbgr. no matar, no robar), vinculados solamente con

unos pocos injustos penales muy específicos (como el robo, o el homicidio, por ejemplo)⁹⁷; pero no permite determinar, mediante esos criterios y esos instrumentos, la “madurez moral para la capacidad de comprensión” de todos los injustos penales, de todos los postulados jurídicos o tipos penales en particular. Esta limitación es grave, ya que, como se ha repetido, según el requerimiento que plantea la ley alemana, la madurez cognitiva y moral que finalmente debe “demostrarse” no es de carácter general, sino que es una madurez referida a la capacidad de comprensión de que un hecho específico está prohibido y penado por el derecho penal. ¿Significa esto que se deben desechar del todo tales construcciones teóricas? Desde mi perspectiva no.

Por lo que se dijo arriba, resulta esencial integrar el concepto psicológico evolutivo de madurez en un concepto específico de imputabilidad penal juvenil, entre otras cosas porque aquel significado ofrece importantes criterios para determinar capacidades psíquicas de los jóvenes que, de manera general, son necesarias para comprender el derecho o acceder a sus normas para valorar el propio comportamiento. Pero frente a los planteamientos de la psicología evolutiva, y en general, frente a cualquier formulación teórica de base empírica, utilizada para la definición de conceptos dogmático-penales, se debe adoptar una posición realista, racional y crítica, con el fin de entenderlos en su exacta extensión y utilidad con ese fin. Es precisamente por eso, que se debe recordar

97 Esto se hace particularmente evidente en el dilema de Heinz, -originalmente utilizado por Kohlberg para determinar el grado de desarrollo moral-, en el que se contraponen, en esencia, los valores vida vrs. propiedad.

la manera en que se introducen, la estructura analítica mediante la cual se incorporan, tales formulaciones en los conceptos dogmático-penales. Particularmente, no debe olvidarse que el concepto de capacidad de culpabilidad o imputabilidad penal juvenil, ni es un concepto absolutamente empírico (cuyos componentes sean totalmente verificables mediante instrumentos de la psicología forense), ni tampoco es un concepto exclusivamente normativo.

Consecuentemente, para la capacidad de culpabilidad penal juvenil solo resultan medibles o constatables sus componentes empíricos, y no así sus componentes normativos. Los conceptos de capacidad de comprensión y de acción de injusto representan juicios normativos, o más bien, criterios para la valoración de ciertos datos empíricos (madurez) en relación a un injusto penal en particular. Una vez comprobada la madurez cognitiva o moral, solamente se puede hacer una valoración normativa para determinar su incidencia sobre la capacidad de comprensión y de acción respecto de un injusto penal concreto. Expresado en otros términos, puede decirse que la madurez (en su doble

acepción) es un requisito psicológico general para poder comprender (o para poder acceder a) las normas del ordenamiento jurídico penal y para poder integrarlas en la decisiones (actuaciones). Esta madurez solamente puede medirse como una capacidad general, a partir de cuya verificación, -eso sí-, se puede hacer una valoración normativa⁹⁸ sobre su incidencia en la capacidad de comprensión y de dirección respecto de un injusto penal concreto⁹⁹.

Estas ideas permiten fundamentar lo dicho por Streng:

“La tarea del perito forense, en el marco del peritaje acerca de la madurez, no es acaso decidir empíricamente la cuestión de la madurez de cara a la capacidad de comprensión y de dirección. Más bien, él ha de proporcionar importantes aportes requeridos por el juez para fundamentar su valoración para la decisión acerca de la mayoría penal [entiéndase, acerca de la capacidad de culpabilidad penal juvenil¹⁰⁰].... La decisión de si el autor, dado su estado de desarrollo... podía comprender el carácter injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión, atañe (no puede ser de otra forma, sino como sucede con la decisión

98 Este tipo de valoración puede basarse también en otro tipo de indagaciones empíricas, por ejemplo, acerca de defectos de socialización o situaciones de abuso que pueden conducir a un desarrollo moral insuficiente, que afecta la capacidad de comprensión respecto de un injusto penal concreto. Así, por ejemplo, existen: 1. Deficiencias en la formación o crianza de naturaleza subjetiva. Por ejemplo, métodos de crianza equivocados, o modelos negativos de comportamiento; 2. Deficiencias en la crianza, de naturaleza objetiva. Como por ejemplo el cambio constante de las personas de referencia, un contexto de crianza o formación muy cerrada, pueden incidir en el desarrollo moral del joven. Así, Ostendorf, *Jugendstrafrecht...* Op.Cit. p.59. También los abusos sexuales, y los maltratos corporales pueden conducir a un retraso del desarrollo moral y cognitivo. Así, Lösel, F./Bliesener, T. *Zur Altersgrenze strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Jugendlichen aus psychologischer Sicht*. En: DVJJ-Journal, 1997, p.393. En esta medida, también puede sacarse provecho de los conocimientos de las teorías de la socialización para explicar la comprensión del derecho. Queda abierta la discusión acerca de bajo qué criterios decidir si estos factores de socialización se analizan en la capacidad de culpabilidad penal juvenil, o como criterios que determinan un error de prohibición.

99 Particularmente claros en este sentido Schütze/Schmitz, Op. Cit., p.150. Estos autores indican que, bajo criterios psicológico-evolutivos, solamente se responde a una pregunta acerca de las capacidades generales del joven, por ejemplo, si habría sido posible para él orientarse por los postulados de un sistema jurídico normativo (estadio convencional de Kohlberg), y no se responde si se hizo uso de esas capacidades respecto de un caso, de un injusto penal concreto.

100 Lo escrito entre paréntesis cuadrado se suple. Sobre la mayor precisión de este término frente al de “mayoría penal” (*Strafmündigkeit*) véase nota al pie #2.

acerca de la capacidad de culpabilidad) a un planteamiento jurídico de la cuestión, que **ha de ser resuelto por el juez normativamente**¹⁰¹

De la constatación empírica de las capacidades psicológicas del joven, requeridas para comprender el derecho, no se puede seguir -al menos no de manera inmediata-, una conclusión sobre la comprensión del joven de un injusto penal concreto. Esa conclusión requiere de una ulterior valoración normativa. La madurez, como componente fáctico, es necesaria para poder comprender un injusto penal, más no suficiente para poder afirmar la comprensión, en sí misma, de un injusto penal concreto. Las conclusiones sobre la madurez, deben ser sometidas por el juez a una valoración normativa, para concluir sobre la comprensión de un injusto penal concreto.

De modo que, la certeza, tan añorada (¡y tantas veces construida falsamente!) en el derecho, solo permite aproximaciones, en lo que respecta a la “madurez para comprender y actuar respecto de un injusto penal específico”. Sin embargo, es dable afirmar que la madurez y su verificación es, por lo menos, un requisito de necesaria constatación, para que el juez pueda hacer aquella valoración normativa. Sin esa madurez mínima, un joven no puede comprender el derecho, ni integrar o acceder a sus postulados normativos, para valorar y decidir sobre sus propias acciones.

4. Una discusión doctrinal esencial: ¿Debe o no considerarse la incidencia de la madurez moral en la capacidad de comprensión y dirección?

En la doctrina penal juvenil alemana se acepta, de manera generalizada, que sin suficiente capacidad intelectual (en el sentido antes aludido de CI mínimo y capacidad de abstracción) no puede haber comprensión de que una acción concreta está prohibida y penada, y por lo tanto no puede existir capacidad de acción. Si se atiende el sentido literal del artículo 3 de la LPJA, para fijar la capacidad de comprensión y de acción, también debe considerarse la madurez moral. **Esta última conclusión es debatida doctrinalmente. Se discute si es adecuado o no considerar la incidencia específica que puede tener la madurez moral sobre la capacidad de comprensión y la capacidad de acción de un joven.**

Podría decirse, en otras palabras, que se discute si para la determinación de una capacidad de comprensión y dirección adecuada a la madurez moral, se deben considerar o no aspectos de la cultura o subcultura del joven vinculados con el proceso de socialización. Al respecto existen dos grandes posiciones:

(1.) Un enfoque que acepta que este dato psico-social (el contexto sociocultural,

101 Streng, F. Jugendstrafrecht, Op. Cit., p.29. Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor. En igual sentido Rupp-Diakojanni, Op. Cit, p.69.

el proceso de socialización, y el grado de interiorización de la norma penal) también debe considerarse como criterio para determinar la capacidad de comprensión y de acción respecto de un injusto penal concreto¹⁰², ya que puede incidir en la capacidad que tiene un joven de comprender la valoración jurídica que hace el derecho penal de una conducta específica. Desde esta perspectiva se parte de que, para los jóvenes en particular, frecuentemente existe una orientación o sujeción a las normas, representaciones de valores, intereses y patrones de comportamiento de los coetáneos o grupos de pares, y a aquellos patrones de comportamiento presentes en su contexto de vida inmediato.

Si se entiende la madurez moral en el sentido psico-social referido, podría faltar la capacidad de comprensión de un injusto

penal concreto (a pesar de que existe una suficiente madurez mental) si el joven no puede distinguir suficientemente el límite entre las representaciones normativas y parámetros de comportamiento inmediato antes mencionados, y los parámetros normativos sociales generales (el derecho penal por ejemplo)^{103 104}. Por este motivo bien podría suceder que no pueda percibir que su conducta está reprobada por el derecho penal.

(2.) Un segundo punto de vista sostiene que los anteriores datos (contexto socio-cultural, grado de socialización del joven, grado de arraigo de un postulado jurídico penal en la “conciencia valorativa” o el “universo emotivo” del joven) no deben ser utilizados como criterio para determinar la madurez moral y con ello, la capacidad de comprensión y de acción respecto de un injusto penal. Desde

102 Así por ejemplo, se indica que en el caso de los jóvenes regularmente falta aún una orientación social fuera de su ámbito de vida más inmediato, por lo que frecuentemente no se comprende el carácter injusto de hechos contra bienes jurídicos sociales o difusos. Así, Ostendorf, *Jugendstrafrecht...* Op. Cit., p. 59.

103 Un autor como Karl Peters ofrece un concepto psico-social de “conciencia valorativa” o de “conciencia jurídica”, accesible empírico-científicamente, que remite al contexto socio-cultural del joven. Para que la persona joven pueda comprender un ilícito y estructurar su actuación conforme al derecho, se requiere que haya crecido dentro de un ordenamiento jurídico determinado, en que este contemplado dicho ilícito. La norma debe haber alcanzado un “valor de realidad”, debe haber sido experimentada y “adquirida” por el joven, durante su infancia y juventud, como una vivencia, como parte de sus relaciones interpersonales inmediatas, de modo que pueda ser consciente de ella de manera espontánea, sin que se requiera mayor explicación o estudio. Además, el joven debe comprender que tiene obligaciones frente a los otros, no solo en sentido individual, sino, también debido a una dimensión social, que existe un nexo con un ordenamiento, que excede lo individual. La vinculación concreta Yo-tú, debe ampliarse en una relación abstracta que se da bajo la forma de “nosotros”. Solamente bajo esas condiciones psico-sociales se puede comprender el derecho. Según indica este autor, en este punto deben evitarse conclusiones precipitadas sobre la vinculación de los jóvenes con el derecho. Para poder comprender una norma, como norma del derecho, se requiere su difusión en la clase social del joven. Para todo, Peters, Op. Cit., pp.262-265.

104 Según considero, aunque Peters no lo indique expresamente, sus ideas pueden vincularse directamente con la teoría del desarrollo moral planteada por Lawrence Kohlberg. Para comprender que un comportamiento específico es un injusto penal, se requiere que cierta norma jurídica tenga cierto arraigo en el contexto social del joven pero, además, la norma podrá tener algún arraigo en la conciencia valorativa del joven solamente si tiene un grado de madurez moral mínimo, el cual se da con el paso del “estadio pre-convencional” al “estadio convencional” de desarrollo. Es hasta ese momento que el joven incorpora las normas de cierto ordenamiento (el ordenamiento jurídico, por ejemplo) para realizar una valoración acerca de sus conductas. Lo dicho por Peters es, esencialmente, correcto. No obstante, debe objetarse que la categoría “clase social”, en que se basa, es insuficiente para dar cuenta de la fragmentariedad y pluralidad (cultural y normativa) que existe actualmente en las sociedades post-capitalistas. Dicho en otras palabras, la formación de la “madurez moral” (necesaria para comprender, o captar el derecho penal), no depende solamente de la clase social, sino también de factores de género, culturales, geográficos, étnicos, generacionales etc., que inciden, ahora más que nunca, en los procesos de socialización de los jóvenes.

esta perspectiva se alega la existencia de dificultades metodológicas para comprobar, -según aquellos criterios-, la capacidad de comprensión y, sobre todo, se indica que **la consideración de tales circunstancias situacionales puede conducir a soluciones contraproducentes o insatisfactorias con respecto al fin educativo¹⁰⁵, a los requerimientos de formación y educación del joven, que persigue el derecho penal juvenil.**

También se alega que no puede delimitarse en que medida la orientación socio-cultural específica que los jóvenes hacen de su conducta (con base en las normas, representaciones de valores, intereses, patrones de comportamiento de los coetáneos), se separa o difiere de los postulados jurídicos de la sociedad adulta, o, en realidad, resulta ser solamente una continuación de estos postulados generales¹⁰⁶.

Desde mi perspectiva el problema debe plantearse de la siguiente manera: ¿Los “defectos” de socialización, o la incidencia de factores culturales, o sub-culturales, deben considerarse (mediante el análisis de capacidad de culpabilidad penal juvenil) como fenómenos que pueden excluir la capacidad de comprensión del derecho? O, por el contrario, excluyendo tal tema del análisis de la capacidad de culpabilidad de un sujeto joven ¿Estos “defectos de socialización” deben ser resueltos o corregidos exclusivamente mediante un

derecho “penal juvenil” preponderantemente educativo?

La primera de las posiciones mencionadas, -según considero-, es la correcta. Básicamente por las razones que detallo a continuación:

(1.) El derecho penal juvenil también es derecho penal de la culpabilidad. Si se entiende la “culpabilidad en sentido estricto” (como componente del concepto jurídico de delito) y, en particular, la capacidad de culpabilidad, como una categoría de análisis utilizada para vincular un injusto penal con las circunstancias y capacidades personales del autor, se debe, por lo tanto, hacer una consideración tanto de capacidades psicológicas personales, como de circunstancias socio-culturales particulares del joven, que pueden incidir en su madurez y en su capacidad de comprensión del derecho.

(2.) Por lo tanto, en caso de que exista una contraposición entre el fin educativo asignado al derecho penal juvenil y el análisis riguroso que requiere un concepto de culpabilidad penal juvenil específico, debe prevalecer este último. Desde mi perspectiva, la discusión sobre el contenido y alcance del objetivo socioeducativo del derecho penal juvenil debe realizarse en el lugar que le corresponde, esto es, a nivel de la teoría de la sanción penal juvenil, y de una reflexión teórica sobre los objetivos específicos de las medidas de seguridad¹⁰⁷ en esta materia.

105 Así, Eisenberg, Op. Cit., §3, Nm. 18-19.

106 Así, Eisenberg, Ibid, §3 Nm. 18.

107 En este último caso en particular, debe partirse, claramente, de que en el derecho penal juvenil existen dos grupos de motivos para que exista incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad: dada la existencia de enfermedades mentales o graves trastornos de conciencia en el joven, o debido a déficit en el desarrollo cognitivo o moral del joven. La reflexión que se impone, por lo tanto, debería partir del siguiente planteamiento de problema: ¿Deben o no decretarse los mismos tipos de medidas de seguridad ante causas (psiquiátricas o psicológicas) de inimputabilidad distintas? Aceptada la necesidad de distintos tipos de medidas de “seguridad” en el derecho penal juvenil ¿Deben cumplir o no estas medidas el mismo fin u objetivo? ¿Cuál debe ser ese fin u objetivo?

En caso contrario, ¿Adónde quedaría en realidad un derecho penal juvenil de la culpabilidad, si para la imposición de sanciones (o de cualquier otra medida restrictiva de derechos), si para la declaratoria de responsabilidad penal de un joven, se consideran las necesidades o “requerimientos educativos del joven”, y se deja de lado la consideración de si aquél joven tuvo o no la posibilidad (siempre determinada psicológica y socio-culturalmente) de comprender que su conducta estaba prohibida y penada por el derecho penal, y de actuar conforme a esa comprensión? Sostener la posición contraria sería regresar a un modelo de derecho penal juvenil totalmente desvinculado del análisis de culpabilidad (como sucedía con el modelo tutelar Latinoamericano), o, por lo menos, significaría implementar una extraña mezcla entre derecho penal juvenil y derecho tutelar, disfrazado bajo fines educativos, en el que se relativiza constantemente el análisis específico de culpabilidad juvenil, y en el que se pueden restringir derechos fundamentales obviando ese análisis. Esto, según considero, es lo que sucede en Alemania cuando se introduce el objetivo educativo con esa finalidad.

Si se adopta la posición acá propuesta, emergen las interrogantes metodológicas antes destacadas. ¿Puede medirse la madurez moral para la capacidad de comprensión y acción en relación a un hecho ilícito específico, o ello requiere un juicio normativo posterior, sobre dicha capacidad específica de comprensión y de acción, apoyado, eso sí en cierta constatación

empírica acerca de la madurez moral? En este punto valen las observaciones realizadas en el apartado anterior.

Conclusión

Primero que todo, debe destacarse que el uso del concepto de madurez mental (o cognitiva) y de madurez moral es, en efecto, útil para distinguir factores (psicológicos o psico-sociales), que pueden incidir, de manera específica, en la capacidad de comprensión y de dirección de la conducta que tienen los jóvenes respecto del derecho. Sin embargo, en el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil (y en cualquier formulación que asuma la estructura de un “concepto de dos niveles” empírico-normativo), solamente uno de sus niveles (en este caso la madurez mental y moral) puede ser comprobado empíricamente, al menos en alguna medida. El otro de los niveles, el de la capacidad de comprensión y de acción, es de carácter normativo y, como tal, no es susceptible de verdad, en el sentido de que no es verificable empíricamente.

La exigencia planteada por la ley alemana, de comprobar la incidencia de la madurez sobre la capacidad de comprensión y de acción respecto de un injusto penal concreto, solo puede satisfacerse mediante una demostración empírica de la madurez (cognitiva y moral) de carácter general, o, a lo sumo, vinculada a ciertos postulados normativos muy concretos (como el robo o el homicidio). Respecto de esa demostración de la madurez, realizada

mediante instrumentos psicológico-forenses, se debe hacer, posteriormente, una valoración normativa, sobre su incidencia en la capacidad de comprensión y dirección respecto de un ilícito concreto.

Por otra parte, como he mostrado, el concepto de madurez es polisémico. De modo que, una vez fijadas las diversas acepciones que puede tener el concepto de madurez en distintos contextos filosóficos o teórico-científicos, se debe decidir cual de esos contenidos de significado debe ser sistematizado dentro de la categoría analítica “capacidad de culpabilidad penal juvenil”¹⁰⁸. La psicología y la psiquiatría forense, la doctrina penal juvenil y la jurisprudencia alemana, han realizado una selección, cuyo contenido ha variado a través del tiempo. Pero, ¿Bajo qué criterios se ha hecho (y, más importante aún, bajo cuáles criterios se **debería** hacer) la selección del contenido de significado de un concepto como el de capacidad de culpabilidad penal juvenil?¹⁰⁹

Para decidir sobre el contenido de significado que deben tener los componentes del concepto penal juvenil de culpabilidad (tanto de la capacidad de culpabilidad, como del conocimiento actual o potencial

de injusto), se requiere de una justificación metodológica y meta-teórica (epistemológico-política, ética y jurídico-constitucional), cuya exposición detallada escapa a los objetivos de este aporte. Este tipo de fundamentación y desarrollo conlleva importantes dificultades. A partir de la descripción y el análisis crítico acá realizados, surgen una serie de problemas, de interrogantes, que deben ser resueltos, si es que, -como pretendo ya desde hace tiempo-¹¹⁰, se quiere fundamentar coherentemente un concepto específico de culpabilidad penal juvenil. Destaco dos de esas dificultades:

(1.) Los aspectos considerados actualmente en Alemania para definir, para dotar de contenido, el concepto de madurez ¿Son suficientes?; o, por el contrario ¿Existen otros factores, estudiados por otras disciplinas científicas, que no están siendo considerados, y que también pueden incidir en la capacidad de comprensión y de acción de un joven respecto del derecho? Un estudio de los planteamientos más recientes de la psicología del desarrollo, de la neurociencia y de la sociología de enfoque micro-sociológico resulta esencial para responder a esta pregunta. Directamente ligada a esta cuestión, emerge una segunda interrogante.

108 Lo mismo, -puede adelantarse-, cabe indicar para conceptos como el de conocimiento actual o potencial de injusto y de error de prohibición.

109 En este punto, vale recuperar las observaciones críticas realizadas por Klaus Günther. Diré entonces, que en la definición del concepto de (in) capacidad de culpabilidad de adultos, se sigue, por así decirlo, un proceso de “selectividad primaria”: “...el legislador ha decidido bajo cuáles requisitos estará dada la incapacidad de culpabilidad... Ya en el primer nivel, el de las condiciones requeridas para la incapacidad de culpabilidad, (los denominados componentes biológico-psicológicos), no cuenta solamente el estado del conocimiento médico acerca de las enfermedades o trastornos físico-corporales o psíquicos... El estado del conocimiento médico incide sobre una política criminal orientada normativamente, la cual decide, según sus propios criterios, cuáles conceptos médicos de enfermedad se incluyen en el ámbito relevante para la incapacidad de culpabilidad.” Así, Günther, K., El desafío... Op. Cit., p.15. De modo que, siguiendo esta línea de reflexión crítica, debe plantearse (ahora para el concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil) una pregunta esencial: En el contexto de un Estado Democrático de Derecho ¿Bajo qué criterios se deben seleccionar los componentes empíricos del concepto de capacidad de culpabilidad penal juvenil?; o, lo que es lo mismo, ¿Bajo qué criterios se debe decidir cuáles conceptos de otras disciplinas se incorporan como contenido de significado de la “madurez” que es requisito de la capacidad de culpabilidad penal juvenil?

110 El planteamiento inicial de esta reflexión se encuentra en mi trabajo “¿Desdibujar Sujetos o Derribar los Dogmas? El Desafío de Construir un Derecho Penal Juvenil Sustantivo”, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, # 19, agosto 2001.

(2.) Un problema central que se plantea en este punto, es el de la posibilidad de comunicación entre distintas disciplinas, en este caso en particular, entre la dogmática penal juvenil y la psicología del desarrollo, la neurociencia o la sociología de enfoque micro-sociológico. ¿Es posible, realmente, recurrir a categorías extra-jurídicas para formular conceptos dogmático-penales? En particular, ¿Es posible integrar algunas de las categorías o conceptos empíricos de aquellas teorías en un concepto jurídico penal juvenil de culpabilidad?

Este es un obstáculo metodológico muy difícil de superar, ya que, en términos generales, cada ciencia reconstruye su objeto, en nuestro caso la realidad de la persona joven, con sus propios conceptos y teorías, las cuales no pueden adoptarse “sin más” en el lenguaje de otras ciencias¹¹¹. En caso de que estas dificultades no puedan superarse teóricamente, cualquier intento para formular un concepto específico de culpabilidad penal juvenil con cierta base real-material, -como lo pretendo-, sería un simple “sueño de opio”, una ilusión.

Bibliografía

Albrecht, P.A.
Jugendstrafrecht, München, 2007.
En español: El Derecho Penal de Menores,
Barcelona, 1ª edición, 1990.

Bresser. P.H. Die Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden im Straf-

und im Zivilrecht, in: Göppinger H./ Winter, H. (editores), Handbuch der forensischen Psychiatrie II, 1972.

Brunner, R./Dölling, D.
Jugendgerichtsgesetz: Kommentar, 11. Edición,
Berlin, 2002.

Böhm, A/Feuerhelm, W. Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Edición, München, 2004.

Bohnert, J. Strafmündigkeit und Normkenntnis; in: NSTZ (Neue Zeitschrift Für Strafrecht), Heft 6, Juni 1988, pp. 249-255

Burgard, P. Das Verhältnis von Recht und Moral in den Theorien von Kohlberg und Piaget, in: H. Jung, H. Müller Dietz und U. Neumann (editores), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986.

Carnap, R. Theoretische Begriffe der Wissenschaft, in: Zeitschrift für Philosophische Forschung. XIV (1+4).

Castillo González, Francisco. El Error de Prohibición, San José, 2001.

Cauffman, E. / Steinberg, L. (Im)maturity of judgement in adolescence: Why adolescents may be less culpable than adults, in: Behavioral Science and the Law, #18, 2000.

Chan Mora, (Gustavo).
De la Hipocresía del Derecho Tutelar al Cinismo del Derecho Penal para Enemigos:

Políticas Criminales Autoritarias y Algunas de sus Manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense”, en: AAVV, Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica-Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2008.

¿Desdibujar Sujetos o Derribar los Dogmas? El Desafío de Construir un Derecho Penal Juvenil Sustantivo; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, # 19, agosto 2001.

Código Penal de la República de Costa Rica.

Dallinger, W./ Lackner, K. Jugendgerichtgesetz, München, 1. Edición 1955
Jugendgerichtgesetz: mit ergänzenden Vorschriften, München, 2a. ed., 1965.

Davidoff (Linda), Introducción a la Psicología, México D.F., McGraw Hill, 3ª edición, 1993.

Diemer, H./ Schoreit, A./ Sonnen, B-R. Jugendgerichtgesetz, Kommentar, Heidelberg, 4. neu bearbeitete Auflage, 2002.

Dräger, W. Die Strafmündigkeitsgrenzen in der deutschen Kriminalgesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Diss. Jur. Kiel, 1992.

Eisenberg, U. Jugendgerichtgesetz: Kommentar, München, 2007.

Fritsch, M. Die Jugendstrafrechtlichereformbewegung, Freiburg, 1999.

Günther, K. Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: „Jenseits des staatlichen Strafrechts“, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007. Traducción al español de Gustavo Chan Mora: “El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad”, en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica”, #25, Mayo 2008.

Geiger, T.
Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Auflage, Berlin, 1987.
Über Moral und Recht, Berlin, 1979.

Hartmann, N. Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, Berlin, 5. Edición, XVI; 8, 1965.

Kaiser, G/Schöch, H. Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, München, 6. Edición, 2007.

Kohlberg, L. Moralische Entwicklung, en: W. Althof (editor): Die Psychologie der Moral Entwicklung. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

Lemm, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Rechtsbrecher, Münster, 2000.

Lempp, R., Gerichtliche Kinder und Jugendpsychiatrie, Bern-Stuttgart-Wien, 1983.

Loevinger (Jane) Stages of Personality Development, en Hogan, Johnson and Briggs (editores) Handbook of personality psychology, San Diego Academic Press 1997.

Lösel, F./Bliesener, T. Zur Altersgrenze strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Jugendlichen aus psychologischer Sicht, in: DVJJ-Journal, 1997.

Masche, J. Entwicklungspsychologische Überlegungen zu wesentlichen Stationen und Kompetenzen während des Jugendalters, in: DVJJ-Journal, 1999.

Montada, L. Die geistige Entwicklung aus der Sicht Jean Piagets. En: Oerter R./ Montada L. (editores), Entwicklungspsychologie, 3. Edición, München-Trier, 1995.

Montada, L. Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation, en: Oerter R./ Montada L. (editores), Entwicklungspsychologie, 3. Edición, München-Trier, 1995.

Opp, K.D.
Methodologie der Sozialwissenschaften, 6. Edición VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005.
Soziologie im Recht, Reinbeck bei Hamburg, 1973.

Ostendorf, H.
Jugendstrafrecht, Baden-Baden, 2007.
Gutachten zum Jugendgerichtsgesetz, in: Lempp et al, (editores), Forensische Psychiatrie und Psychologie des Kindes und Jugendalters, Darmstadt, 2003.

Peters, K. Die Beurteilung der Verantwortungsreife. in: Undeutsch, U. (editor). Handbuch der Psychologie: Forensische Psychologie, Bd. II, Göttingen, 1967.

Piaget, J. Das moralische Urteil beim Kinde. München, 2. Aufl, 1990.

Pollack, R. H. Experimental Psychology of Alfred Binet, Springer Publishing, 1969 .

Rasch, W; Forensische Psychiatrie, 10. Edición, Stuttgart.

Rehbinder, M., Rechtssoziologie, 6. Edición, München, 2007.

Roxin, C.
Strafrecht Allgemeiner Teil, B.I, München, 2006.

En español: Derecho Penal Parte General, Tomo I, Madrid, 1ª reimpression de la 1ª edición, 1999.

Rupp-Diakojanni, T. Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1990.

Salas (Minor). Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens. Münchener Universitätschriften, 2005.

Scott, E. / Repucci, N. / Woolard, J. Evaluating adolescent decision making in legal context, in: Law and Human Behavior, #19, 1995.

Schäfers, B./ Scherr, A. Jugendsoziologie. Einführung in Grundlagen und Theorien, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.

Schaffstein, F./Beulke W., Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung, Stuttgart, 14. Edición, 2002.

Schilling, U. Begutachtung von Strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Schuldfähigkeit aus der Sicht eines Jugendpsychologen, in: NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), #6, 1997.

Schnell, R./Hill, P/ Esser, E. Methoden der empirischen Sozialforschung, München-Wien, 2005.

Schönke, A./Schröder, H/ Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar, 27a. Edición, München, 2006.

Schreiber, HL.; Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, en: Venzlaff, U./ Foerster K (editores) Psychiatrische Begutachtung, Stuttgart- Jena- New York, 1994.

Schütze, G/ Schmitz, G., Strafrechtliche Verantwortlichkeit, Strafreife und schädliche Neigungen, in: Lempp, Schütze, Köhnken (editores), Forensische Psychiatrie und Psychologie des Kindes- und Jugendalters, Darmstadt, 2003.

Scott, E. / Repucci, N. / Woolard, J. Evaluating adolescent decision making in legal context, en: Law and Human Behavior, #19, 1995.

Selman, R., The growth of interpersonal understanding: Developmental and clinical analices. New York Academic Press, 1980.

Steinberg, L. / Cauffman, E. Maturity of Judgement in Adolescence: Psychosocial Factors in Adolescence Decision Making, in: Law and Human Behavior, Vol.20. #. 3, 1996.

Streng, F. Jugendstrafrecht, Heidelberg, 2007.

Strunk, P./Rapp, M./ Wenn A. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus Jugendpsychiatrischen Sicht, in: Busch M. (editor), Zwischen Erziehung und Strafe: zur Praxis der Jugendstrafrechtspflege und ihrer wissenschaftlichen Begründung; Festschrift für Karl Härringer zum 80. Geburtstag, Pfaffenweiler, 1995, p147-163.

Volk, K. Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, en: Kaufmann, A. et al (editores.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, 1979.

Walter, M/ Kubink, M. §3JGG- 17 StGB: gleiche Tatbestandsstruktur?, en: GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht), Heft 2, Februar 1995.

Wegener, H. Einführung in die forensische Psychologie, Darmstadt, 1981.

Witter. H., Grundriß der gerichtlinien Psychologie und Psychiatrie, Heidelberg- New York, 1970.

Wittgenstein, L., Philosophische Untersuchungen, Schriften 1, Frankfurt am Main, 1969.

“Estoy convencido de que hay que hacer entrar a toda costa en el debate público, del que se han ausentado trágicamente, las conquistas de la ciencia – y devolver de pasada a la prudencia a los ensayistas charlatanes e incompetentes que ocupan permanentemente la prensa, las radios y las televisiones-; se liberaría así la energía crítica que permanece encerrada en los sabios, en parte por una virtud científica mal entendida que prohíbe al homo academicus mezclarse en los debates plebeyos del mundo periodístico y político, y en parte por los efectos de los hábitos de pensamiento y de escritura que hacen que los especialistas consideren más fácil y más gratificante, desde la perspectiva de los logros típicamente académicos, reservar los productos de su trabajo a publicaciones científicas que sólo son leídas por sus semejantes.”

Pierre Bourdieu

(IN: Contrafuegos 2, Por un movimiento social europeo, Barcelona: Anagrama, 2001, p.9-10)

