

Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil

Alessandro Baratta

Abogado. Profesor de la Universidad del Saarland, Saarbrücken, Alemania.

1. INTRODUCCIÓN.

A partir de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estamos asistiendo a un proceso sin precedentes, de reforma de la legislación para la infancia y la adolescencia en cada uno de los países que han ratificado la Convención. En efecto, asistimos a la construcción de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia ⁽¹⁾.

El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, es, a mi criterio, el cuerpo legislativo que mejor ha recogido el espíritu y la letra de la Convención. Sin embargo, conviene aclarar que las líneas fundamentales del Estatuto habían sido trazadas ya por la misma Constitución. Si bien el Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil es un año posterior a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención es un año posterior a la Constitución de Brasil. El artículo 227 de la Carta Política representa casi una síntesis de la propia Convención. Por ello, la Constitución, la Convención y el Estatuto, son los tres instrumentos jurídicos en los que se fundamentan y desarro-

llan los aspectos centrales e innovadores del nuevo régimen legal para la infancia y la adolescencia en Brasil.

En las páginas siguientes, haciendo un análisis aplicado al Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil ⁽²⁾, me ocupo de presentar los elementos y principios más importantes de este nuevo derecho, aquellos que, a mi juicio, deben ser considerados en todo proceso de reforma y de adecuación de la legislación interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

2. LA SUPERACIÓN DE LA LLAMADA «DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR».

La época comprendida entre 1899 (fecha histórica porque es cuando se crea el primer tribunal de justicia para menores en Illinois ⁽³⁾) y los años ochenta de nuestro siglo representa, en el derecho de menores, una fase anterior caracterizada por lo siguiente: un derecho de menores especializado respecto del derecho de los adultos, tanto en el plano penal como en el tutelar, con

1) Véase: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia y ciudadanía en América Latina. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia. Del menor como objeto de compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. Córdoba, Argentina, 1993, págs. 17-45; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (compilador). Un derecho penal del menor. Editora Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1993; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y DEL CARMEN BIANCHI, María (Compiladores). Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los derechos. UNICRI/Galerna, Buenos Aires, 1991; GARCÍA MÉNDEZ Emilio y CARRANZA, Elías. La condición jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. UNICEF, UNICRI, ILANUD/Galerna, Buenos Aires, 1992; PALOMBA, Federico. Il sistema del nuovo processo penale minorile. Giuffré, Milano, 1989.

(2) Véase: CURY, Munir, DO AMARAL E SILVA, Antonio Fernando, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (curadores). Estatuto de crianza e do adolescente comentado, Comentários Jurídicos e sociais. Malheiros Editores, Sao Paulo, SP, 1992.

(3) PLATT, Anthony M. Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. Siglo XXI, México, 1982, págs. 27-36, 120-186.

características completamente diferentes, especialmente en el campo penal con respecto al derecho de adultos. La consecuencia de esta separación ha sido el desarrollo del derecho de menores en el mundo entero, según los principios de la llamada «doctrina de la situación irregular»⁽⁴⁾. Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento «reeducativo» del menor que comete una infracción a la ley penal⁽⁵⁾.

En realidad, sobre la base de una equivocada justificación o percepción del derecho penal, no se quería llamar penal a este régimen; no definirlo como penal era considerarlo como una emancipación del menor que le aseguraba la irresponsabilidad penal, negándole sin embargo, al mismo tiempo, toda garantía y protección de sus derechos frente a la intervención del estado y del juez de menores.

La convención, precedida por otros documentos de derecho internacional, constituye una etapa fundamental en el camino para superar la vieja doctrina de la situación irregular particularmente en dos aspectos. En primer lugar, el niño y el adolescente ya no son objeto de compasión y de represión, sino que son sujetos de derecho⁽⁶⁾. El artículo 13 de la Convención, por ejemplo, consagra el derecho que tienen los niños y los adolescentes a ser escuchados, elemento este que tal vez

sea el más innovador, desde el punto de vista histórico.

En segundo lugar, la convención termina con la confusión entre abandono y conducta irregular, entre la gestión del abandono y la de la reacción frente a la transgresión de normas penales por parte de niños y adolescentes. Desde el punto de vista organizativo, crea competencias separadas: una competencia de la administración, para la gestión de las medidas de protección, y una competencia de la jurisdicción para decisión de las medidas «socio-educativas» con las cuales se responde a la realización culpable de figuras delictivas por parte del adolescente. De esta forma, se ha ido desvaneciendo el tabú respecto a la responsabilidad del menor que infringe la ley penal⁽⁷⁾.

Igualmente, desde el punto de vista terminológico, la Convención y el Estatuto son profundamente innovadores: ya no se habla de «menores», sino de «niños y adolescentes». Esto significa que se trata, desde una perspectiva normativa, de borrar esta zona separada, representada por los «menores», en el universo de los niños y de los adolescentes. En diversos trabajos de análisis histórico, Emilio García Méndez ha resaltado que los menores son una suerte de categoría residual respecto de la categoría infancia, resultado de la marginación social de una determinada población⁽⁸⁾. Los «menores» son aquellos niños o adolescentes que tienen necesidad de tutela o de medidas socio-educativas, porque no han gozado como niños y adolescentes, sólidamente insertos en el sistema escuela-familia, de los derechos fundamentales que las constituciones reconocen.

3. EL PRINCIPIO DE MUNICIPALIZACIÓN.

Me parece muy importante desde el punto de vista de la situación que aún hoy predomina en Améri-

(4) GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. «Para una historia de control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales del control social». En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., 1992, págs. 151-176; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia y Ciudadanía. Op. cit., págs. 19-35.

(5) PALOMBA, Federico. «Tendencias evolutivas en la protección de los menores». Conferencia pronunciada en San Salvador, 20 de agosto de 1992 (Inédita); SALINAS GIMÉNEZ, Esther. «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita» En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Un derecho penal del menor. Op. cit., 1992, págs. 11-53.

(6) GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. «Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente». En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías (compiladores). Del Revés al Derecho. Galerna, Buenos Aires, 1992, págs. 131-153; GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. «Del menor al niño y al adolescente ciudadano. Una introducción al nuevo derecho de la infancia y la juventud en Brasil». En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y DEL CARMEN BIANCHI, María (compiladores). Op. cit., págs. 73-81; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Op. cit., 1993.

(7) PALOMBA, Federico. Op. cit., págs. 364-369; PALOMBA, Federico. «La reforma al sistema de la justicia juvenil es una obligación». En: Hombres de maíz, No. 16, octubre de 1993, págs. 35-36; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «Principios fundamentales de un derecho penal democrático», Conferencia pronunciada en San Salvador, octubre de 1992 (inédita).

(8) GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. «Prehistoria e historia del control socio penal de la infancia. Política jurídica y derechos humanos en América Latina». En: Ser Niño en América Latina. Op. cit., págs. 11-20.

ca Latina, el principio de municipalización que ha desarrollado el Estatuto de Brasil. Si observamos la estructura administrativa del derecho de menores en casi todos los países de América Latina, en donde todavía existe la confusión entre abandonado y transgresión, observamos también que ésta se encuentra acompañada por una centralización muy pronunciada de la organización del derecho de menores y de las instancias encargadas de aplicarlo y administrarlo. El Estatuto es profundamente innovador porque introduce la instancia de la municipalidad y la institución de los Consejos Tutelares, integrados por personas que no son nombradas jerárquicamente por el poder central, sino que emanan directamente de los electores a nivel municipal⁽⁹⁾.

4. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN.

Por la función innovadora y orientadora que ejerce en el movimiento de reforma que se trata de desarrollar en América Latina, y en especial en América Central, es importante el principio de participación del movimiento social, principio que ha formado parte del proceso de elaboración del Estatuto brasileño. Este principio tiene dos aspectos. En primer lugar, se trata de un principio que se realiza por primera vez en la historia del derecho de los niños y de los adolescentes, del aún ahora llamado «derecho de menores»; el Estatuto no se formula en una sala aséptica de algún ministerio con un especialista que redacta el proyecto, una pequeña comisión de técnicos que lo pule y después una Asamblea Legislativa distraída que lo aprueba. Aquí, para repetir la hermosa expresión de Antonio Carlos Gómez da Costa, nos encontramos ante una ley escrita por mil manos, una ley en la que renovando profundamente la praxis legislativa en América Latina y en todo el mundo, la sociedad civil ha participado efectivamente en el proceso legislativo a través de un sinnúmero de organizaciones no gubernamentales⁽¹⁰⁾.

En segundo lugar, participación del movimiento social significa, igualmente, participación en la

gestión e implementación de la ley y, por tanto en el proceso político para hacer eficaz la ley misma. Este aspecto lo retomaré en el último punto de este trabajo.

“... tanto el sistema del Estatuto como el de la Convención prevén una diferencia en la responsabilidad penal del adolescente respecto a la del adulto”

5. LA DIVISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN.

El Estatuto representa una división equilibrada de competencias entre administración y jurisdicción. El juez queda descargado de aquella competencia universal -en realidad embarazosa- que lo obligaba a ocuparse del menor en situación irregular en el significado global del término, esto es, independientemente del hecho que sea un menor abandonado, que se encuentre en situación de riesgo o peligro o que sea transgresor de la ley penal. Ahora la administración resulta ser protagonista en la gestión de las medidas de protección social. Con el principio de municipalización, entendido como principio de administración desde abajo, se pretende hacer efectiva la participación de la sociedad civil en la gestión e implementación del Estatuto. No obstante, todas las discusiones abiertas en América Latina y en América Central, giran alrededor de la dificultad de encontrar un equilibrio entre administración y jurisdicción⁽¹¹⁾. Se ha asistido a una aplicación mecánica del principio de administrativización más allá de lo que la garantía de

(9) Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.

«Artículo No. 131: El Consejo Tutelar es órgano permanente y autónomo, no jurisdiccional, encargado por la sociedad de velar por el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente, definidos en esta Ley».

«Artículo No. 132: En cada municipio habrá, por lo menos un Consejo Tutelar compuesto por cinco miembros, elegidos por los ciudadanos locales para un mandato de tres años, permitiéndose la reelección».

(10) GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. Op. cit., págs. 73-81.

(11) PALOMBA, Federico. «Tendencias Evolutivas en la protección de los Menores». Conferencia pronunciada en San Salvador, 20 de agosto, 1992 (Inédita); GIMÉNEZ SALINAS, Esther y GONZÁLES ZORRILLA, Carlos. «Jóvenes y Cuestión Penal en España». En: Jueces para la Democracia. No. 3, Madrid, 1988, págs. 17-26.

los derechos del niño o del adolescente pretende, tal es el caso de la adopción, o del caso en que se incide de manera decisiva sobre la vinculación del niño o adolescente con su familia, como son las decisiones sobre la patria potestad. Por su naturaleza, la adopción y la patria potestad deben tener un control jurisdiccional y no pueden ser objeto de decisiones administrativas.

El Estatuto brasileño presenta una forma de compensación, satisfactoria según mi parecer, entre las dos exigencias, la de la administrativización y la de jurisdiccionalización, dándole al juez no sólo la competencia en materia de transgresiones, sino también en todas aquellas materias en que efectivamente están en juego los intereses permanentes del niño en lo que respecta a su condición civil. De otro lado, el juez puede -según el Estatuto brasileño- no sólo decidir que se aplique una medida socio-educativa, sino también que se aplique una medida de protección. Además, las medidas de protección no están excluidas (esto se infiere muy fácilmente de una interpretación global del Estatuto) de la aplicación de medidas socio-educativas; al contrario, las medidas de protección pueden ser no sólo alternativas⁽¹²⁾, sino también acumulativas, al mismo tiempo o sucesivamente, a las medidas socio-educativas. De otra parte, en el mismo Estatuto se ha regulado la figura de la remisión, la cual permite al Ministerio Público, con la homologación del juez, evitar al adolescente las consecuencias de un proceso penal⁽¹³⁾.

Un ejemplo de cómo el Estatuto ha desarrollado de manera correcta los principios de la Convención y de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, se refiere a la privación de libertad como medida socio-educativa⁽¹⁴⁾ y al abrigo⁽¹⁵⁾ como medida de protección. Los dos casos son muy distintos: dado que la privación de la libertad o de la semilibertad es una medida de respuesta al abandono. Tanto el internado como el abrigo se consideran en el Estatuto como excepcionales y sujetos a los principios de brevedad y revisión. Sin excepción, considerando la lógica de las medidas adoptadas en el Estatuto, resulta claro que la medida del abrigo no conlleva de ninguna manera la privación de libertad. Pero entonces, dicen algunos críticos, ¿de qué sirve colocar a un niño en una casa hogar? Habrá reglas y el niño no podrá entrar ni salir a

su antojo. ¿Acaso no habrá también aquí una privación comparable a la medida socio-educativa de la semilibertad? En este caso, sería como decir que el niño en condiciones normales, en cuanto sujeto a la patria potestad y por tanto sujeto a la disciplina de parte del padre, que le dice a qué hora puede salir y a qué hora puede entrar, estaría por este sólo hecho, privado de la libertad. Está claro que el responsable de la casa-hogar tiene una potestad que sustituye la potestad paterna y que por eso impone reglas al niño. De allí que no tiene nada que ver con la privación de libertad, no es una sanción. Este ejemplo da a conocer el alto nivel de claridad con el que el Estatuto ha establecido una línea divisoria práctica y conceptual entre reacción a la transgresión y reacción a la situación de abandono.

6. EL PRINCIPIO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS.

Hemos visto que entre las medidas de protección y las medidas socio-educativas no hay un proceder excluyente. En efecto, podemos establecer que el carácter de garantía del Estatuto se manifiesta también en el hecho de reconocer que la medida socio-educativa representa -en cuanto es reacción a la transgresión- una restricción de ciertos derechos o la imposición de ciertas obligaciones, pero también es claro que en esta restricción de derechos y en esta imposición de obligaciones quedan puntualizadas aquellas formas de intervención que están previstas taxativamente en el Estatuto. Esto significa que todos los demás derechos del niño, incluso los derechos a la protección, permanecen eficaces. El niño no pierde para nada estos derechos por el hecho de estar sujeto a medidas socio-educativas. Como ya lo hemos señalado, las medidas de protección pueden perfectamente aplicarse no sólo en sentido alternativo sino también en sentido acumulativo.

Por otra parte, medida socio-educativa sólo puede ser la que taxativamente está prevista en el catálogo de medidas establecido en el Estatuto. No hay posibilidad de usar formas analógicas o de hacer una extensión paternalista del catálogo de las sanciones, como sucedía en toda la tradición latinoamericana y en parte -hasta hace poco tiempo- en Europa.

(12) Estatuto, artículo No. 111.

(13) Estatuto, artículos No. 126 y ss.

(14) Régimen de Semilibertad, Estatuto, artículo No. 120; Internación, Estatuto, artículo No. 121.

(15) Estatuto, artículo No. 101, VII.

7. LA RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE QUE INFRINGE LA LEY PENAL.

Todo lo expuesto nos obliga a tomar posición respecto de una cuestión de fondo: la responsabilidad penal del adolescente ⁽¹⁶⁾ según la convención, desde una edad mínima, que puede ser los doce o catorce años hasta los dieciocho, es posible una forma de intervención jurídica, distinta a la prevista en el Código Penal para los adultos, cuyo fundamento jurídico es la realización culpable de una figura delictiva. ¿Es ésta una responsabilidad penal o no? Creo que debemos tener el valor de admitir públicamente que se trata de una responsabilidad penal, aunque atenuada respecto a la de los adultos, pero de la misma naturaleza. En efecto, desde el punto de vista de una correcta teoría del derecho, nos encontramos en ambos casos en presencia a) de una respuesta a la realización culpable de una figura delictiva, y b) de una restricción de derechos, y en consecuencia, de una sanción «negativa» ⁽¹⁷⁾.

Podemos decir entonces que tanto el sistema del Estatuto como el de la Convención prevén una diferencia en la responsabilidad penal del adolescente respecto a la del adulto. Se trata de una diferencia de grado, que se manifiesta tanto en el establecimiento de sanciones diferentes, como en las funciones declaradas a la responsabilidad penal plena del adulto a quien se pueden aplicar las penas previstas en el adolescente, que se resuelve en su capacidad de ser sujeto de aquellas sanciones específicas, con aquellas finalidades específicas, que la ley prevé para esa edad. Esto significa que si se trata de responsabilidad penal, aunque sea atenuada, todos los filtros previstos por el derecho penal de adultos para la atribución de responsabilidad penal de una determinada persona, se deben respetar. Estos filtros son cuatro:

1. Debe haber, ante todo, una prueba de la realización del delito; no puede existir, como la había en el proceso penal de la edad media, una pena menor a la que pueda estar sujeto el adolescente, porque los indicios son menos fuertes; no puede haber, pues una «pena indiciaria». Debe haber plena prueba de que se ha llevado a cabo un hecho delictivo.
2. La realización del delito debe ser contraria a la ley: se excluye por tanto de la responsabilidad penal

aquellas acciones que se pueden justificar por causas de exclusión de la antijuridicidad previstas por la ley penal general, como por ejemplo, la legítima defensa.

3. El adolescente, al igual que el adulto, para que se le pueda atribuir una responsabilidad penal atenuada por un hecho específico, debe tener aquella «capacidad de culpabilidad», o sea, la capacidad de querer y de entender la acción que está llevando a cabo, conociendo la antijuridicidad. Aquí, por ejemplo, entran en función, también para el adolescente, todas aquellas causas de enfermedad mental a la turbación momentánea; formas que la dogmática del derecho penal de los adultos ha estudiado ampliamente.

4. El comportamiento debe ser culpable. No es suficiente que haya capacidad de entender y de querer, sino que, en concreto, la acción debe ser culpable, lo cual significa, desde el punto de vista de la teoría «normativa» de la culpabilidad, dos cosas: en primer lugar, el adolescente debe estar en posesión de opciones de comportamiento razonables y, en segundo lugar, debe haber una exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley. Los requisitos que exigen estos dos criterios, alternativas de comportamiento y exigibilidad social, pueden y deben tener características distintas de las del adulto; pueden ser más generosas para el adolescente. Pero no puede haber atribución de responsabilidad penal, sin pasar a través de este cuarto filtro.

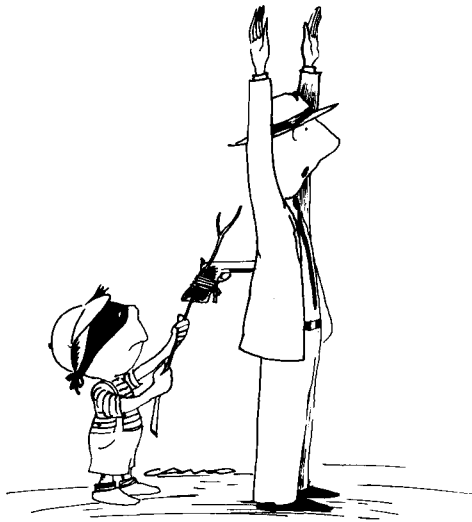
Desde una perspectiva formal, es posible que en algunos países latinoamericanos, debido a la vieja tradición doctrinal dominante, sustentada sobre la doctrina de «la situación irregular» a la que ya nos referimos, se presenta una suerte de contradicción entre la doctrina de la responsabilidad penal atenuada del adolescente, y algunas disposiciones constitucionales y legales que consideran al menor de dieciocho o de dieciséis como «no imputable». En este caso, existen dos alternativas; la primera, que se refiere a la interpretación de aquellas normas constitucionales y legales, señalando que la imputabilidad a la cual se refieren es una imputabilidad en sentido estricto y «técnico», que no significa más que aquella capacidad propia del adulto para que se le atribuya la responsabilidad penal plena; lo cual, a su vez, no significa más que ser sujeto de las sanciones previstas por la ley penal general.

Según esta interpretación, el adolescente no es

(16) PALOMBA, Federico. Op. cit., págs. 17-187, 362, 264. PALOMBA, Federico. Op. cit., 1992; DE LEO, Gaetano. «Responsabilità: Definizioni e applicazioni del campo della giustizia minorile». En: PONTI GIANLUIGI, Giovanni. Responsabilità e giustizia. Giuffrè, Milano, 1985; GIMÉNEZ SALINAS, Esther y GONZALES ZORRILLA, Carlos. Op. cit., págs. 19-26.

(17) Véase: ALBRECHT PETER, Alexi. Informalisierung des Rechts. Empirische Untersuchungen an den Grenzen der Oportunität im Jugendstrafrecht. De Gruyten, 1990, Berlín/New York, 1990.

imputable, en el sentido de que no se le puede atribuir aquella responsabilidad penal plena y que por lo tanto no es sujeto de aquellas sanciones establecidas en el Código Penal para los adultos. Pero esto no implica que él no tenga una responsabilidad penal atenuada, esto es, la capacidad de ser sujeto de aquellas medidas que a menudo, en la legislación de menores, se llaman «socio-educativas». Estas medidas comportan una restricción de determinados derechos y, teniendo como título jurídico la realización culpable de una figura delictiva, son sanciones negativas, aunque su finalidad sea la de reeducar.



Gaetano De Leo es uno de los autores que en Italia ha defendido la gran importancia pedagógica de establecer un principio de responsabilidad para el adolescente, de no acceder a una visión de tipo asistencial de la justicia de menores, que no sólo le quita la conciencia de la responsabilidad de sus actos ⁽¹⁸⁾, sino que tampoco responde a la realidad rigurosamente punitiva y represiva que, también en Europa ha sido y sigue siendo la característica de la justicia de menores ⁽¹⁹⁾.

El Estatuto brasileño ha hecho énfasis en la necesidad de defender al adolescente de formas de paternalismo que lo reprimen de manera absolutamente arbitraria, y ha tenido el valor de llamar las cosas como son, por su nombre. Es contraproducente camuflar

con eufemismos la responsabilidad que se puede imputar al adolescente, que no es otra cosa que la capacidad de ser sujeto de sanciones negativas y por tanto, es una responsabilidad «penal». Sólo reconociendo la naturaleza restrictiva de derechos, podemos asegurarle, en el proceso y en la ejecución de las medidas todas las garantías necesarias, que no deben ser menores, sino mayores a las que goza el infractor adulto.

La segunda vía consiste en el cambio de la formulación legal y constitucional, mediante una reforma adecuada. En ambos casos, el desarrollo de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas supone un cambio en la legislación y en la praxis que supere teórica y prácticamente la doctrina de la situación irregular.

Muchos de los equívocos o confusiones derivan del hecho de usar los términos «imputabilidad» e «inimputabilidad» para designar dos cosas distintas: de un lado, la capacidad de responsabilidad penal y, del otro, la capacidad de culpabilidad, esto es, uno de aquellos filtros a través de los cuales se debe pasar necesariamente, según un principio general del derecho penal «liberal» consagrado en las convenciones internacionales en esta materia, al proceso judicial de atribución de la responsabilidad penal, o sea de aplicación de una sanción prevista por la ley. Opino que sería mejor, para evitar la confusión, reservar el término «imputabilidad» para la primera acepción y utilizar para la segunda los términos «capacidad de culpabilidad» o «capacidad de entender y querer» ⁽²⁰⁾.

Está claro que las normas en cuestión, que excluyen la impunidad penal del menor, se refieren a la primera acepción, puesto que tendría poco sentido si fueran interpretadas como una presunción absoluta de incapacidad de entender y de querer. La interpretación que aquí se propone, presupone que se trata de una regulación de la capacidad de la responsabilidad penal general; esto es, de la posibilidad de ser sujeto de sanciones negativas previstas para diferentes estratos de edad o de no ser sujetos de ninguna sanción negativa. Con esta interpretación se respeta la diferenciación que existe entre estratos de edad previstos en el Estatuto brasileño, como en otros proyectos de ley de otros países latinoamericanos. Igualmente se respetan la

(18) DE LEO, Gaetano. Op. cit.; PALOMBA, Federico. Op. cit.

(19) En este sentido, para la prospectiva europea véase DUNKEL, Freide. «Hleranwachsende im (Jugend) Kriminalrecht». En: Zeitschrift für der gesante Strafrechtwinssenschaft. «ZstW», 105, 1, págs. 137-165.

(20) Hans Kelsen constituye un concepto general de imputación (Zurechnung) como relación entre un comportamiento humano y la condición, en presencia de la cual el comportamiento está prescrito por una norma. La imputación de responsabilidad y la aplicación de la correspondiente sanción retributiva representa en la teoría de Kelsen un concepto autónomo con respecto de la capacidad de entender y querer. Véase KELSEN, Hans. La doctrina pura del derecho. Capítulos 3 y ss., y capítulos 18 y ss.

Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y otras normas internacionales vigentes en materia de derecho penal de menores. Es coherente la interpretación que diferencia un estrato de edad (en la mayor parte de los casos y según la convención) por debajo de los 14 años, en que se excluye toda responsabilidad penal y un estrato de edad (según la convención y el Estatuto de Brasil) entre los 14 y 18 años con responsabilidad penal atenuada y, finalmente, el estrato de los adultos con responsabilidad penal plena. Igualmente, es posible, según el régimen de las sanciones previstas en las distintas legislaciones, realizar otras diferenciaciones como las que realiza, por ejemplo, el Proyecto de Ley del Menor Infractor en El Salvador para adolescentes entre 16 y 18 años, o como la que realiza la legislación vigente en Alemania para la franja de edad entre los 18 y 21 años ⁽²¹⁾.

8. PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN.

Si consideramos ahora el aspecto de la gestión político social del Estatuto, podemos decir que la experiencia brasileña es innovadora porque le da un espacio más amplio al movimiento social y a la participación de la sociedad civil. Citando una vez más a Antonio Da Costa ⁽²²⁾, podemos también decir que, si en el período precedente a la formación del Estatuto, ésta era el objeto de una lucha por llevar adelante un proyecto de ley, después de su promulgación, el Estatuto llega a ser objeto de una lucha para llevar adelante un proyecto de sociedad.

No es posible en este trabajo desarrollar todas las implicaciones de este principio; me limitaré, por tanto, a subrayar la importancia del hecho de que la Constitución de Brasil de 1988, anticipándose a la convención del Estatuto, estableció, por primera vez en la historia de las constituciones, el principio de absoluta prioridad de los intereses y los derechos humanos de los niños y de los adolescentes. Esto significa que, en este país, la lucha por una nueva sociedad tiene un norte, el de los derechos humanos de los niños y adolescentes, que se declara en la Constitución como el principal del proyecto de sociedad. Éste y no otro es el significado del artículo 227 de la Constitución. Al interior de la sociedad brasileña, el de los derechos de los

niños y de los adolescentes se vuelve un frente estratégico de la lucha por los derechos humanos en la sociedad brasileña en su conjunto.

Este proyecto de sociedad encuentra el fundamento de su legitimación en la legalidad, y consecuentemente, la resistencia conservadora, todavía muy fuerte hoy, que lo impide, es en gran parte, una resistencia contra la Constitución y la ley.

La realización de los derechos humanos de los niños y de los adolescentes es el eje de un proyecto de sociedad. Para que sea posible la realización de estos derechos, es necesario que la lucha no se localice sólo en un Estado, en particular en el Brasil; en efecto, las condiciones materiales para la realización de los derechos humanos de los niños y de los adolescentes proclamados y defendidos por el Estatuto, van más allá de los límites de un Estado. Las implicaciones en el modo de distribuir y de producir la riqueza a nivel mundial, hacen de esta lucha una lucha mundial.

Cuando de una parte se habla de derechos, y de la otra, de la situación de hecho, no pretendemos hacer una separación de tal modo que de una parte existiera el derecho y de la otra la sociedad, entendida ésta como el conjunto de las relaciones sociales existentes. En efecto, existe un reconocimiento formal de derechos y hay un estado de hecho, un *status quo* de la sociedad. Pero la sociedad y las relaciones sociales no son solamente un *status quo*: Son también el lugar en el cual se despliega la tensión entre el ser y el deber ser, entre situación de hecho y enunciación normativa, el lugar de una dinámica que tiende a superar la distancia entre ser y deber ser. Dar a los derechos humanos una función propulsiva en la transformación social, en el desarrollo humano, significa no sólo reconocer que «el derecho no puede ser nunca más alto que la sociedad» ⁽²³⁾ sino también que la sociedad no puede ser más alta que su derecho. El derecho es también un proyecto de nuevas relaciones sociales, y no solamente la transcripción jurídica de las existentes. Si es verdad que los derechos humanos representan el objetivo de la acción de transformación de la sociedad, la lucha por el cambio y por la aplicación de la ley, en la fase actual de pacificación y de negociación de conflictos en el área latinoamericana, significa no sólo llevar adelante el proceso formal de las enunciaciones normativas, sino construir instrumentos adecuados de transformación social.☞

(21) Véase la Ley alemana «Jugenderichgesetz» (JGG), del 4.8.1985 y reformada el 16.2.1993. Véase, en particular, el S1 JGG.

(22) GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. Op. cit., págs. 80-81.

(23) MARX, Karl. Zurkritik, «Des Gothaer Proqramms». En: MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. Werke, Bd. 19, 1962, pág. 21, Dietz, Berlín.