

## **EVOLUCION DEL CONTROL SOCIAL INFORMAL Y FORMAL FRENTE A LOS ADOLESCENTES QUE INFRINGEN LA LEY EN EL MODELO TUTELAR**

**Christian Hernández Alarcón<sup>1</sup>**

### **1. Control Social Dirigido al niño y al adolescente que infringe la Ley Penal**

*Como lo señaló Edward Ross, en su obra titulada "Social Control, A Survey of the foundation of Order", no se puede edificar una sociedad sin control, sin orden<sup>2</sup>, el cual se trata de alcanzar por medio de un sin número de instituciones que la sociedad ha creado para inculcar, promover e incluso castigar por y en nombre del "orden". Por medio de estas instituciones, el hombre se adapta a los usos y costumbres de la sociedad dominante, adquiere sus valores y fija los límites de su libertad<sup>3</sup>.*

*Podemos señalar por ello, que el control social, sirve para asegurar la supervivencia del "estado de cosas" en la sociedad, pues al mismo tiempo que traza el marco que circunscribe los modos de ser y actuar socialmente aceptables, castiga los comportamientos nocivos por medio de un complejo sistema de sanciones y reglas, que persiguen la disciplina social: sometimiento y conformidad del individuo a las normas de convivencia.<sup>4</sup>. Para ello, el control social dispone de un sinnúmero de sistemas normativos: religión, derecho, ética; diversos portadores u órganos: familia, escuela, iglesia, medios de comunicación,<sup>5</sup> diversas estrategias: premios, buena reputación, sanciones morales, negativas o rechazo social, sanciones pecuniarias y penas.<sup>6</sup>*

---

<sup>1</sup> Profesor de Seminario de Integración en Derecho Civil no Patrimonial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde aborda la temática de Infancia y de Taller de Tesis en Temas de Derecho de Familia e Infancia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

<sup>2</sup>Citado en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe "Lecciones de Derecho Penal" Editorial Cuzco, 1990, p 21.

<sup>3</sup> A este proceso se le conoce con el nombre de socialización, su resultado es individuos integrados a las pautas sociales dominantes.

<sup>4</sup> GARCIA- PABLOS DE MOLINA, Antonio en "Derecho Penal, Introducción", Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p 2.

<sup>5</sup> La televisión especialmente es influyente en la vida cotidiana, incluso muchas veces más decisiva que la misma interacción familiar y educación escolar, incidiendo directamente en el adolescente y en los grupos de amigos, ya que proporciona "los marcos de experiencia" y las pautas de comportamiento social, frente a situaciones diversas, las mismas que son ensayadas y reforzadas en la propia interacción familiar, educativa o de grupo, contando con una "audiencia cautiva" a una programación en la que predomina la violencia. Ver al respecto VILLEGAS BOTERO, Fabio: "La familia latinoamericana del nuevo milenio", Editorial San Pablo, Bogotá, 1994, p. 53. .

<sup>6</sup> Ibidem p. 3.

*El niño y el adolescente son la base de la eficacia del control social, pues un niño plenamente adaptado se incorpora fácilmente al sistema sin causarle ningún problema.*

*Podemos encontrar dos tipos de control social, el informal y el formal. A continuación los abordaremos en cuanto se encuentran dirigidos a los niños y adolescentes.*

### **1.1. Mecanismos Informales de Control Social**

*También se les conoce como los mecanismos de control secundario y son los que la estructura de poder genera a fin de que los adolescentes sean sumisos y adaptados a las reglas sociales<sup>7</sup>.*

*Tradicionalmente se ha considerado que estaba por descontada la adaptación que podía tener el niño, por eso ni se le consideró como sujeto de derechos y únicamente se le impuso patrones de comportamiento por medio de la interacción primaria de corte autoritario de instituciones como la familia, la escuela y la iglesia.*

*Podemos distinguir dos niveles de control social; por un lado el activo que busca prevenir cualquier desajuste por medio de una educación en patrones de comportamiento social y por otro lado el reactivo que es el que se establece una vez que ya se ha producido la violación de las reglas sociales y se puede dar por medio de dos vertientes: a nivel psíquico expresado en las burlas y el reproche y la física o la violencia aplicada como medio de adaptación social por parte de las instituciones tradicionales como la familia<sup>8</sup> y el colegio.<sup>9</sup>*

---

<sup>7</sup> La sanción física, proscrita de las legislaciones pero frecuentemente usada, la alteración de la rutina del niño desobediente, sanciones sociales, mala nota, notas a los padres, suspensión, expulsión, rumores, ridículo, mala reputación, silencio, etc, son distintas maneras de control social informal familiar y educativo.

<sup>8</sup> Jacques Donzelot señala respecto de este proceso: En un primer momento el estado gobernaba por medio de la familia. Ella era “sujeto y objeto de gobierno” Sujeto por la distribución interna de sus poderes y objeto por que por medio del jefe de familia se inscribe la línea de dependencia con el estado. El Estado les dice a las familias mantengan a sus hijos en las reglas de obediencia a nuestras exigencias, mediante eso podrá usarlos a su antojo y si contravienen sus órdenes , el Estado dará el apoyo necesario para hacerlos entrar en el orden. DONZELOT Jacques “La Policía de las Familias” Pre textos, Versión Castellana de José Vásquez Pérez . En la modernidad en nuestra legislación como parte de la patria potestad se le ha entregado a los padres poderes omnímodos que el estado respalda. Así el artículo 423 inciso 3 del Código Civil señala que los padres “tienen el deber y derecho de corregir moderadamente a sus hijos y cuando esto no bastare recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un centro dedicado a la reeducación de menores”. El Código de los Niños y Adolescentes actual señala en su artículo 74 d “corregirlos moderadamente, cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente. Prácticas como esta son incluso recogidas por la doctrina nacional, sin ser sometidas la crítica ni contradichas. Ver al respecto el desarrollo del contenido y alcances del derecho- deber de corrección en PLACIDO, ALEX “ Filiación y Patria Potestad” Gaceta Jurídica , 2003 p 520 y ss

*Dos son las notas distintivas del control social informal dirigido a los niños y adolescentes, por un lado carecen de preceptos que determinan la clase de castigo y de otro no existe un procedimiento para impartirlo.<sup>10</sup> El padre puede sancionar a sus hijos de la manera que mejor le parezca, así como la sociedad puede manifestar su rechazo a sus miembros nocivos.<sup>11</sup> No obstante, en los adolescentes pueden existir comportamientos que rechazados por adultos son socialmente admirados por sus pares.*

*Cabe destacar, además que la violencia e imposición usada como medio de corrección de las conductas y elemento central de la socialización en la familia y el colegio, reforzada por los medios de comunicación, junto con un mayor nivel y velocidad en la información de parte de los adolescentes ha incidido en que éstos no crean ni acepten fácilmente las pautas de comportamiento que le son impuestas por los adultos, generándose un desencuentro y búsqueda de nuevos patrones de socialización, lo que han encontrado en los “peer groups”<sup>12</sup> en la versión anglo sajona o en las pandillas o grupos de iguales con escasa motivación para respetar las reglas sociales y propensos a su trasgresión, los cuales además de proporcionar a sus miembros pautas de evasión frente a la autoridad paterna<sup>13</sup> y al centro educativo<sup>14</sup>, hasta les dan la posibilidad de construir su propia subcultura Aunque, es necesario*

---

9 MIRALLES, Teresa “El Estado y el individuo, la disciplina social en el Pensamiento Criminológico” Vol II, Temis Bogotá , 1983, p. 41.

<sup>10</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA , Op. Cit p 4

<sup>11</sup> Ibidem

<sup>12</sup> ROMERO-PEÑA y otro, ob. cit., p. 31

<sup>13</sup> Una investigación realizada por CEAPAZ señala que la mayoría de miembros de las Pandillas han socializado en las calles: Aprendieron cómo aguantar el dolor y el castigo, golpear y pelearse, abusar pero no ser abusado, abusar para no ser abusado siendo la calle el espacio central de su socialización. Ver SANTOS ANAYA, Martin “ Las Pandillas Juveniles en el Contexto de la Historia de sus barrios y de la Estructura Social, ensayo Flecha Azul, N 16-17 CEAPAZ, Lima, 1999. p 7.

<sup>14</sup> El profesor Leon Trahtemberg realiza un diagnóstico del fracaso del colegio como controlador social, en el que señala que los estudiantes necesitan de sus padres y profesores , líderes de opinión para identificarse con ellos, ante su ausencia y carencia solo les quedan líderes negativos que son los paradigmas habituales alimentados por la prensa y por la identificación negativa de las generalizaciones de los mayores que ven a todos los jóvenes como vagos, pandilleros, estereotipando a la juventud como violenta. De este modo se coloca a las víctimas de la violencia estructural como los actores de la violencia, dejando de lado la verdadera responsabilidad de los adultos en el ejercicio de la autoridad e internalización de valores, donde es más fácil reprimir que educar, donde se enseña sin tener cuidado en las especiales capacidades e intereses de los alumnos y donde se responsabiliza a ellos de sus fracasos y no a los profesores. Esta situación junto a la crisis generalizada en la educación mundial y con la confirmación fáctica realizada por los jóvenes de que el que estudia no triunfa, por que estudiar empeñosamente la secundaria no asegura un éxito a nivel superior y en el mercado laboral, denota las causas de la crisis de la educación y del control social que tiene a su cargo. En TRAHTEMBERG, Leon “ Una mirada a la Violencia Juvenil desde la Educación” ponencia en el Seminario Internacional Aproximación Multidisciplinaria Sobre Violencia Familiar, UNMSM, Lima 28 de mayo de 1997.

*señalar, han seguido usando los mismos mecanismos coercitivos para imponer conductas a sus miembros, es decir la violencia e imposición.*

*De esta manera, la crisis de las instituciones tradicionales, medios de socialización por antonomasia, han dado lugar al ascenso de las referidas pandillas Juveniles, las cuales llenando el vacío creado por la ineficacia de la familia, escuela e iglesia y se han convertido en espacios nocivos de socialización y participación, donde el surgimiento de sub culturas y costumbres contestatarias al sistema se han asociado en muchos casos a la ejecución de actos ilícitos*

*El panorama descrito, nos haría pensar que las instituciones llamadas tradicionales han sido reemplazadas totalmente en los espacios de socialización. Nada más lejos de la realidad y además menos conveniente. No obstante, es necesario un replanteamiento profundo de su funcionamiento.*

*En el caso específico de la familia, aunque ha cumplido a lo largo de la historia su función socializadora de diversas maneras, enseñándonos a vivir con o sin reglas, violar las establecidas, a pelear, conciliar, perdonar, aceptar nuestros errores, guardar rencor, etc. Siendo además, una de las instituciones más permeable a la reproducción de los valores y pautas sociales con el respectivo bagaje de roles y relaciones por el "sólido sistema de interacciones en el que descansa."<sup>15</sup> Sin embargo, no se ha podido mantener inmune a los cambios sociales. Así, es indiscutible la influencia en la crisis de la familia de procesos sociales, como la revolución en la información, la creciente importancia de las relaciones extrafamiliares, y el desplazamiento nacional e internacional por migraciones, con la consecuente pérdida de valores, costumbres, desarraigo, desintegración y hacinamiento, a pesar de los cuales la familia ha mantenido su vigencia e importancia<sup>16</sup> demostrando su capacidad de adaptación.*

*Por ello, podemos señalar que si bien el incremento de la delincuencia juvenil<sup>17</sup> es una muestra tangible del fracaso del control*

---

15 ROMERO PEÑA GONZALES Anleo "Sociología para educadores" Editorial Sincez , Madrid 1974 En Introducción a la Sociología, selección de textos, Universidad Marcelino Champagnat, Lima, 1994, p.29

<sup>16</sup> En referencia a esta facilidad de adaptación a los cambios históricos Engels citando a Morgan señala "La familia debe de progresar a medida que progresa la sociedad, que debe modificarse a medida que la sociedad se modifique: lo mismo que ha sucedido antes. Es producto del sistema social y reflejará su estado de Cultura" En ENGELS, Federico "El Origen de la Familia, La propiedad Privada y El estado", 1ª Edición 1884, Ed. Perú Andino, Lima 1988 p.117 y 118.

<sup>17</sup> Dentro de la delincuencia Juvenil cabe destacar que la mayoría de actos se producen dentro de Pandillas, hurtos, robos, lesiones y hasta violaciones, 70% de actos de los actos violencia cometidos en Lima son realizados por Pandillas, llegando a ser alrededor de 700 en Lima, habiéndose triplicado desde el año de 1996 en que eran alrededor de 200. Fuente APROSEC

*social informal, es decir de la crisis de las instituciones socializadoras como la familia o colegio. Cualquier esfuerzo de prevención del delito en adolescentes debe partir por ayudar a estas instituciones a que recuperen el rol al que están destinadas y se conviertan en un espacio de participación donde el adolescente construya su ciudadanía reconociéndose parte de un grupo familiar y social.<sup>18</sup>*

*En el caso de la familia, a fin de recuperar la función socializadora positiva es necesario que los padres recuperen su función educativa sin violencia y sin imposiciones. Lo anteriormente señalado es de vital importancia, si consideramos como Gilbert Highet que la relación entre padres e hijos se basa esencialmente en la enseñanza y no en el amor o en el dominio, pues como señala el autor citado: “uno puede dar a un niño tanto amor como pueda asimilar, y sin embargo convertirlo en un idiota incapaz de enfrentar al mundo; mientras que el mejor y más seguro camino para controlar a sus niños es explicarles las reglas que uno intenta poner en práctica”<sup>19</sup>. Además, debemos tener en cuenta que la enseñanza de los padres es incluso espontánea e inevitable pues los padres educan o mal educan sin querer hacerlo. Por otro lado, la educación familiar abarca el universo entero, de hecho existen cosas que ninguna escuela enseñará: como hábitos de ahorro, normas de convivencia en la interacción personal, orden, disciplina y organización de la vida personal, así como la templanza frente a las adversidades y superación de las frustraciones<sup>20</sup>.*

---

Asociación Pro Seguridad Ciudadana ) en El Comercio a2, Domingo 17 de diciembre del 2000., otra investigación del mismo año señala que en Lima existen alrededor de 12 000 jóvenes en Pandillas. (Cfr. PNP, Dirección Nacional de Participación Ciudadana , con el auspicio de ONG Acción por los Niños: “Diagnóstico situacional de la Violencia Juvenil en Lima y Callao”, Documento de Trabajo, Lima, 2000, p 17. Lo que pone de manifiesto el fracaso del control social informal.

<sup>18</sup> De un lado en la familia se aprenden pautas de comportamiento y de otro en la escuela se inserta el niño en la sociedad conociendo lo que ella espera de él, y asimilando por patrones consumistas lo que puede buscar en ella para ser un ser productivo que pueda satisfacer adquiriendo con el producto de su trabajo lo que siempre soñó. Lamentablemente en la actualidad, “la injusticia social no es sólo la exclusión de la participación de los beneficios del producto sino también del trabajo en la producción y por lo tanto la masa de pobres aparecen como un sobrante que no cuenta. De un sistema que fundamentalmente explota, pasamos a uno que fundamentalmente excluye” CASTILLO MATTASOGLIO; Carlos en “Juventud Universitaria y Pobreza “ en Pobreza y Paz, Revista Paz, del Centro de Estudios y Acción para la Paz CEAPAZ (Julio-Diciembre 1994. II Epoca Año 2 N° 30-31 p 51. En tanto la educación no posibilite aún la inclusión de los jóvenes en la sociedad con igualdad de oportunidades en el sistema de producción que es por sí mismo ya injusto, habrá mayor descontento, pobreza y frustración, ambiente propicio para la criminalidad.

<sup>19</sup> HIGHET, Gilbert “El Arte de Enseñar” Universidad de Columbia 1953, p 285.

<sup>20</sup> HIGHET, Gilbert Ibidem, p 285. El psicólogo de renombre internacional Fitzhugh Dodson plantea como estrategias para motivar el comportamiento positivo de los hijos, un sistema de recompensas positivas frente al buen comportamiento (estímulos) e indiferencia frente a las situaciones problemáticas a menos que se dañen entre ellos, destruyan objetos o provoquen tensión que influya en la familia, persigue la fijación de objetivos de conducta en los hijos por medio del establecimiento de contratos y de recompensas, usando como sanciones el descanso (aislamiento) o el descanso inverso (alejamiento controlado del padre hacia el hijo ) y control ambiental., mejorado sus técnicas de comunicación con los hijos desterrando el castigo físico y comunicando

*En el mismo sentido, los centros educativos, cuando tanto modifiquen su enfoque homogéneo y represivo en la educación, dejen de responsabilizar a los estudiantes por el fracaso educativo, responsabilizando en su lugar a los profesores y posibiliten la manifestación creativa de los estudiantes de acuerdo a sus posibilidades individuales,<sup>21</sup> lograrán recuperar el lugar que les corresponde en la socialización, en la justificación de las normas de convivencia en los alumnos y en el ejercicio pleno de sus derechos individuales, respetando los de los demás.*

## **1.2. El Derecho Penal como instrumento de control social del niño y adolescente en conflicto con la ley penal**

*El fracaso de los medios de control social informal ha ocasionado que la sociedad se vea obligada a recurrir al mecanismo artificial del sistema penal a fin de que controlen lo que los medios naturales no pueden<sup>22</sup>.*

*Así, el control formal se realiza por medio de agencias de control penal: policías, fiscales, jueces; quienes actúan usando un conjunto de normas: Código Penal, Código de los Niños y Adolescentes, que se relacionan en un complejo dinámico de funciones<sup>23</sup> cuyas sanciones a diferencia de las del control social informal nunca son neutras sino negativas y estigmatizantes<sup>24</sup>, estando por este motivo, sometidas a normas que tratan de asegurarle objetividad y respeto de las garantías de las personas involucradas en el conflicto.<sup>25</sup> Además es por esta razón que es subsidiario del informal, reservándose su intervención sólo para los conflictos más agudos<sup>26</sup>*

*No obstante, hoy en día, existe una tendencia a la ampliación de la intervención del derecho penal, usada especialmente por los políticos quienes a fin de cubrir el déficit de funcionamiento de otros mecanismos de legitimidad social, crean figuras penales que responden a la*

---

mensajes en “yo” ( expresando los sentimientos) DODSON, Fitzhugh “Maneras eficaces de controlar la disciplina” en “Hijos Felices” Ediciones Martínez Roca, Barcelona 1989, p 157 a 179.

<sup>21</sup> TRAHTEMBERG. Leon, Ibidem. El autor agrega que es fundamental una preparación psicológica en los profesores.

<sup>22</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe "Lecciones de Derecho Penal" Editorial Cuzco, 1990 p 23.

<sup>23</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Ibidem p.24.

<sup>24</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Derecho Penal, Introducción”, Op Cit. p 4.

<sup>25</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Ibidem

<sup>26</sup> Es por ello que se dice que el Derecho penal es de “última ratio” es decir que “ no es suficiente que se demuestre la idoneidad de la respuesta, sino que se demuestre que ella no es reemplazable por otros medios de control social menos estigmatizantes. VILLAVICENCIO TERREROS Felipe, Op Cit. p 55. Se le conoce también como principio de intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria del Derecho Penal (cfr. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio , Op Cit p 377- 389

*conyuntura, protegiendo penalmente bienes jurídicos de difícil identificación, “ofreciendo engañosamente a la opinión pública una solución de problemas que no se verifican en la realidad”<sup>27</sup> en el entendido que de ese modo se evitará la propagación y el incremento de la delincuencia juvenil. Cuando por el contrario, si es que se busca evitar la delincuencia, no se debe crear nuevos tipos penales; sino, debe existir una mejor coordinación entre ambos sistemas como único camino para una efectiva labor de prevención del delito.<sup>28</sup> Pues, no disminuye el delito incrementando el control formal; sino, mejorando la coordinación del control penal con el control informal, ponderando la efectividad con el costo social y tomando “todas las posibles medidas positivas de tipo jurídico o político social que ayuden a evitar los delitos sin acudir al Derecho Penal”<sup>29</sup> a fin de lograr una intervención penal necesaria y proporcionada, cuando un adolescente infringe la ley penal.*

### **1.2.1. Evolución de la intervención penal frente a los niños y adolescentes**

*Desde la antigüedad se aprecia disposiciones destinadas a excluir a los niños de determinadas penas o atenuarlas, lo cual también se hizo en la edad media.*

*Por ello podemos señalar que en la intervención penal frente a los niños y adolescentes ha existido un cambio de visión a lo largo de la historia. En un primer momento se incluyó a los niños y adolescentes dentro del sistema de control penal. En un segundo momento se trató de mantenerlos dentro del control social punitivo cambiando las apariencias y quitando las garantías, para luego mediante la nacionalización de los principios reconocidos internacionalmente se incluyó finalmente los derechos y garantías en el control penal del adolescente.*

*Por esta razón , podemos dividir en forma sucinta siguiendo a CILLERO<sup>30</sup> la evolución de los sistemas de justicia penal juvenil en tres*

---

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE F y GARCIA ARAN, M Derecho Penal, Parte General, 3 Ed., p 91-92 , citado por GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op cit. p 390. Conviene anotar en este sentido el anuncio del presidente de la República de la propuesta legislativa para la creación de un tipo penal para los que cierran las carreteras con pena efectiva, en el caso de los adolescentes una muestra palpable de este uso del derecho penal es la creación del tipo penal únicamente para adolescentes: denominado Pandillaje Pernicioso Artículos 193 al 199 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual atenta contra el principio de legalidad pues crea un ilícito que no es considerado como tal cuando lo comete un adulto.

<sup>28</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op. Cit. p 5.

<sup>29</sup> LUZON PEÑA, Diego Manuel, “Curso de Derecho Penal” Parte General, Ed Universitas, Madrid 1996, p 83. señalando que el principio de subsidiariedad no sólo implica un aspecto negativo al ius puniendo, sino que también tiene un elemento positivo en cuanto evita la denominada por Roxin “Huída al Derecho Penal”.

<sup>30</sup> CILLERO Miguel" Los Derechos de los Niños y los límites del Sistema Penal", en Realidad y Utopía, Lima, Perú N° 3, 1999, p 55.

grandes sistemas. Al comienzo hubo un sistema penal mitigado que se consolidó con los códigos decimocanónicos que incorporaron el criterio del discernimiento, a este sistema le sigue el llamado tutelar que incursiona desde el siglo diecinueve y pretende darle al niño un trato diferenciado del adulto, el mismo que se consolida en las legislaciones tutelares de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX en toda América y parte de Europa. Posteriormente también en el siglo XX con la Ley Penal Juvenil en la ex Alemania occidental, se "pretende reunir la tradición derivada de la teoría penal con las corrientes humanitarias y correccionalistas predominantes en los sistemas tutelares"<sup>31</sup> y luego aparece la Doctrina de la Protección Integral.

### **A. Modelo autoritario de Control Social formal: La doctrina de la Situación Irregular**

La doctrina de la situación irregular es definida por García Mendez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad<sup>32</sup>.

En esta doctrina se trata de la misma manera tanto al niño y adolescente que esté en estado de abandono como al que ha infringido alguna ley. Esto ha propiciado que se realice un intervención o sistema de control social, vigilancia y corrección bajo el nombre de Justicia de Menores que encubrió un sistema de penas ampliado e ilimitado basado en las ideas de observación, corrección y control, el cual tenía como sustento ideológico la no consideración de los niños y adolescentes en un plano de igualdad con los adultos, lo ideales ilustrados no los habían alcanzado.

#### **A.1. Corrientes que sustentan la Doctrina de Situación Irregular**

Siguiendo a García Méndez<sup>33</sup> podemos señalar que existen tres corrientes que sustentan la Doctrina de la Situación irregular:

##### **a.1.1. Conservadurismo Jurídico Corporativo**

Cuya característica esencial es el uso de los eufemismos y expresiones de buenos deseos muy distantes de la realidad, donde las maravillosas frases que componen estas legislaciones no han impedido

---

31 CILLERO, Miguel Op. Cit p 55

32 GARCIA MENDEZ , Emilio "Infancia y Derechos Humanos" Estudios Básicos de Derechos Humanos II Primera Edición 1995, San José de Costa Rica , p 298.

33 GARCIA MENDEZ, Emilio, " Legislaciones Infante Juveniles en América Latina, Modelos y Tendencias" en "Los Adolescentes y la Justicia" CEAPAZ, Lima 2000, p 60 y 61, El artículo original fue preparado para un evento denominado "La Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, Un derecho Penal para la Libertad y la Responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995.

que se hacinen en hogares a los niños y adolescentes en abandono y a los infractores con tiempo indeterminado.<sup>34</sup>

*El elemento central de este tipo de intervención el es juez, quien debe ser un buen padre de familia. Al respecto, es oportuno recordar, que hasta hace un tiempo se exigía que el juez de familia sea casado y con hijos. En esta perspectiva, un buen juez con poder ilimitado es el ideal, por el contrario, cualquier recorte a sus facultades era perjudicial al logro de una labor positiva y correctiva en favor de la infancia. Nada más lejos de la realidad.*

### **a.1.2. El Decisionismo Administrativista**

*Se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención decidida de la administración estatal completamente desprovista de las trabas y formalidades del poder judicial. Para este sistema el marco legal ideal se construye teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito jurisdiccional al administrativo. De este modo se han trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas históricamente reservadas sólo al juez como por ejemplo la adopción internacional.<sup>35</sup>*

### **a.1.3. El basismo de la acción directa**

*Parten de la idea de que la ley es tarea de los jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las organizaciones no gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consencuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles, las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinados no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos.*

## **A.2. Características de las legislaciones tutelares latinoamericanas**

---

34 GARCIA MENDEZ , Emilio ibidem " Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina", citado por Material elaborado para la Academia de la Magistratura por CEAPAZ Lima, 1998, p. 15

35 También se trasladó todo el ámbito tutelar al administrativo, al respecto, nos pronunciamos en HERNANDEZ ALARCON, Christian "La investigación Tutelar en el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes" Publicado en la Revista Niñez y Adolescencia N° 9m Dic 2000, p 30. posteriormente se derogó dicha transferencia de competencias.

La doctrina<sup>36</sup> es uniforme en caracterizar a las legislaciones tutelares con los siguientes rasgos:

- No diferencian el ámbito tutelar del penal, de tal modo que trata al adolescente que está en abandono del mismo modo que al que ha cometido una infracción a la ley penal. Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar.
- Criminaliza la pobreza.
- El juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones. (arbitrariedad).
- Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección.
- Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar..

Hasta aquí, podemos resumir la evolución del control penal dirigido a la infancia señalando que si bien en un primero momento existía un control penal del niño indiferenciado de los adultos, siendo incluso sancionado del mismo modo y en los mismos lugares. Al volverse dominante la ideología correccional positivista y la doctrina de la situación irregular, al mismo tiempo que se retiran a los niño y adolescentes del ámbito del Derecho Penal para darles medidas educadoras y asistenciales frente a sus comportamientos, se eliminan los límites a la intervención punitiva, representados por las garantías penales y caracterizada por el uso de conceptos morales con los que se justificó el ejercicio de una violencia explícita y soterrada dirigida a modificar la conciencia del niño<sup>37</sup>

En síntesis, como señala Paola Hall, las legislaciones tutelares han sido “una forma disfrazada y sustitutiva de control social”<sup>38</sup>, pues “se huyó

---

<sup>36</sup> GARCIA MENDEZ, Emilio, ibidem p 13, En el mismo sentido CARRANZA Elías y MAXERA Rita, “El Control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América latina” en La Niñez y La Adolescencia en conflicto con la Ley Penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil , Un derecho para la Libertad y Responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995 p 63-82.

<sup>37</sup> IBAÑEZ, Andrés “ El sistema Tutelar” citado en HALL, Ana Paola, Op Cit. 27.

<sup>38</sup> HALL, Ana Paola en “ Los Derechos del Niño y su responsabilidad Penal” Las dos caras de la Moneda, artículo publicado en “Justicia Penal y Sociedad” Revista Guatemalteca de ciencias penales, Año 6, N 8, Abril de 1998, p 26.

*del tratamiento ordinario buscando una modalidad similar, aunque en apariencia diferente*<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> HALL, Ana Paola, Ibidem ,p 27.