

## DISCURSOS PEDAGÓGICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO».

El principio del “interés superior del niño” recogido en la Convención de 1989, supone reconocer a la infancia una entidad propia caracterizada por su situación de “necesidad y dependencia”. Esa consideración especial que asume la legislación nace de transformar el interés privado por la protección y desarrollo de los niños en una responsabilidad compartida. La inclusión de este principio en el ordenamiento jurídico referido a menores, responde a un uso del discurso pedagógico como “medio” de conectar con las demandas y sensibilidades sociales; pero, al mismo tiempo, ese discurso pedagógico en torno al interés superior del niño es asumido colectivamente como un “fin” en sí mismo dentro del proyecto del bien común. Uno y otro aspecto, son fines y aspiraciones sociales que nuestra Ley del Menor aúna en un tenso equilibrio.

*Palabras clave: Derechos de la infancia, educación, interés superior del niño, sistema penal, menores.*

## **PEDAGOGICAL DISCOURSES IN THE LEGAL ORDERING: THE PRINCIPLE OF THE «BEST INTERESTS OF THE CHILD ».**

The principle of the “best interests of the child” is set out in the Convention of 1989. It means recognizing that childhood has its own personality, characterized by a situation of “necessity and dependency”. This special consideration regarding childhood, which is assumed by the legislation, is due to the transformation of the private interest on child’s protection and growing up into a shared responsibility. The inclusion of this principle in the legal ordering responds to the use of the pedagogical discourse as a “mean”, aiming to connect with social demands and sensitivities. Nevertheless, the pedagogical discourse on the best interests of the child is also collectively assumed as an “aim” in itself, within the project of the common good. Both aspects reflect social goals and expectations that the Spanish law of the minor combines in a tense balance.

*Keywords: Children’s rights, education, best interests of the child, penal system, minors.*

## **DISCOURS PÉDAGOGIQUES DANS L'ORDRE JURIDIQUE : LE PRINCIPE DE « L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ».**

Le principe de «l'intérêt supérieur de l'enfant» inclut à la Convention de 1989, suppose reconnaître une dimension propre à l'enfance caractérisée par sa situation de «nécessite ou dépendance». Cette prise en considération assumée para la loi, est résultante d'un intérêt individuel envers la protection et la croissance des enfants, qui passe à se transformer en une responsabilité partagée. L'inclusion de ce principe dans l'ordre juridique du mineur, répond à une utilisation du discours pédagogique comme «moyen» d'entrer en contact avec les demandes et sensibilités sociales; mais, simultanément, ce discours pédagogique autour de l'intérêt supérieur de l'enfant est collectivement reconnu comme un «but» du projet du bien commun. Ces deux aspects constituent des fins et des aspirations sociales que notre Loi du Mineur joint dans un difficile équilibre de forces.

*Mots clefs:* Droits de l'enfance, éducation, intérêt supérieur de l'enfant, système pénal, mineurs.

## DISCURSOS PEDAGÓGICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PRINCIPIO DEL “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”.<sup>1</sup>

Bianca Thoilliez Ruano.

bthoilliez@gmail.com

Facultad de Educación. Centro de Formación del Profesorado. Universidad Complutense de Madrid.

### 1.- INTRODUCCIÓN.

*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 (Art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).*

Redactar una Convención que contemple específicamente los derechos del niño representa un avance histórico fundamental, por entender que la infancia la constituyen sujetos de derechos que necesitan una protección diferenciada<sup>2</sup>. La Declaración Universal de 1948 al utilizar la categoría de “ser humano” incluye obviamente a los niños, pero al asumirlos como seres característicamente vulnerables acordamos “hacernos cargo”<sup>3</sup> de ellos de manera específica: para atender a esa vulnerabilidad, a su derecho y necesidad de ser tratados de “otra” manera, de una manera “propia”.

Podría, por tanto, decirse que: “Mientras los derechos humanos promueven el desarrollo de ser hombre reconociendo en éste principios de actuación autónomamente humanizadores, los derechos del niño promueven el desarrollo de ser niño reconociendo en éste principios de protección autónomamente humanizadores” (Gil Cantero, 1990, 142).

Reconocemos a una infancia que posee entidad propia y que por sus características se encuentra en situación de desventaja o de “necesidad y dependencia” frente a otros momentos vitales. La aportación de Alasdair MacIntyre me parece aquí fundamental:

Mi intención es imaginar una sociedad política que parta del hecho de que la discapacidad y la dependencia es algo que todos los individuos experimentan en algún momento de su vida ..., por lo que el interés de que las necesidades que padecen ... sean adecuadamente expresadas y atendidas no es un interés particular ..., sino que es el interés de la sociedad política entera y esencial en su concepto de bien común (2001, 154).

De ahí que nos situemos en una posición “de autoridad”, desde la que velar por su “interés superior”. Vivir bajo la forma de una democracia con leyes que regulan la conviven-

cia entre sus ciudadanos, implicará compartir esa posición autorizada desde la que legislar atendiendo al supremo interés de los niños.

## 2.- LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA: DEL INTERÉS PRIVADO A LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

La respuesta que dan a esta situación de “necesidad o dependencia” los adultos formados, consiste en levantar las estructuras necesarias que otorguen a los niños “medidas de protección” para compensar su vulnerabilidad y asegurar su desarrollo. Aceptamos que están en proceso de formación, que están aprendiendo “a” y “para” ser. Esta idea nace de asumir que los niños “dependen” de nosotros los adultos para crecer: vivir bajo unas condiciones que hagan posible su crecimiento, “hacer valer” su derecho a ser-en aprendizaje. “Cada derecho de la infancia es un deber para los adultos. Reconocer a los niños y las niñas sus derechos supone, así, que los adultos nos comprometamos a asumir los deberes de que aquéllos se derivan en términos de acción” (Gil Cantero y Jover Olmeda, 1998, 569).

La familia es la primera encargada de asegurar al menor esta protección, de rodear su vida de las condiciones que posibiliten su desarrollo. Pero, ¿qué pasa cuando no hay tal familia? ¿O hay dejación de funciones? ¿O no consigue que el hijo o la hija respeten las leyes que regulan la convivencia en sociedad?

Las familias no viven aisladas y aprender a ser exige superar los límites del ser-en familia: el proceso de formación del menor está siempre y necesariamente conectado a una determinada comunidad ciudadana de la que la familia forma parte y, con ella, todo nuevo joven miembro nacido<sup>4</sup>. Un niño es un ser en proceso de ser<sup>5</sup>, por lo que si el núcleo familiar no cumple con su tarea educadora y/o impide su adecuado desarrollo, es la comunidad en la que éste vive quien “se hará cargo”: para asegurar que su necesitado crecimiento transcurra presidido por su “interés superior”. La familia es la primera pero no la última encargada de asegurar al niño protección y cuidado: la comunidad, constituida en sociedad con sus mecanismos e instituciones, decide asumir su responsabilidad con la infancia. “Debido a su dependencia de la autoridad pedagógica, los niños, en cierto sentido, reclaman a los adultos que les sirvan. La autoridad pedagógica es en realidad una designación de servicio moral” (Van Manen, 1998, 83).

Pero la protección y la toma de medidas para salvaguardar ese interés superior del niño, no son factibles sin una estructura formalizada que establezca mecanismos institucionalizados de intervención, capaces de traducir ese ideal colectivo en acciones concretas<sup>6</sup>. Incluimos la salvaguarda del interés superior del niño (interés individual familiar) dentro de nuestro horizonte del bien común (ideal universal) para justificar la “intrusión” de la comunidad en la vida de los niños (por encima de la autoridad parental); sólo desde ahí es posible establecer leyes que permitan la acción institucional, por ejemplo, la intervención estatal.

“Todo ser humano considera bueno tener derechos”... Pero de ahí no se sigue que quiera que tengan derechos los demás ... Nos enfrentamos al viejo problema de pasar de las evidencias privadas a las evidencias universales, de los deseos privados a los deseos comunes ... Los derechos son un poder de disponer, de actuar, que no se funda en la fuerza del propio sujeto ... Esa fuerza sólo puede consistir en el reconocimiento activo de la comunidad ... Los derechos que deseo no son más que un anhelo privado, una codiciada ampliación de mi propiedad, pero como necesitan el reconocimiento activo de la comunidad no me permiten encerrarme en mí mismo, sino que me lanzan fuera de mí. Tengo que contar con los demás para disfrutar de mis derechos. Los derechos son realidades mancomunadas (Marina, 1995, 105-106).

Trasladando la argumentación del autor al tema que nos ocupa, podríamos decir lo siguiente: Todo ser humano considera bueno que sus hijos tengan derechos, derechos que aseguren su vida y faciliten su crecimiento. Sin embargo, esta consideración hacia los hijos que “son de uno”, no se extiende necesariamente hacia la valoración que puedo hacer de los hijos “de los otros”. Los derechos que deseo y los que deseo para mis hijos nacen de un empeño privado, pero necesito del reconocimiento y el acuerdo de la comunidad para poder disfrutar de ellos. Necesito contar con los demás para “tener la tranquilidad” de que mis hijos disfrutarán de una serie de derechos que mejoren sus condiciones de vida y desarrollo.

La mejor manera que puede tener una familia de proteger a sus hijos, es “poniéndose de acuerdo” con el resto de familias para que unas y otras respeten a los hijos de “todos”. Asegurar la protección de mis hijos por medio de la comunidad, me obliga a aceptar que no tengo el “control total” sobre el trato que decido darles, que comparto la responsabilidad de su cuidado, que no puedo hacer “lo que quiera” con ellos: primero porque son “fines en sí mismos”<sup>7</sup> y segundo porque hay otros adultos que se van a ocupar de que así sea.<sup>8</sup>

Y es que sólo cabe legislar en aquello que incumbe a todos, por eso hay mecanismos para convertir asuntos que pertenecen a la vida privada de los sujetos, en asuntos que nos ocupan a todos. El trato dado a la infancia ha pasado de ser una cuestión doméstica a una cuestión de carácter público, merecedora de la atención y protección del resto de los ciudadanos. De una infancia que se posee en propiedad, a una infancia que se protege por su bien. Establecer un ideal “humanizador” en torno al bien común exige que los individuos renuncien a parte de sus intereses particulares. Cuando la ciudadanía decide situar la defensa del interés superior del niño en la esfera del bien común, cada uno de los individuos que la componen renuncia a su interés particular de “propiedad” sobre los niños (situado en la esfera de la vida privada) y establece como guía de su relación con la infancia el interés superior de ésta (enmarcado en la idea de bien común y generada en la esfera de la vida pública).

Con las personas que son dependientes, entre ellas grupos como la infancia, resulta ser justo que la sociedad democrática se haga cargo de ellos, asegure sus necesidades, vele por sus intereses, etc.: “Las estructuras políticas deben hacer posible que, en las deliberaciones comunitarias sobre lo que requieren las normas de justicia, tengan voz tanto

quienes poseen la capacidad del razonamiento práctico independiente, como quienes sólo pueden ejercer un razonamiento limitado o incluso carecen de él”<sup>9</sup> (MacIntyre, 2001, 154).

Pero con adultos en pleno ejercicio de sus facultades resulta más complicado. De hecho, todas las medidas de protección y atención especializada que contempla nuestra legislación se establecen en torno a personas a las que, para justificar (ante ellos y ante el resto de sociedad “no necesitada”) esa diferencia en el trato, se les sitúa en la “minusvalía” por razones sociales, de género, económicas, culturales, etc.<sup>10</sup>

Esa diferencia de trato sería necesaria para la construcción de una sociedad democrática en el caso de la infancia, tercera edad, enfermos mentales, deficientes cognitivos, y otros colectivos “necesitados” por distintas razones. Porque la justicia en una auténtica democracia exige: “El reconocimiento de una simetría fundamental en relación con los hombres ... Simetría que no consiste en la simple igualdad de todos, sino en que las asimetrías deben ser justificadas. Y la justificación debe ser tal que cualquiera que esté dispuesto a pensar justamente esté de acuerdo con esa asimetría” (Spaemann, 1987, 61).

Una diferencia de trato que también se fundamenta en el proyecto “emancipatorio”<sup>11</sup> de los individuos y colectivos “necesitados”. La asunción de dicho proyecto por el resto de la comunidad toma la forma de las políticas sociales características de los “welfare State” o Estado de bienestar<sup>12</sup>.

### 3- ¿POR QUÉ UN SISTEMA PENAL “DE MENORES”? RAZONES PEDAGÓGICAS<sup>13</sup>

Hay dos situaciones en las que el Estado institucionaliza medidas de intervención sobre la vida del niño o menor de edad, superponiéndose a las competencias familiares: cuando se encuentra desamparado (vive sin el “amparo familiar”), desprotegido y/o maltratado; y cuando incumple las leyes recogidas en el código penal.

Ya hemos tratado la primera situación, ahora me ocuparé de la segunda. Los valores comunes que rigen en la esfera pública quedan en buena medida recogidos en las leyes<sup>14</sup>. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. Su papel es fundamental en el ordenamiento jurídico de cualquier país democrático y algunos juristas la consideran una especie de “constitución negativa”.

Existen dos argumentos para explicar por qué el principio del “interés superior del niño” y el discurso pedagógico del que se envuelve, se incluyen en el desarrollo legislativo referido al sistema penal de menores. Por un lado, es posible que dicha inclusión se use como “medio” de hacer compatibles el control y penalización de la delincuencia, con la sensibilidad social en torno a la infancia (“el discurso pedagógico como medio”). Por el

otro, puede defenderse que su presencia es inexcusable para alcanzar los “fines” de una democracia progresivamente más humanizadora y más justa (“el discurso pedagógico como fin”). A situar y desarrollar estas dos vías de justificación me ocuparé ahora.

### 3.1. El discurso pedagógico como fin

Este argumento quedó ya parcialmente apuntado en el segundo apartado. En él me refería a cómo había tenido lugar el traslado de la preocupación en torno a la protección de la infancia, desde la esfera de la vida privada hasta el ámbito de lo público y su inclusión en el ideal de bien común. Sólo cabe legislar en aquello que incumbe a todos, de ahí que esta idea acompañe necesariamente a la explicación de la presencia del principio del “interés superior del niño” en el ordenamiento jurídico, entendido como un fin al que aspirar y que guiará cualquier medida de intervención referida a la infancia. También señalaba que, *si entre los objetivos de una democracia está la justicia, el trato “justo” y “ajustado” a los ciudadanos, donde las asimetrías estén justificadas (Spaemann, 1987), la especial consideración en torno a la infancia se haría necesaria. Y con ella, el empleo de un discurso pedagógico con vocación finalista.*

Vivir como una comunidad democráticamente organizada, nos exige establecer leyes y normas que aseguren el respeto de los valores por los que queremos regir nuestra convivencia en la esfera pública, y vayan, así, concretando nuestro ideal de bien común. En esto, el avance y el progreso sociales han hecho que nuestro vivir-con los niños, se convierta y haga presente en un vivir-para los niños (para que crezcan y se desarrollen, para que se respeten sus derechos, para velar por sus intereses, etc.) Es una manera de trasladar la relación de asimetría que media en toda relación educativa<sup>15</sup>, a las leyes que rigen nuestra convivencia con la infancia. De ahí, que hablemos de “bien o interés superior del niño”.

Bien, pues desde esta perspectiva, que como sociedad asumamos “hacernos cargo” de la infancia supone pensar, también, en qué hacer cuando un menor rompe con las leyes que ordenan nuestra convivencia. Por sus características de ser-en formación, el tratamiento que le demos a un niño que incumple el Código Penal no será el mismo que el previsto para el resto de los adultos. De hecho, estableceremos un código penal especialmente concebido para los niños o menores de edad: actualmente en vigor tenemos en nuestro país la “Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Una ley que se define como resultante de un proceso de reforma: “Encaminado a la adopción de unas medidas que ... fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor” (Punto 5, exposición de motivos, LO 5/2000).

Una de las características que diferencian esta ley del código penal ordinario, es su insistencia en las posibilidades de reinserción. Cualquier ciudadano puede romper con nuestro proyecto de convivencia y valores que quedan recogidos en las leyes, y como sociedad los castigamos a la vez que tenemos la voluntad de “recuperarlos” para la vida



en comunidad (este es el sentido reeducador de nuestro sistema de prisiones). Pero en el caso de que quien incumpla dichas leyes sea un niño o menor de edad, esta voluntad de “recuperación” se acentúa.

La alusión al principio de “superior interés del menor” tiene en todo esto una importancia pedagógica radical, porque supone que todas las medidas penales que se tomen “contra él”, se sostendrán siempre sobre una intencionalidad educativa, que se sobrepone a la punitiva. No se trata simplemente de castigar y de asumir las consecuencias de los actos, sino de “castigarlo por su bien”, porque de entre todas las opciones para conseguir que el niño o menor de edad cambie y cumpla las leyes, “la que más le conviene” es su guardia y custodia por parte del Estado.

Esta justificación es igualmente mantenida respecto a los centros penitenciarios ordinarios, pero, como ya hemos dicho, de un adulto en pleno ejercicio de sus facultades nunca diríamos que actuamos en nombre de su “interés superior”. Se trata de un adulto e insistiendo en su individualidad y autonomía de juicio, se rige siempre por sus propios intereses y motivaciones. Si infringe la ley, se le castiga y se interviene educativamente para que re-aprenda a vivir en comunidad. Establecemos mecanismos institucionalizados de control social.

John Stuart Mill señala a éste respecto la existencia de:

Un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control ... consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás ... Si un hombre ejecuta un acto perjudicial a los demás, hay un motivo para castigarle. (1981, 65-67).

Pero al convertir el proceso de formación de la infancia en una responsabilidad colectiva, asumimos también colectivamente su trayectoria vital y establecemos los mecanismos para intervenir educativamente en consecuencia. El propio Stuart Mill apoya esta diferenciación en el trato:

Casi es innecesario decir que esta doctrina es sólo aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades. No hablamos de los niños ni de los jóvenes que no hayan llegado a la edad que la ley fije como la de la plena masculinidad o *femineidad* (sic.). Los que están todavía en una situación que exige sean cuidados por otros, deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores (1981, 66).

Podríamos decir a partir de lo visto, que, desde un “discurso pedagógico como fin” integrado en el ideal de bien común, hay tres principios pedagógicos sobre los que un Estado democrático justificaría su intervención en materia de justicia de menores:

- a) Asumir que toda la comunidad es de alguna manera responsable del delito (convirtiendo en pública y colectiva la responsabilidad de una acción individual).<sup>16</sup>
- b) Considerar la comisión del delito, más que como una brecha insalvable en la trayectoria vital, como un acontecimiento desde el que reorientar el proceso de formación hacia la edad adulta.
- c) Que toda intervención se guíe por el “interés superior del niño”, del mismo modo en que lo harían sus padres, en condiciones, supuestas, de atención afectiva<sup>17</sup>.

### 3.2. El discurso pedagógico como medio

Desde este segundo punto de vista, el sistema penal, se habría visto forzado a utilizar razones pedagógicas para justificar su intervención en una materia que es de puro control social, como la denominada “delincuencia juvenil”. Detrás de ese “empuje” se situaría la sensibilidad social que se ha extendido en torno a la infancia y otros colectivos “dependientes” (ancianos, enfermos mentales, deficiencias cognitivas, etc.)<sup>18</sup>. No es la pedagogía quien se introduce en el sistema, sino el sistema quien la utiliza para autojustificarse. Así, no sería tanto la intencionalidad educativa quien se ha sumado a la intencionalidad punitiva de guardia y custodia, como que la primera (educativa) se ha incluido realmente para justificar moralmente la segunda y principal (guardia y custodia).

De ahí que desde esta argumentación no podamos sostener que los principios pedagógicos sean guía del ordenamiento jurídico, ni que el discurso pedagógico se incluya como un “fin” de su proyecto de convivencia. Si no que más bien, han sido la coartada que el sistema penal necesitaba para cumplir su función de castigo y control social, encontrando a través de ellos el beneplácito de una sociedad progresivamente más sensible respecto a la situación de la infancia dentro de la comunidad.

El sistema penal acierta en el uso de la pedagogía para la justificación moral de sus actuaciones, una justificación reclamada por una sociedad civil que necesita hacer compatibles en su proyecto de convivencia dos principios opuestos: la protección y cuidado de la infancia, con el control social de quienes le atacan, sean o no menores de edad<sup>19</sup>. Una comunidad de ciudadanos que presenta reservas morales frente a la guardia y custodia de niños que infringen la ley, y a las que el sistema penal responde por medio de argumentos de fuerte calado pedagógico.

Estas justificaciones pedagógicas consiguen su objetivo uniendo los valores universalmente reconocidos en torno al trato a dar a la infancia, con la necesidad de controlar y castigar la delincuencia. Que no haya ley contemporánea en materia de justicia de menores que no mencione la Convención de Derechos de la Infancia en su preámbulo y que todas las medidas judiciales previstas busquen (y encuentren) respaldo moral aludiendo al “interés superior del niño”, son ejemplos ilustrativos de dicha unión. El efecto que produce en la sociedad civil es conseguir que ésta identifique la intervención penal en la vida de los niños o menores de edad con el bien moral y pedagógico.

En realidad, este discurso pedagógico y la alusión al “interés superior del niño” incluidos en el ordenamiento jurídico, parecería no sostenerse sobre firmes principios de intervención o intenciones “finalistas”. Frente a una opinión pública sensibilizada, *el discurso pedagógico se usaría a un nivel superficial y sin más pretensiones que la de ser un medio que ayude a justificar la existencia de un sistema penal “de menores”*.

Continuaré desarrollando la argumentación de estos dos discursos pedagógicos, como medio y como fin, en relación al debate actual sobre el “límite de responsabilidad penal”.

#### 4.- EL DEBATE EN TORNO AL “LÍMITE DE RESPONSABILIDAD PENAL”.

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía en función de factores históricos y culturales. El enfoque pedagógico consistiría en determinar si los niños pueden responder o “hacerse cargo” de los componentes morales y psicológicos de lo que significa la responsabilidad. Es decir, si se puede o no considerar al niño, con relación a su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento contrario a los valores y normas de convivencia. “El carácter dinámico del crecimiento, el gradual desarrollo de las capacidades humanas debería imponernos también una intervención dinámica, en la que no se suprimen las responsabilidades definitivamente, ni tampoco se mantuviesen bajo la exclusiva óptica de la legislación vigente sobre la mayoría de edad” (Gil Cantero, 1990, 138).

En cualquier caso, nuestro ordenamiento jurídico (en acuerdo con el artículo 1 de la Convención de los Derechos de la Infancia) resuelve la cuestión estableciendo como límite los dieciocho años. Esta “frontera” temporal es la misma para otros derechos ciudadanos que exigen ciertos niveles de responsabilidad: derecho al voto o a constituir un partido político, consumo de alcohol y tabaco, permiso de conducir, etc. Se trata de una convención social con la que se establece la edad a la que los niños pasan a formar parte de la sociedad como adultos con plenos derechos para participar en ella, pero también con plenas responsabilidades respecto al modo en que deciden hacerlo.

Llama la atención cómo las distintas edades con las que se van adquiriendo los derechos y responsabilidades en la sociedad, se corresponden con las etapas establecidas en el sistema educativo y, que a su vez, se fundamentan en las teorías de la psicología evolutiva de la infancia. La ya citada Ley Orgánica 5/2000 dice lo siguiente con respecto a la edad mínima de responsabilidad penal:

Se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian ... dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comi-

sión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas (Punto 10, exposición de motivos, LO 5/2000).

A los dieciséis años termina la escolaridad obligatoria y es posible acceder al mercado laboral como un trabajador de pleno derecho. Anteriormente a la reforma de la LOGSE dicho periodo finalizaba ordinariamente a los catorce años, pero con esa edad hoy es posible asistir a discotecas “light” y conducir un ciclomotor.

Esta coincidencia podría ser una prueba de cómo el sistema penal utiliza el discurso pedagógico relacionado con las etapas del desarrollo evolutivo para responder, una vez más, a la sensibilidad social. Existe la idea extendida entre la ciudadanía de que cuanto más joven sea el infractor, la balanza de la responsabilidad moral y penal del delito se inclina hacia la carencia de madurez, o las condiciones de la comunidad adulta, que no ha sabido dar suficiente protección a esa carencia. Las barreras temporales a través de las cuales la responsabilidad va progresivamente recayendo sobre la voluntad del joven en detrimento del conjunto de la sociedad, coinciden con algunas de las que se establecen en nuestro sistema educativo.

Actualmente la educación secundaria se inicia a los doce años, y es interesante ver cómo algunas voces en la sociedad reclaman una reforma de la ley del menor que rebaje el límite de responsabilidad penal a esos mismos doce años de edad.

Estas “voces” se han dejado oír con especial insistencia en el contexto de la última campaña electoral y que, oportunamente, coincidieron con la organización por parte de la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid, del “I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores”, los pasados días 12 y 13 de febrero del 2008. En la carta de presentación del congreso se dice lo siguiente:

Todo cuanto concierne al grado de responsabilidad que deben asumir los menores que han cometido una infracción penal y a las posibilidades reales de su reeducación y reinserción social está inmerso, en la actualidad, en un proceso de análisis profundo y de revisión de conceptos ... La aparición y el progresivo desarrollo de determinadas formas de violencia juvenil ... así como la patente facilidad e impunidad con la que todo esto sucede, han generado una constante inquietud ... a la que los poderes públicos tenemos la obligación de responder ... Violencia e infancia deberían ser términos antagónicos e irreconciliables. Que eso sea una realidad dependerá, en definitiva, del trabajo de todos

(Prada Presa, <<http://www.biguent.com/congresopenal/>>).

Los partidos políticos también han participado en el debate sobre el límite de edad para la responsabilidad penal. Uno de los candidatos concurrentes lanzó, junto con otros puntos de su programa político en materia de seguridad ciudadana, la siguiente propuesta:

Rebajaremos la edad penal en los supuestos de especial gravedad o de multirreincidencia y aumentaremos las penas de internamiento. Es una necesidad, estas cosas no se hacen porque sí ... Esto responde a un análisis de lo que ocurre en la sociedad española, a un análisis de la realidad. Responde a que hemos *estudiao* (sic.), porque hemos hablado con mucha gente, lo que piensa la

gente, sus sentimientos, sus inquietudes, lo que esperan de las administraciones (Redacción *el-mundo.es VIDEO*, 11 febrero 2008)

Recojo a continuación, algunas de las declaraciones vertidas en los medios de comunicación a colación de dicha propuesta electoral, y que han reavivado el debate en torno a esta cuestión:

- Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ve la propuesta ... “interesante, en líneas generales”, porque “obedece a un sentimiento general de la sociedad” (EFE, 11 febrero 2008).

- El presidente del sindicato con mayor representación en la Policía cree “necesario algunos retoques en la Ley del Menor y rebajar la edad penal” ... tiene claro que la norma actual “no contribuye a que los menores cometan menos delitos”, por el contrario “alienta la impunidad. Cuando van en pandilla los más mayores acusan a los más pequeños de las infracciones más graves porque saben que son ininputables” (Pérez Barco, 13 febrero 2008).

- “Desde el punto de vista estadístico, los delitos de menores de 12 y 13 años son prácticamente nulos en el conjunto de delitos que se cometen en España”, dice el portavoz de Jueces para la Democracia, José Jaime Tapia ... resulta “innecesaria” llevar a cabo una reforma de la ley con el fin de reducir la edad penal, ya que eso no significa que “se vaya a producir una situación de menos delincuencia durante ese franja de edad. Puestos así, por qué no rebajar a diez u once años” (Pérez Barco, 13 febrero 2008).

En estas declaraciones cruzadas, podemos ver cómo las dos argumentaciones explicativas en torno a la presencia del principio del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico en materia de menores (“el discurso pedagógico como fin” y “el discurso pedagógico como medio”), se dan al mismo tiempo. El endurecimiento de penas, el aumento de control, etc., conectaría más con un discurso pedagógico al servicio directo de la demanda social, como un “medio” de conectar con ella (hemos visto cómo algunos hacen alusión a “sentimientos” o “inquietudes” sociales); y entender la reinserción del menor como un “fin” del sistema, por encima de opiniones sujetas al contexto inmediato, supondría decantarse más por un discurso pedagógico con vocación finalista y de integración en el proyecto o ideal del bien común.

## 5.- CONCLUSIONES.

Más allá del contexto electoral en que se han dado las últimas declaraciones en torno al límite de responsabilidad penal, la propia LO 5/2000 del Menor se muestra ambigua y mantiene un “doble” discurso. No estamos pues, ante un debate infundado.

La propia existencia de la ley del menor, nos sitúa en una decidida inclusión del discurso pedagógico como fin dentro del ordenamiento jurídico. Ya indicamos que dicha ley destaca por su insistencia en las posibilidades de reinserción del menor y en el carácter preventivo de sus actuaciones, así como por la continua apelación al principio de “supremo interés del menor” en todas ellas. Promulgar una legislación penal específica

para niños o menores de edad, es efecto directo de asumir y cumplir con el principio de “interés superior del niño” recogido en la Convención de 1989 y con un discurso en torno a la infancia que le reconoce una entidad propia.

También vimos cómo en esta ley, el “contador” de responsabilidad se pone en marcha a partir de los catorce años. Antes de ese momento, no se considera al niño o menor de edad capacitado para responder penalmente de sus actos; pero la ley aquí no da razones pedagógicas “finalistas”:

Las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad [*catorce años*] son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado (Punto 4, exposición de motivos, LO 5/2000).

No dice que a determinadas edades no sea posible exigir el mismo nivel de responsabilidad, sino que los casos de niños infractores menores de catorce años son tan “irrelevantes” que no merecen intervención judicial. Esto deja la puerta abierta a posibles futuras reformas y a debates como los presenciados estos días de campaña electoral, pues se entiende que si, por ejemplo, dichas infracciones aumentasen exponencialmente, el límite establecido podría variar.

Al sistema penal puede no interesarle la pedagogía en sí misma, y sólo en la medida en que forme parte de los intereses de la ciudadanía, con la que necesita “estar a bien” para justificar sus intervenciones. Pero es que de hecho, el sistema debe estar al servicio de los intereses y sensibilidades de la ciudadanía y no de la pedagogía. El sistema penal utiliza el discurso pedagógico en tanto en cuanto éste es asumido por la ciudadanía; en la medida en que la pedagogía forma parte de los fines del proyecto de convivencia.

Un doble uso del discurso pedagógico, como medio y como fin, está presente en el ordenamiento jurídico y en las demandas sociales a partir de las que se va construyendo. Por un lado, puede parecer que el sistema judicial no busque responder realmente a las necesidades educativas de los imputados menores de edad, sino que sus acciones cuentan con el respaldo de la sociedad civil. Aunque haga uso del discurso pedagógico, lo hace sólo bajo una motivación instrumental: responder a las demandas sociales. Por otra parte, al trasladar la protección de la infancia de la esfera del interés privado al ámbito de las responsabilidades compartidas, la sociedad establece como condición para alcanzar los fines de su ideal de bien común, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones, se atienda primordialmente a su interés superior. Lo “justo” en relación a los niños no está en tratarlos “igual” que a cualquiera, si no, desde la asunción de sus especiales necesidades y características, dándoles un trato diferenciado.

Los “fines” pedagógicos en torno a la infancia y asumidos por la ciudadanía se incluyen en los “medios” con los que el sistema judicial interviene en materia de menores. La

legislación penal tiene como fin el control social de la delincuencia, fin que es resultado de una demanda social, en la misma medida que también lo es el trato diferenciado y ajustado hacia los niños. Ambos fines “chocan” cuando resulta que quien delinque es, precisamente, un niño. La solución es razonada de la siguiente manera: hay que intervenir en la delincuencia, pero en el caso de un menor de edad, ese “tratamiento” será diferenciado y ajustado a sus características, lo que implica situar como principio de actuación la atención a su interés superior. De ahí la inclusión de dicho principio en el ordenamiento jurídico referido a menores.

## 6.- REFERENCIAS.

- ADORNO, T. W. (1998): *Educación para la emancipación*. Madrid, Morata.
- ARENDRT, H. (1996): “La crisis de la educación”, en *Entre el pasado y el futuro*. Barcelona, Península, pp. 185-208.
- DÁVILA BALSERA, P., Y NAYA GARMENDIA, L. M. (2006): “La evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional”. *Encounters on Education*, Vol. 7, Fall 2006, pp. 71-93.
- EFE. “El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ve ‘interesante’ la rebaja de la edad penal”. *El país digital*, 11 febrero 2008. [Consultado: 2 marzo 2008], [http://www.elpais.com/articulo/espana/Defensor/Menor/Comunidad/Madrid/ve/interesante/rebaja/edad/penal/elpepuesp/20080211elpepunac\\_28/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Defensor/Menor/Comunidad/Madrid/ve/interesante/rebaja/edad/penal/elpepuesp/20080211elpepunac_28/Tes)
- GIL CANTERO, F. (1990): “Sobre los derechos de la infancia. A propósito del 30 aniversario de su declaración”. *Bordón*, Vol. 42, nº 2, pp. 133-144.
- GIL CANTERO, F., Y JOVER OLMEDA, G. (1998): “La experiencia de los derechos en contextos de aprendizaje escolar: Una investigación a través de las nuevas tecnologías”. *Revista Española de Pedagogía*, nº 211, pp. 561-585.
- HABERMAS, J. (1987): *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- JOVER OLMEDA, G. (1996): “Del presupuesto antropológico de la educabilidad a la educación como relación”, en AAVV *Filosofía de la educación hoy*, Temas. Madrid, Dykinson, pp. 141-157.
- KANT, I. (2002): *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza.
- LOCKE, J. (1999): *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid, Biblioteca Nueva.
- ORTEGA RUIZ, P. (2004): “La educación moral como pedagogía de la alteridad”. *Revista Española de Pedagogía*, Vol. 62, nº 227, pp. 5-30.
- MACINTYRE, A. (2001): *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*. Barcelona, Paidós.
- MARINA, J. A. (1995): *Ética para náufragos*. Barcelona, Anagrama.
- PÉREZ-BARCO, J.M. “El Consejo Fiscal ya recomendó rebajar la edad penal a los 12 años en casos graves”. *ABC.es*, 13 febrero 2008. [Consultado: 3 marzo 2008], <http://www.abc.es/hemeroteca/historico-13-02-2008/abc/Nacional/el-consejo-fiscal-ya>

recomendo-rebajar-la-edad-penal-a-los-12-a%Fl os-en-casos-graves\_1641640584115.html

PRADA PRESA, A. “Presentación”. [Consultado: 2 marzo 2008], <http://www.biguent.com/congresopenal/>

REDACCIÓN. “Rajoy quiere rebajar la edad penal para delitos cometidos por menores”. *Elmundo.es VIDEO*, 11 febrero 2008. [Consultado: 2 marzo 2008], <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/11/espana/1202732539.html>

SAVATER, F. (2003): *El valor de educar*. (17ª ed.).

SAVATER, F. (2004): *Ética para Amador*. Barcelona, Ariel. (45ª ed.).

SPAEMANN, R. (1987): *Ética: Cuestiones fundamentales*. Pamplona, Eunsa.

STUART MILL, J. (1981): *Sobre la libertad*. Madrid, Alianza.

VAN MANEN, M. (1998): *El tacto en la enseñanza: El significado de la sensibilidad pedagógica*. Barcelona, Paidós.

### Notas:

[1] Todo mi agradecimiento a los profesores Gonzalo Jover, David Reyero y Fernando Gil por su apoyo y comentarios durante la redacción de este primer artículo; así como al profesor Fernando Bárcena, la profesora Patricia Villamor y mis compañeros del *Grupo de Investigación Cultura Cívica y Políticas Educativas* (grupo 930768 CAM-UCM) por su cálida acogida y su presencia e intervenciones en las sesiones de trabajo, que han sido para mí un estímulo intelectual constante.

[2] Dávila y Balsera (2006), desarrollan una completa revisión histórica acerca de cómo a lo largo del último siglo se internacionalizó el debate en torno a la infancia; debate que desembocó en la promulgación de las Declaraciones de 1924 y 1959 y la Convención de 1989.

[3] “La *acogida* y el *hacerse cargo del otro* es una condición indispensable para que podamos hablar de *educación* ... Pero no sólo la educación se define como acogida, sino que la persona misma, desde el punto de vista antropológico, necesita ser acogido” (Ortega Ruiz, 2004, 8). Esta necesidad de “acogida” se acentúa en la infancia, cuando más necesitados de “humanidad” estamos; una humanidad que sólo es transmisible a través del acogimiento y el trato amoroso.

[4] “La esencia de la educación es la natalidad, el hecho de que en el mundo hayan *nacido* seres humanos” (Arendt, 1996, 186).

[5] “Nacemos humanos pero eso no basta: tenemos también que llegar a serlo ... Nuestra humanidad biológica necesita una confirmación posterior, algo así como un segundo nacimiento en el que por medio de nuestro propio esfuerzo y nuestra relación con otros humanos se confirme definitivamente el primero” (Savater, 2003, 21-22).

[6] Sin embargo, no debemos olvidar la existencia de una red de apoyo y protección de la infancia “intermedia” entre el núcleo familiar propiamente dicho, y las instituciones estatales. Me refiero a lo que podría llamarse el “ámbito comunitario”, que se encuentra regido por la palabra y los compromisos que esa palabra libremente genera. Abarca un espacio más amplio que el de la familia y se regula por la moralidad (relaciones familiares, amistad, o asociacionismo). Es importante no confundir el ámbito de relación contractual propio del Estado, con las atribuciones legítimas de dicho ámbito comunitario, pues la “capacidad pedagógica” estatal es limitada, frente a la de las comunidades reales que la forman. Es posible que esta “confusión” sea resultado de los cambios sociales y económicos vividos en esas comunidades, provocando que se “desdibujen”. Las redes de apoyo siguen siendo necesarias, y las administraciones tienden



a asumir competencias que “tradicionalmente” pertenecían a este nivel de relación intermedio. Aunque por otra parte, el propio Estado reconoce la “utilidad” de muchas de estas comunidades a través de subvenciones económicas; a cambio, estas asociaciones comunitarias de ayuda transforman su relación de compromiso informal, en un contrato, con unos estatutos explícitos y una jerarquía interna formalizada. Desde este punto de vista, el “ámbito comunitario” estaría asumiendo formas de hacer y atribuciones propias del “ámbito estatal”. La separación tradicional entre uno y otro ámbito se desdibuja, quedando todo al final en una especie de “reparto” de tareas, no siempre establecido bajo criterios de “cualidad” de las mismas, sino de “cantidad” y “capacidad de acción”.

[7] “Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre y *al mismo tiempo como un fin*” (Kant, 2002, 114).

[8] “Si el hombre en su estado de naturaleza tan libre es como se dijo, si señor es absoluto de su persona y posesiones, igual al ahombre más alto y libre de toda sujeción, ¿por qué irá a abandonar su libertad y ese imperio, y se someterá al dominio y dirección de cualquier otro poder? Pero eso tiene obvia respuesta, pues aunque en el estado de naturaleza le valiera tal derecho, resultaba su goce y seguidamente expuesto a que lo invadieran los demás; porque siendo todos tan reyes como él y cada hombre su parejo, y la mayor parte observadores no estrictos de la justicia y equidad el disfrute de bienes en ese estado es muy inestable, en zozobra. Ello le hace desear el abandono de una condición que, aunque libre, llena está de temores y continuados peligros; y no sin razón busca y se une en sociedad con otros ya reunidos, o afanosos de hacerlo para esa mutua preservación de sus vidas, libertades y haciendas, a que doy el nombre general de propiedad” (Locke, 1999, 119). Cuando Locke habla de un acuerdo para la “mutua preservación de sus vidas, libertades y haciendas”, podríamos hablar hoy de acuerdo en torno a los derechos de la infancia. Parece que la fundamentación de los derechos humanos mantenida por Marina y que he recogido anteriormente, se basa en esta misma idea de Locke: la mejor manera de asegurar la protección de un interés individual (propiedad, supervivencia, desarrollo de los hijos, etc.) consiste en ponerse de acuerdo con otros o “asociarse” para compartirlo, trasladando la preocupación privada al consenso del bien común en la esfera pública.

[9] Parece aquí que MacIntyre defiende una aplicación de la *Teoría de la acción comunicativa* propuesta por Habermas (1987). En esta obra defiende que todo conflicto en torno a la verdad o falsedad de lo que creemos o la corrección de nuestras convicciones morales, puede terminar en un consenso alrededor de los puntos de vista discutidos, siempre que los interlocutores se ajusten a las condiciones de la “situación ideal de habla”. Esta “situación ideal de habla” es aquella en la que todos los afectados por el tema sometido a debate gozan de una posición simétrica desde la que poder defender argumentativamente y en igualdad de condiciones sus puntos de vista. En el intento habermasiano por aunar la universalidad de la legislación ética y la autonomía de cada uno de los hombres convertidos en legisladores (los dos pilares de la ética kantiana), MacIntyre insiste en que para poder incluir en la interacción comunicativa a aquellos sujetos que por su situación (temporal o permanente) están “necesitados” por carecer de la capacidad de “razonamiento práctico independiente”, es necesario establecer “estructuras políticas” que compensen la asimetría en la que dicha carencia los sitúa en el contexto de las discusiones públicas. Establecer los mecanismos sociales y políticos necesarios para que de forma efectiva todos “tengan voz” y se encuentren en una situación de comunicación simétrica en la que sus intereses sean defendidos.

[10] Tanto es así, que los abusos por parte del poder legislativo de los estados se han justificado y se continúan justificando hoy en una incapacitación activa de la ciudadanía, en “minusvalorar” nuestra capacidad de juicio libremente formado y autónomo, en un “tratarnos como a niños”, infantilizando a la sociedad: “Legislar por el interés superior del adulto”. Se legisla en el interés superior del niño porque se asume que, por su edad y experiencia (por la carencia de ésta) necesita del criterio adulto para dirigirse en la vida y llegar, en su momento, a hacerlo por sí mismo, como un adulto más con autonomía de juicio. Bien,

pues para justificar ciertos niveles de intervencionismo estatal, se tiende a infantilizar la sociedad civil. Lo que se pretende es ejercer un mayor control sobre ésta, manteniendo al adulto en una situación de dependencia que supone prolongar en el tiempo las relaciones asimétricas propias de la infancia. De ahí que en diferentes contextos y en distintos momentos históricos hablemos de “políticas” o “medidas paternalistas”.

[11] “Una democracia exige personas emancipadas. No es posible representarse una democracia realizada sino como una sociedad de emancipados. Quienes defienden, dentro de la democracia, ideales educativos que apuntan contra la emancipación ..., contra la decisión autónoma consciente de cada persona, individualmente considerada, son antidemócratas, por mucho que propaguen sus representaciones ideales en el marco formal de la democracia” (Adorno, 1998, 95).

[12] Como es sabido, este concepto surgió de las reformas emprendidas por el New Deal de F.D. Roosevelt (1933) para superar la depresión económica de la época, y de las políticas europeas tras la Segunda Guerra Mundial. De hecho, el término “welfare state” se acuñó para diferenciarse del “warfare state” (“estado de guerra”) de la Alemania nazi. Más allá de este uso, para dar con las auténticas raíces de este concepto tendríamos que remitirnos al Segundo Imperio Francés y la preocupación de los republicanos por la creación de un “Estado de Providencia”.

[13] Nos ocupamos aquí de un análisis del sistema de justicia desde el punto de vista de la reinserción de los menores infractores. Sin embargo, no debemos olvidar que muchos de los delitos cometidos por niños se realizan contra otros niños. Así, el desarrollo de la víctima también se verá afectado por las consecuencias penales que se deriven de los actos del menor agresor. Sería interesante una reflexión pedagógica de este mismo principio de interés superior del niño y el sistema penal que lo ampara, desde su intencionalidad educativa-reparadora hacia la víctima.

[14] Aunque nunca totalmente: “Las leyes y los jueces intentan determinar obligatoriamente lo mínimo que las personas tienen derecho a exigir de aquellos con quienes conviven en sociedad, pero se trata de un mínimo y nada más ... Toda ley escrita no es más que una abreviatura, una simplificación –a menudo imperfecta- de lo que tu semejante puede esperar concretamente de ti, no del Estado o de sus jueces. La vida es demasiado compleja y sutil ... como para que todo quepa en los libros de jurisprudencia” (Savater, 2004, 129).

[15] “El carácter de mediación y ayuda de la relación educativa, implica reconocer que la misma no es una relación de igualdad, sino que se establece sobre una base de asimetría y dependencia” (Jover Olmeda, 1998, 149).

[16] Aunque los acérrimos de la responsabilidad individual no admitan esto, es necesario asumir la incidencia de las condiciones sociales, que, aunque no determinen, afectan a la conducta: contextos sociales desestructurados, condiciones de miseria, carencias afectivas, etc.

[17] En una línea similar a la propuesta del “in loco parentis” de Max Van Manen (1998, 21).

[18] Siempre dependencias en torno a la capacidad de juicio autónomo, conectando con la ética kantiana.

[19] “El poder político consiste en el derecho de hacer leyes, con penas de muerte, y por ende todas las penas menores, para la regulación y preservación de la propiedad; y de emplear la fuerza del común en la ejecución de tales leyes, y en la defensa de la nación contra el agravio extranjero: y todo ello sólo por el bien público” (Locke, 1999, 46).