

**TESIS FINAL**

**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO**

***LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.  
MENORES DE 16 AÑOS INFRACTORES DE LA NORMA PENAL EN CUBA.  
PRINCIPIO DE LA DEFENSA.***

**AUTOR: NIURKA RONDÓN GÓMEZ**

**TUTOR: LUIS DAMIÁN MAYO FLORES**

**CONSULTANTE Y Oponente: VIVIAN LOURDES ABREUS LOPEZ**

## RESUMEN

El tránsito hacia un sistema de protección integral de los niños y adolescentes con “problemas de conducta” o infractores de la norma penal, ha propiciado que se vaya transformando la visión que se tenía de este sujeto, de un objeto de tutela y protección a un sujeto con plenos derechos. La anterior posición, típica de la doctrina de la situación irregular, conllevó a la búsqueda de otra más efectiva, donde las garantías y derechos, exigen el carácter de sujeto dentro del procedimiento minoril. Dicha premisa ha sido amparada por instrumentos jurídicos internacionales, especialmente se pueden encontrar en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia y la Convención Internacional de los Derechos del niño de 1989, siendo acogida favorablemente por los países signatarios, en especial, los países latinoamericanos.

En tal sentido, el Decreto-Ley 64, de 30 de diciembre de 1982, del Sistema para la atención a menores con trastornos de conducta en Cuba, precisa de armonizar su contenido a la luz del principio del Derecho a la Defensa a esos sujetos de derecho contra los cuales se incoe proceso en su contra, reconocido como un derecho fundamental, que debe manifestarse de forma plena y efectiva, de manera que constituya más que una simple fórmula legal, una garantía del proceso. Todo ello sería posible con la instrumentación de un procedimiento garantista, donde primen los postulados del debido proceso.

En Cuba resulta necesario perfeccionar la letra y el espíritu del procedimiento a seguir, manteniendo la esencia humana, ética y social del modelo socialista.

De aquí que la presente investigación se proponga demostrar la necesidad del perfeccionamiento del procedimiento legal del sistema cubano de atención a menores de 16 años infractores de la norma penal en lo concerniente al principio a la defensa.

Con el reconocimiento de la condición de parte del menor de 16 años en el proceso y con ello el pleno ejercicio a su defensa material y técnica de inicio a fin del procedimiento. Erigiéndose como sujeto y no como objeto del proceso.

<b>INTRODUCCION</b> .....	1
<b>CAPITULO I EL TRATAMIENTO A MENORES DE 16 AÑOS INFRACTORES DE LA NORMA PENAL. REFERENCIA A SUS ANTECEDENTES Y SISTEMAS DOCTRINALES.</b>	7
1.1. Infancia, menor, derecho y justicia. Algunas conceptualizaciones necesarias .	7
1.2. Surgimiento y evolución de la Justicia de Menores. Creación de los Tribunales de Menores.....	14
1.3. Modelos de justicia de menores.....	14
1.3.1. Modelo Tutelar o Asistencial.....	14
1.3.2. Modelo Comunal .....	15
1.3.3. Modelo Educativo.....	15
1.3.4. Modelo de Justicia o Responsabilidad.....	16
1.3.5. Nuevos modelos de justicia de menores. El modelo de “Justicia Restaurativa”.	17
1.4. Doctrina de la Situación irregular vs Doctrina de la Protección integral. ....	18
1.5. Referencia histórica al tratamiento de los menores con trastornos de conducta en Cuba.....	23
<b>CAPITULO II ACTUALIZACIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES EN CUBA. EL PRINCIPIO DE LA DEFENSA, UNA REFLEXION JURÌDICA.</b>	29
2.1. El “PRINCIPIO DE LA DEFENSA” como parte integrante del debido proceso.....	29
2.2. Actualidad del tratamiento a menores infractores de la norma penal en Cuba. Análisis crítico al Decreto Ley 64, limitaciones al Principio de la Defensa. ....	33
2.2.1. La Convención de los Derechos del Niño en Cuba. Lo dicho y hecho, en la protección a los menores infractores de la norma penal. ....	40
2.3. Necesidad de considerar al menor como sujeto del proceso en el sistema de atención a menores infractores de la norma penal, para garantizar el derecho a la defensa.....	43
2.3.1. Decreto Ley 64 y Ley de Procedimiento Penal. Apuntes para una simbiosis...44	
2.4. Lecturas al anteproyecto de actualización, de la legislación de menores con trastornos de conducta e infractores de la norma penal. ....	46
2.5. Consideraciones Finales. Revolución, Socialismo y Justicia de Menores.....	49
<b>CONCLUSIONES</b> .....	53
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	55
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	56
<b>ANEXOS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.

## INTRODUCCION

Cuando surge la familia y su natural influencia sobre los miembros que la integran, nacen las formas primarias de educación, de creación de valores y de adquisición de los primeros patrones de conducta en la comunidad. Universalmente, el hombre ha tratado de establecer las cuestiones y normas sociales que determinan y definen, los estándares de conducta generales que distinguen lo correcto o lo incorrecto, la expresión escrita de esta manifestación de voluntad es conocida como el derecho. La humanidad ha visto siempre con preocupación, las conductas de los menores y sus violaciones a esas normas preestablecidas. La figura del menor infractor, surge en la vida cotidiana, si bien no técnica o literalmente, casi desde el inicio de la sociedad dividida en clase.

El papel de la familia, la escuela y otros agentes socializadores, no siempre resultan lo necesariamente positivas, como para contribuir al desarrollo armonioso de la individualidad del menor. Surgen en ella, ciertas desviaciones conductuales, que al paso del tiempo pueden transformarse en patrones negativos de su comportamiento, los cuales redundan posteriormente en trastornos de su conducta y finalmente en violaciones de la norma escrita. La sociedad se encuentra en la obligación de garantizar la correcta educación de sus miembros y poner en funcionamiento mecanismos tendentes a enmendar y corregir, las desviaciones en el plano de la conducta que presenten los mismos.

Cuba no se encuentra ajena a esta preocupación. Una de las primeras tareas que trazadas por la Revolución triunfante en el 59, fue la creación de un sistema de enfrentamiento a los rezagos de la ideología derrotada el Primero de enero. Los niños y las niñas, constituyen incuestionablemente el mayor desvelo de la sociedad. A pesar del esfuerzo realizado en Cuba, existe aún la necesidad de revisar el procedimiento a seguir contra los niños y adolescentes, menores de 16 años de manera que se creen los mecanismos idóneos para garantizarles durante el proceso, el pleno ejercicio de sus derechos, con una amplia participación y conocimiento de causa de los padres, madres o tutores, de manera que lejos de influir en su educación y reinserción social se vuelvan más agresivos e incontrolables por afectaciones psicológicas como secuelas del proceso seguido en su contra.

Las limitaciones y omisiones que presenta el procedimiento a seguir contra estos jóvenes o adolescentes recogidos en el ya mentado Decreto-Ley será analizado en esta Tesis. En ella se analizan aspectos relacionados con la temática de la impartición de justicia en esta materia, su regulación universal y en especial en algunos países de América Latina.

Concretará su estudio en Cuba, con aciertos y deficiencias, pero desde una óptica diferente, teniendo como punto de partida al menor integrado al proceso; no como sujeto pasivo de la trasgresión legal, sino como agente activo de la misma. Ya sea por haber cometido un hecho tipificado como delito por la legislación penal, o por su comportamiento indisciplinado o antisocial, todo a la luz del procedimiento instituido y vigente para ellos.

El presente trabajo no pretende, aunque a veces resulte necesario, casi obligatorio hacerlo, realizar un estudio sociológico del tema. Se hace casi imprescindible referir lo sociológico, como lo histórico, porque entendemos que el tema por su complejidad merece una visión más amplia, universal y abarcadora. De cualquier forma no abordaremos objetivamente, las cuestiones que hacen que el niño llegue a delinquir o a que su conducta sea desajustada socialmente. Tampoco se refiere, fuera de un acto referencial, a la función de la sociedad para su reinserción y su posibilidad de enmienda, ni siquiera demostrar que el niño pueda constituir objeto de derecho dentro del procedimiento conductual que lo vincula sino que se concentrará, en la necesidad de transformar y revolucionar, el procedimiento en efecto. Para hacer eficaz el ejercicio de sus derechos. Con énfasis significativo abordamos, por su importancia, el Principio a la Defensa, todo desde la óptica jurídica y procesal que impulsa la justicia y la razón, en consonancia con los postulados del debido proceso.

Partiendo del supuesto, de que existen restricciones legislativas que impiden una protección más integral, a la categoría de los menores enunciada en el cuestionamiento anterior, limitándose su efectivo derecho a la defensa dentro del procedimiento actual; es que hemos escogido esta temática.

Se emprende la tarea de realizar un análisis, en cuánto inciden según la legislación actual, las omisiones o limitaciones en el procedimiento, tratamiento y atención de los niños y adolescentes por medio del Régimen Especial de Conducta. Se plantean para ello puntos de vista al respecto y sugerencias desde del derecho, para solucionar estas situaciones. En el empeño mayor de que logren traducirse en beneficio de los que, con orgullo se llaman, la esperanza del mundo. Es por tanto el **objeto de estudio** de la presente investigación: la justicia menores infractores de la norma penal.

Por lo que se considera útil y viable la investigación a la luz de refrendar y defender, la extensión y aplicación a esta parte tan vulnerable de la sociedad, de una legislación corregida y ajustada a los momentos actuales por los que transita el Derecho Penal en el mundo. Donde los niños, aún aquellos que han errado, que han cometido hechos considerados delitos, tengan en sus manos la exigencia del cumplimiento de sus derechos y la posibilidad de

sentirse sujetos de aquel. De demostrar sus motivos y razones, de luchar por hacerse dueños de la luz, de ayudarlos a caminar por el empedrado sendero de la vida.

La dinámica de la cotidianeidad en el mundo jurídico y las polémicas sobre necesarias modificaciones y adecuaciones de la legislación relativa a los jóvenes y adolescentes, han puesto sobre el tapete nuevas e importantes interrogantes, es por ello que este trabajo se ha planteado el siguiente

### **SITUACIÓN PROBLÉMICA**

En Cuba, según la legislación vigente, el menor de 16 años comisor de delito está desprotegido, no cumpliéndose para ellos el Principio de Defensa, por lo que resulta necesario realizar un estudio del Decreto Ley 64 de 1982 del Sistema para la Atención de Menores con Trastornos de Conducta e infractores de la Norma Penal y así realizar un análisis para de esa manera realizarle las modificaciones que resulten necesarias en aras de cumplir con ese principio y lograr la protección jurídica de esos niños y adolescentes.

### **PROBLEMA CIENTIFICO:**

¿Cuáles modificaciones o adecuaciones resultan necesarias realizarle al sistema cubano de atención a menores de 16 años con trastornos de conducta e infractores de la norma penal, que cumpliendo con el Principio de Defensa, se logre la orientación y educación de estos, reinsertándolos a la sociedad de acuerdo con el procedimiento legislativo cubano para la administración de justicia?

### **OBJETIVO GENERAL:**

Demostrar la necesidad de perfeccionamiento del procedimiento legal, del sistema cubano de atención a menores infractores de la norma penal, en lo concerniente al Principio de la Defensa.

### **Y como OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

1. Fundamentar un estudio teórico–histórico–jurídico sobre la atención a los menores infractores de la norma penal.
2. Analizar los mecanismos internacionales para la administración de justicia de menores y su manifiesto en la legislación cubana.

3. Analizar el sistema cubano de atención a menores infractores de la norma penal, en relación a la protección del Principio a la Defensa en el Decreto Ley 64<sup>1</sup>.

La **HIPÓTESIS CIENTÍFICA** para sustentar este estudio es la siguiente:

El sistema cubano de atención a menores de 16 años con trastornos de conducta e infractores de la norma penal, necesita modificaciones o adecuaciones, que cumpliendo con el Principio de Defensa, se logre la orientación y educación de estos, reinsertándolos a la sociedad de acuerdo con el procedimiento legislativo cubano para la administración de justicia

LA METÓDICA INVESTIGATIVA puesta en práctica en este trabajo, la resumimos de la siguiente manera:

La investigación que se presenta es del tipo **DESCRIPTIVA**. Fueron utilizados para ello, los siguientes métodos de investigación:

**Métodos histórico lógico**, a los efectos de realizar una lógica reseña histórica sobre lo elementos de estudio.

**Método teórico jurídico**, de esta manera se realizaron análisis y síntesis de criterios doctrinales que acceden a elementos importantes que distinguen el sistema de atención a menores con trastornos de conducta.

**Método jurídico comparado**, que permitió contrastar la situación legislativa cubana en relación a criterios de carácter internacional y especialmente con la legislación en algunos países de América Latina.

**Método exegético – analítico**, basado en el análisis de la norma de forma técnico jurídica.

El trabajo utiliza bibliografía actualizada internacional y vigente en Cuba.

Esta tesis se estructura en dos capítulos; el primero, está encaminado al tratamiento a la figuras de los menores con trastornos de conducta e infractores de la norma penal, refiriéndose a sus antecedentes y sistemas doctrinales en Cuba y el mundo. Es este capítulo también, un espacio esencial para enrumbarse en definiciones y conceptos necesarios al resto de la investigación.

El se aproxima al procedimiento internacional de administración de justicia para menores y hace algunas referencias al Derecho Comparado, a partir de la legislación vigente en determinados países de América Latina.

---

<sup>1</sup> Decreto Ley 64 de 1982, del Sistema para la Atención de Menores con Trastornos de Conducta.

Dedicándose el segundo al a análisis, actualización y perspectivas de la regulación vigente en Cuba para este particular, expresada en el Decreto Ley 64 de 1982 y la necesidad de su reformulación. Se esboza un estudio sobre el Principio a la Defensa y las consideraciones sobre la necesidad de su ejercicio efectivo en el escenario socio-jurídico cubano. En un epígrafe casi concluyente, que este autor considera como justificación política de la investigación, abordan los conceptos e intenciones políticas y jurídicas que lo motivaron.<sup>2</sup>

Esta tesis espera como resultado final, sustentar teóricamente, la necesidad de modificar el procedimiento que regula el sistema cubano de tratamiento a menores infractores de la norma penal en aras de garantizar de manera real y efectiva el ejercicio eficaz del derecho a la defensa, conforme a los principios del debido proceso.

---

<sup>2</sup>. Tema que obligó un especial acercamiento al terreno de los derechos de la infancia.

*Muchas de las cosas que hemos de hacer tienen espera;*

*El niño, NO,*

*Él está haciendo ahora mismo sus huesos, creando su sangre y ensayando sus sentidos.*

*A él no se le puede responder mañana, él se llama: ¡Ahora!*

*Gabriela Mistral.*

## DESARROLLO

## CAPITULO I

**EL TRATAMIENTO A MENORES DE 16 AÑOS INFRACTORES DE LA NORMA PENAL. REFERENCIA A SUS ANTECEDENTES Y SISTEMAS DOCTRINALES.**

Una introducción necesaria:

Desde sus inicios, la sociedad ha inspirado una especial atención hacia los menores, la infancia, los niños, o sea cual fuera la definición que recibiera esta importante etapa del ser humano que constituyen sus primeros años de vida. Generalmente se ha coincidido en ubicar este período entre los 0 y 18 años de edad.

Tal vez fue el sentimiento paternal, de responsabilidad con su educación, sus hábitos de convivencia y su vida futura los que se transmitieron de generación en generación. Creando un precedente en cuanto al trato a los niños y adolescentes.

Desde nuestros ancestros se buscaba la manera de reprimir la actuación de los miembros de la tribu, nación o Estado ante un proceder conductual inadecuado, los menores no estuvieron ajenos a este fenómeno. Con el desarrollo social se fue haciendo necesario implementar normas que regularan estas relaciones.

Antes de adentrarnos en el entramado histórico – teórico – doctrinal por el que ha atravesado y evolucionado la humanidad en su búsqueda y construcción de un sistema coherente, efectivo y más humano para el tratamiento jurídico – legal al menor infractor, o con trastorno de conducta como también se le conoce. Consideramos imprescindible establecer un grupo de definiciones necesarias que determinen sentido y contenido de los principales conceptos, categorías y términos que serán abordados en la presente investigación. Entendiendo, en primera instancia, que es este tema un asunto que para su abordaje se hace inevitable un deslinde en campos que van desde lo social, ético, político, psicológicos, cultural y educativo, hasta lo jurídico, lo administrativo, lo constitucional.

### **1.1. Infancia, menor, derecho y justicia. Algunas conceptualizaciones necesarias.**

Derecho, ley y justicia no son sólo palabras diferentes, sino también dimensiones distintas de la cultura y conceptos nodales para ordenar la convivencia. No con arreglo a realidades previas al hombre mismo o a una espiritualidad inmanente, como a veces creemos, sino en consonancia con intereses materiales.

El Derecho, en términos simples, es la expresión escrita de la conciencia jurídica, un componente de la conciencia social, formada por las nociones que la sociedad de una época posee acerca de lo legal y lo ilegal. El derecho es o puede ser universal, mientras que las leyes son locales. Algo puede ser legal en un país e ilegal en otros. El hombre, “representado” en la Comunidad Internacional de Naciones, ha dispuesto además, un conjunto de leyes aplicables a todos y todas, que se han escrito

siempre en el espíritu del mejoramiento de la especie humana y la reivindicación de sus más elementales derechos. Estos han descansado ineludiblemente en una dicotomía flagrante entre discurso y práctica.

Hasta hace muy poco, por poner un ejemplo, los tribunales sudafricanos condenaban a los negros según las leyes del apartheid. Que aquellas leyes fueran obligatorias no significa que fueran justas. Precisamente porque existen leyes injustas rebelarse contra ellas, cuestionarlas, criticarlas o derogarlas, forma parte de la conciencia jurídica, del derecho y su sistema.

La justicia es otra cosa. En términos estrictamente técnicos es la tasación de los comportamientos conforme a leyes escritas, mediante las que se codifican las nociones dominantes a nivel social acerca de lo permitido y lo prohibido, y en términos filosóficos, una síntesis del ideal humano de la perfección. Un mundo justo sería perfecto.

Conforme al derecho y las leyes, y en busca de la justicia, los hombres condujeron la evolución de la sociedad, crearon los estados, sus sistemas sociales y sus formas de diferenciación y poder. Es en este complejo entramado en el que ha venido formándose y conformándose, abriéndose paso, una de las discusiones que por su complejidad, sensibilidad y amplitud, constituye en sí misma un asunto difícil, heterogéneo y multidisciplinario. La justicia de menores, el derecho de la infancia y la protección al menor infractor representan una discusión cuando menos atrayente y necesaria, sino obligatoria.

En esta misma línea de pensamiento, es que nos proponemos el siguiente análisis, sumario pero más integral, por lo que se hace preciso comenzar con algunas conceptualizaciones necesarias.

En primer lugar y teniendo en cuenta que es esta una investigación jurídica, ubiquémoslo en las ramas de derecho que abordaremos y su naturaleza jurídica. En esta idea vale señalar que se trata de una cuestión fuertemente debatida sobre la cual convergen posiciones encontradas, en las que en ocasiones priman más condicionamientos emocionales que planteamientos jurídicos coherentes.

Gran parte de los autores que se han ocupado recientemente del tema (DE LEO, LA GRECCA, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, GONZÁLEZ ZORRILLA, CANTARERO BANDRÉS, ANDRÉS IBÁÑEZ, MOVILLA ÁLVAREZ, CALVO CABELLO, VENTURA FACI, entre otros) se muestran de acuerdo en señalar que nos encontramos ante un auténtico proceso de naturaleza penal que, eso sí, ofrece importantes especialidades<sup>3</sup>.

Efectivamente, "**penal**" es la causa que da origen a este procedimiento: La comisión de delitos y faltas por parte de los ciudadanos menores de 16 años; y, "penal", es su consecuencia: la imposición coactiva de medidas privativas o restrictivas de derechos fundamentales.

---

<sup>3</sup> Fabia Mir, P. Las especialidades de procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal, -- Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur, 2003. – p1.

Sin embargo, este proceso penal es al mismo tiempo especial, ya que especial es el sujeto al que se refiere; esto es, el menor (el cual goza de específica protección en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico). Especiales también son las medidas penales que pueden aplicarse, puesto que predomina en ellas, fundamentalmente, la finalidad educativa y resocializadora. Es en este punto donde coincidimos en entender su migración hacia una cuestión de tratamiento más **Criminológico**, lo que le asegura sea tratado con mayor profundidad. Obligando a realizar, para su real aproximación, una simbiosis que lea en sí mismo, derechos constitucionales, humanos, éticos, familiares y los principios generales del derecho penal.

Aparece aquí un eslabón fundamental en el proceso de reunión de las diferentes materias, que actúan en el abordaje de esta compleja temática. El "PRINCIPIO DE LA DEFENSA", como principio de derecho, conlleva en su esencia, la capacidad de entrelazar las diferentes ramas del derecho antes mencionadas que aseguran su ejercicio. Por lo que representa para el desarrollo de esta tesis, hemos querido dedicarle un pensamiento inicial, con el fin de definir, sumariamente, su significado.

Desde la comprensión natural del término, un primer acercamiento nos conduce a concebir la defensa como "acción y efecto de defender o defenderse" que utiliza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, o del significado forense utilizado por el mismo como "Razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante". Este término es también entendido como derecho de acceso a la justicia,<sup>4</sup> que en lo referente al tema de los "menores infractores", supondría la entrada de ellos al proceso, como sujeto de derecho y no solo como objeto de este. Así, se presume entonces este principio esencialísimo, como derecho humano, de categoría constitucional, en nuestro caso. Que presume además un principio de igualdad y garantía ante la ley y el estado, que tiene el hombre, en su afán de agotar todos los recursos posibles, en función primaria de oponerse o rechazar una ofensa, que es racionalmente el precedente necesario para la defensa.

El segundo tema de relevancia que nos atañe es el referente a las definiciones y terminologías entorno al sujeto de la discusión, en este caso el menor, la infancia y el niño.

GARCIA MENDEZ, citando una conclusión de Philippe Ariès en: "*El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, (Taurus, Madrid 1987)", afirma que infancia no constituye una categoría de carácter ontológico, siendo por el contrario el resultado de un complejo proceso de construcción social que la "descubre" en la conciencia colectiva alrededor del siglo XVI. La perspectiva novedosa por su parte, puede condensarse en la afirmación de que la historia de la infancia es la historia de su control.<sup>5</sup>

En esta idea resumimos que el principio planteado de las terminologías sobre menor, infancia y niñez, son históricamente, definiciones que responden a intereses de una época, sistema y clase

<sup>4</sup> Para ampliar vea: Suárez Crothers, Ch. El derecho a la defensa a la luz de la reforma del procedimiento penal". *IUS ET PRAXIS*, (año/vol.5), número 001. Universidad de Talca, Talca, Chile 1999. p. 351-371.

<sup>5</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA Elías. El Derecho de menores como derecho: Tomado de <http://iin.org.uy/El-derecho-de-menores.pdf>, 7 marzo de 2009.

dominante. Reproductoras, en su mayoría al inicio, de concepciones clasistas y políticas, con sustento hasta hace muy poco, en *“Una cultura, que con base en la exclusión social la refuerza y legitima introduciendo una dicotomía perversa en el mundo de la infancia. Una cultura, que construye un muro jurídico de profundas consecuencias reales, destinado a separar niños y adolescentes de los otros, los menores, a quienes construye como una suerte de categoría residual y excrecencia respecto del mundo de la infancia.”*<sup>6</sup>

Actualmente a nivel internacional se plantea de la siguiente manera: mientras que la Convención de los Derechos del Niño se aplica a todo ser humano menor de 18 años de edad “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad “ (Art. 1), y utiliza el término genérico “niños” para describirlos, las Reglas de Beijing (anteriores a la CDN) al emplear de nuevo el término “menores” para definir al grupo que constituye su objetivo, si bien no establecen un límite de edad determinado, señalan sin embargo que, a los efectos del documento, “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto” (Regla 2.2.a). Las Directrices de Riad tampoco contienen una definición explícita, pero afirman que su interpretación y aplicación deberían efectuarse “dentro del amplio marco” de la CDN y las Reglas de Beijing, entre otros documentos. En lo que respecta a la edad, esto sugiere la aplicación del límite más alto presente en dichos documentos, cualquiera ése fuere (sin duda, en la mayor parte de los casos, será el de la CDN, “menor de 18 años de edad”, pero la definición abierta de las Reglas de Beijing permitirá su aplicación en aquellos países donde las personas de 18 años o edad superior todavía puedan ser juzgadas por un tribunal diferente al de los adultos). A pesar de su título, las Directrices hacen uso sobre todo de los términos “niños” y “jóvenes”, a menudo combinados; además emplean “juvenil” sólo como adjetivo, como en “sistema de justicia juvenil” o “delincuencia juvenil”.

Durante la investigación los términos tratados estarán, en la mayoría de los casos, en consonancia con estos principios y con los principios de su época, pero de lo que se trata es, precisamente, de romper la barrera infernal de la gramática de la exclusión, construyendo una nueva semántica de la inclusión.

La tercera cuestión relevante a discernir es precisamente la caracterización del concepto de MENOR INFRACTOR (Norma Penal), o su referente en algunos sistemas, como el cubano, MENOR CON TRASTORNO DE CONDUCTA, para lo cual sintéticamente nos adherimos a la definición de la Dra. Norma Vasallo Barrueta, de la Universidad de La Habana en su Tesis de Maestría: *“La Conducta Desviada. Un Enfoque Psicosocial para su Estudio”*, cuando definía el trastorno de conducta como:

---

<sup>6</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA Elías. “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en “Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. Tomado de <http://iin.org.uy/La-legislacion-de-menores.pdf>, 10 de mayo de 2009.

*“Toda violación de las normas sociales, desde las simples normas de convivencia social, hasta las normas del derecho y la moral, que son las más importantes en toda sociedad.”*

Es valido aclarar, que decimos “sintéticamente”, porque la definición o delimitación conceptual de lo que constituyen los trastornos conductuales es una tarea muy difícil, debido a que son demasiadas y muy complejas las variables implicadas en su manifestación y evolución. Lamentablemente no existe un consenso por parte de aquellos investigadores cuyo centro de interés es el comportamiento humano y aquellos profesionales que se ocupan de la evaluación y modificación de la conducta.

Esta idea nos lleva consiguientemente a identificar a la figura del MENOR INFRACTOR, como la opción semántica más adecuada a la hora de establecer una conceptualización. Identificando a este, como aquel infante que con su actuación, viole los principios enunciados anteriormente en la definición de la Doctora Norma Vasallo.

Sirvan entonces estas anotaciones, para determinar en una línea inicial de pensamiento, aquellos conceptos que serán abordados durante la investigación. Pero sirva sobre todo, para reforzar la idea de que si bien esta investigación busca entre otras cosas, defender desde el derecho y la legalidad, la reivindicación de los derechos de los menores, especialmente aquellos que desde su conducta se suponen “infractores”, defendemos el principio de la justicia como bien mayor. No la formal, que simplificaría tácitamente su espíritu, sino la justicia comprendida y analizada en su total extensión y profundidad. Como supone además el principio de la discusión del tema de la infancia desde la universalidad y totalidad, nunca será suficiente solo desde la ley, hará falta además la influencia de su espíritu, la sumatoria de todas las fuerzas y la capacidad de instalarse en la conciencia social.

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal en la Antigüedad, que se inmortalizaría en el viejo mundo en principios como los de la “Ley del Talión”, el Código de Hammurabi y los enunciados más adelante en las Leyes de las XII Tablas, o incluso en las civilizaciones de la América precolombina en los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular, para niños o jóvenes que cometieran algún "delito".

Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular.

El paso del Derecho Penal represivo del siglo XIX al Derecho protector más actual en lo que a menores respecta, exigió la creación de una jurisdicción especial, dotada de un procedimiento peculiar y desempeñada por un órgano especializado que aplicara un tratamiento reformador y tutelar al menor delincuente o desamparado.

A esta exigencia respondió la creación de los **Tribunales de Menores**, quienes constituyeron la pieza fundamental del sistema tutelar de menores en todos los países del mundo.

De estos Tribunales se ha dicho que son el mayor progreso en la historia desde la Carta Magna.

Durante mucho tiempo los menores que habían cometido un hecho punible eran juzgados por los mismos órganos que juzgaban a los adultos, eran castigados por igual sistema de sanciones y cumplían la pena en los establecimientos destinados para los mayores de edad. Su condición de menor no podía servir para eliminar o atenuar la responsabilidad.

A principios del siglo XIX, fruto de las corrientes humanitarias, del positivismo y del correccionalismo alemán empiezan a darse los primeros pasos para el nacimiento de un sistema especializado para menores tanto para el delincuente o inadaptado, como para el menor abandonado, desprotegido o vagabundo proclamando solo con eficacia las medidas de carácter educativo, paternal y tutelar, frente al sistema represivo utilizado hasta esa época. Se empezó por la fase de ejecución, al proponerse la separación de delincuentes jóvenes y adultos en los establecimientos penitenciarios y la creación de instituciones especializadas para los primeros.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX empezaron a elaborarse las primeras leyes de menores. El origen del primer Tribunal de Menores se encuentra en los Estados Unidos de América, en 1889 cuando se crea en Chicago el primer organismo de esta clase destinado a delincuentes jóvenes y con función educativa y correccional; constituido por la Ley No 21/1899 sobre proyecto del juez Harwey B. Hurd que a su vez sirvió de modelo para el establecimiento de Tribunales de Menores en otros estados y su rápida extensión por todo el país.

El concepto introducido por el estado de Illinois no dejaba de ser revolucionario. De Norteamérica pasan con rapidez a Europa e Iberoamérica.: Gran Bretaña (1908), Francia y Bélgica (1912), España (1918), los Países Bajos (1921), Alemania (1922), Austria (1923). “En 1931, un estudio realizado por la Liga de Naciones puso en evidencia que 30 países contaban ya con tribunales de ese tipo”.<sup>7</sup>

En América Latina fueron establecidos; en 1919 en Argentina, 1923 en Brasil, 1928 en Chile y 1939 en Venezuela. El tratamiento diferenciado de la Infancia- adolescencia hasta ese entonces se encontraba en los todavía vigentes Códigos Retribucionistas del siglo XIX, en los que su especificidad se limitaba a reducir las penas en un tercio, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años.

Las penas a ellos impuestas casi siempre consistían en la privación de libertad, dónde adultos y menores de edad eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias sin atender a las más elementales normas de compartimentación.

---

<sup>7</sup> Tomado de: “*El Inocente Digest 3*”, publicación del Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF con el fin de suministrar información fiable y de fácil manejo sobre asuntos de interés relativos a los derechos del niño. p 10.

Se sucedió un amplio movimiento de cambios que exigían dar un tratamiento diferenciado a la infancia transgresora en las leyes vigentes de cada nación. Su resultado fue la instauración en América Latina por un período de 20 años de legislaciones de menores que batallaban la protección de la infancia supuestamente abandonada y delincuente, abriendo la posibilidad de intervención estatal ilimitada, para disponer de aquellos menores moralmente abandonados. Esta lucha comenzó en el año 1919 en Argentina y se extendió hasta Venezuela en 1939.

En estas circunstancias surgió la denominada **justicia de menores** cuyo principal triunfo, según la doctrina de la época, consistía en haber sacado al menor delincuente de la aplicación del derecho penal común y del proceso penal común. Estableciéndose así la lucha entre una concepción tradicional que resistía a romper de modo absoluto con el modelo de los tribunales ordinarios, y una tendencia innovadora que aspiraba a que el tribunal de menores fuera una institución totalmente distinta a los organismos jurisdiccionales ordinarios.

Si nos referimos a los principios y tendencias indiscutibles de la justicia de menores, lo primero con que nos encontramos es con un acuerdo en que los planteamientos que dominan el derecho penal de adultos no pueden o no deben imponerse incondicionalmente en la justicia de menores. Evidentemente, la edad de los sujetos y su condición de niños son los que determinan la especialización de la jurisdicción de menores. Si bien hay que destacar que se han dado históricamente diferentes formas de comprender la infancia y de atender a los condicionamientos de la edad. Así, el modelo tutelar –que se impuso en toda Europa a principios del siglo XX— partía de que los menores eran inimputables que, en consecuencia, debían ser tratados como objetos de protección, trabajando sobre su peligrosidad y no sobre el delito cometido –que era una simple señal de las carencias del menor. Las consecuencias de desprotección real de los menores, de ausencia de garantías individuales, así como de criminalización de la pobreza fueron tan brutales que acabaron generando una reacción en contra.

Las principales características de los **Tribunales de Menores** podrían resumirse en:

- Creación de unos órganos jurisdiccionales específicos, colegiados o unipersonales, de carácter paternal y tutelar, y separación de otras jurisdicciones ya sea entendiendo que se trata de una jurisdicción especializada, dentro de la jurisdicción ordinaria, ya sea como jurisdicción especial al margen de aquélla. Estos órganos gozaban de grandes poderes tanto en la instrucción, como en el desarrollo y en la toma de decisión durante el proceso.
- La competencia de estos órganos se extendía tanto al aspecto de reforma (para el menor delincuente o menor inadaptado), como al aspecto tutelar (menor desamparado).
- Creación de procedimientos específicos, de los que se eliminan las formalidades procesales innecesarias, dada la naturaleza tuitiva y educadora de los juicios de menores primando el interés de aquellos y donde el juez ejerce su función de forma paternal.

- Amplio control penal sobre los jóvenes delincuentes, extendiéndose su jurisdicción a conductas no delictivas, con un gran acceso a toda la juventud predelictual.
- Creación de diversas medidas específicas, que no son sanciones para los menores delincuentes, fundamentadas en las ideas de tratamiento y reeducación.

Además del sistema jurisdiccional de justicia de menores al que nos hemos referido y que ha sido base del modelo español, existe otro sistema no jurisdiccional de justicia de menores, el denominado sistema administrativo propio, fundamentalmente de los países escandinavos y cuya característica principal fue la organización de todo un aparato administrativo con competencias similares a las de jurisdicciones de menores y cuyas decisiones podían ser recurridas en última instancia, ante los tribunales de justicia.

En la primera mitad del siglo XX se fortaleció la organización de la jurisdicción especial de menores (los tribunales de menores) con predominio de la hegemonía cultural positivista en sus corrientes antropológicas y psicológicas.

“A partir de la década del 70 del siglo XX se consolidó un nuevo pensamiento en torno a la condición jurídica del menor frente al Derecho penal: de la tesis del menor considerado objeto de derechos, se pasó a la tesis del menor como sujeto de derechos. Además se fortaleció considerablemente una visión universalista en torno a los problemas del menor, con su status jurídico internacional del menor en particular por la labor de las Naciones Unidas.”<sup>8</sup>

## **1.2 Modelos de justicia de menores**

La intervención estatal en relación a los menores con trastornos de conducta y los que hayan cometido delitos ha sido tratada de diferentes formas, distinguiéndose cada una de ellas por una serie de aspectos que inciden en la tramitación del proceso o en sus consecuencias jurídicas, identificándose modelos independientes de justicia.

### **1.3.1 Modelo Tutelar o Asistencial**

El modelo tutelar o asistencial, basado en la doctrina de la situación irregular, es el diseño de un sistema de medidas de orientación y corrección que se imponen a los menores transgresores por tribunales creados para este fin, a través de un procedimiento especial.

A través de este modelo, se considera en situación irregular al menor en estado de abandono, con falta de atención a sus necesidades, sin representación legal y otras situaciones que el juez considere.

Se caracteriza por ser un sistema inquisitivo en que el juez concentra las funciones de acusación, de defensa y tiene a la vez la facultad de decidir sobre el menor. Se aplican medidas indeterminadas con el objetivo teórico de reorientar y adaptar al menor y como no tienen una connotación negativa, pues

---

<sup>8</sup> QUIROS PIREZ, R. Manual de Derecho Penal III. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. p. 7

no se trata de reprimir, las garantías jurídicas ocupan un segundo orden de importancia que en todo caso, podrían frenar el tratamiento reeducativo que se le aplica.

Al decir de la Dra. Tania de Armas Fonticoba, “los defensores de éste modelo, resaltan la idea de que los menores salen del Derecho Penal y lo cierto es que sólo salen de su sistema de garantías, pues se les aplican medidas que poseen una fuerte connotación restrictiva de sus derechos individuales”<sup>9</sup>. “El sistema penal extiende su mano sobre los menores en forma que puede resultar lesiva de derechos humanos en grado sumo: el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, etc)”<sup>10</sup>

La distinción en la aplicación de medidas a los menores transgresores diferentes a las penas que se imponían a los adultos, significó en su momento un logro en la evolución de su tratamiento y su principal desventura no radicó fundamentalmente en su ideología “sino en el inmovilismo posterior”<sup>11</sup>

### 1.3.2 Modelo Comunal

El Modelo Comunal es un esquema de protección y rehabilitación de los menores de edad a través de la vía social. Este modelo descarta la vía judicial.

A través de los Consejos de la Niñez o Jurados de la Infancia que trabajan tanto con el menor como con su familia, se contribuye a la solución de los problemas sociales y legales en que pueda estar involucrado el menor, el cual posee un status dependiente del adulto que es el que decide en última instancia. Estos Consejos están integrados por personas de la comunidad y no es necesario que sean juristas. Tratan de lograr la solución del conflicto social sin acudir a un proceso específico valorando las condiciones y situaciones en que se desarrollan los menores transgresores, prevaleciendo el interés superior de éstos y la posibilidad de que se inserten activamente

### 1.3.3. Modelo Educativo

El Modelo Educativo consiste en evitar que los menores transgresores entren en el Sistema de Justicia Penal. Se denomina también “modelo permisivo” pues los operadores de menores de la policía, la fiscalía, los trabajadores sociales, suelen no enviar los casos a la Justicia. La intervención represiva comienza a ser soslayada, prevaleciendo los métodos educativos. La preferencia a mantener al menor junto a su familia, en pequeños hogares y otras alternativas que involucran no solo al niño sino a los seres que lo rodean e inciden en él predominan en ésta etapa. Asimismo, en la esfera de la justicia de menores, el modelo tutelar comienza a ser cuestionado, dando paso a partir de los años sesenta en algunos países al modelo educativo, y en otros, se fue conformando el Modelo de Justicia o de Responsabilidad.

<sup>9</sup> Ibidem

<sup>10</sup> ZAFFARONI, E. R. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: Documentos y cuestionarios.* -- Buenos Aires: Editorial Depalma, 1984. p-96.

<sup>11</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. *La Justicia de Menores en el siglo XX, una gran incógnita, en Derecho Penal del Menor,* -- Santiago de Chile, Chile Ed. Jurídica ConoSur, 1992. p-13

#### 1.3.4. Modelo de Justicia o Responsabilidad

El Modelo de Justicia o de Responsabilidad es un sistema de protección social y legal de los menores en conflicto con la ley penal que establece una clara distinción entre los conflictos sociales y los delitos.<sup>12</sup>

Con este modelo se trata de lograr un mayor acercamiento a la justicia penal de los adultos respecto a los derechos y garantías con lo que se refuerza la posición legal de los menores.

La relativa independencia que adquiere el derecho penal de menores respecto al derecho penal de los adultos, tiene en cuenta no obstante los principios de éste y se ejercita mediante una jurisdicción especializada y autónoma que pretende garantizar los derechos de los menores a través del proceso.

La intervención del Derecho Penal se limita en lo posible y se utiliza una variedad de sanciones que sustentan principios educativos, pero que sí comportan una connotación negativa.

En este modelo se observan ciertos principios que lo caracterizan y que lo dotan de grandes ventajas respecto a los modelos anteriores.

El principio de oportunidad que prima en este modelo, permite que los operadores del sistema de justicia se puedan cuestionar si el conflicto generado por el delito se puede solucionar o no con la acusación y el procesamiento del menor de edad. Así puede existir una remisión o una intervención mínima en la fase inicial del proceso (etapa de la denuncia y de la investigación).

Una de las características a mi juicio más interesante de éste modelo, que lo distingue de los que analizamos con anterioridad, es la diferenciación de los grupos de edades que se realiza. De acuerdo a criterios objetivos, se establece una edad mínima por debajo de la cual no interviene por lo general la justicia de menores.

En las distintas categorías de edades<sup>13</sup> que se establecen se contemplan diferenciaciones tales que permitan que los más jóvenes reciban mayores ventajas y garantías respecto a los adultos y a los grupos de mayor edad. La diferenciación de los menores en conflicto con la ley penal por grupos de edades, se fundamenta esencialmente en que ellos se encuentran en un período de desarrollo que marca el tránsito difícil de la niñez a la edad adulta.

A través del Modelo de Responsabilidad se desarrolla un proceso garantista en que se procura respetar las garantías procesales que le corresponden al menor por su condición de persona y por su especial condición de adolescente. El derecho a la asistencia letrada, la presunción de inocencia y otras garantías son características de éste modelo.

---

<sup>12</sup> Ibidem. p- 223.

<sup>13</sup> AGUADO, S.; DOVAL PAIS, A; MATALLÍN EVANGELIO, A; MORENO ALCÁZAR, M.A.; VIDALES RODRÍGUEZ, C. "El Régimen de Aplicación del Derecho Penal Material a los hechos cometidos por menores", en: Proyecto de Investigación: "Generalitat Valenciana", 1998, p. 43

Otra característica de este esquema es la flexibilidad en la terminación del proceso, pues se buscan alternativas diferentes a la sentencia como el uso de la conciliación, acuerdos con la víctima, suspensión del proceso y otros. La flexibilidad también alcanza a la amplia variedad de sanciones, entre las que prevalecen las de corte educativo, en lugar de las privativas de libertad, existe la posibilidad de suspender, revocar o sustituir la sanción por otra más beneficiosa para el menor transgresor cuya pena no podrá ser indeterminada y en todo caso debe poseer un término inferior al que le correspondería a un adulto de cometer la misma conducta.

El modelo de responsabilidad plantea teóricamente que el proceso seguido a un menor transgresor debe poseer la mayor celeridad posible, estableciéndose plazos cortos, excepcionalmente prorrogables y procurar en lo posible las detenciones provisionales.

Finalmente otra característica de este modelo es la confidencialidad, o sea, la excepción del principio de publicidad del proceso penal de adultos, ello impide que terceras personas no tengan acceso al proceso seguido al menor pues esto puede ocasionarle consecuencias negativas.

Tras décadas de escasa atención doctrinal a la justicia de menores, en los años 60 empieza a hablarse de la denominada crisis de la justicia de menores. La cual pone de manifiesto la necesidad de una transformación de todo el sistema, atendiendo al principio de que la condición de menor debe justificar una mayor tutela jurídica, y no una reducción de garantías fundamentales.

Estos elementos generales que caracterizan al modelo de responsabilidad o de justicia poseen diferentes matices y pueden variar de acuerdo al país en se desarrolle.

### **1.3.5. Nuevos modelos de justicia de menores. El modelo de “Justicia Restaurativa”.**

Dejando atrás los tradicionales modelos para la administración de la justicia juvenil, surge un nuevo discurso que se ha alejado del debate tan manido y cansador de castigo versus bienestar. Abriéndose hoy sostenidamente el camino para el tercer modelo –la justicia restaurativa– cuyo fundamento es responsabilizar al menor de edad que ha cometido una infracción, frente a su víctima y a la comunidad.

La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones. En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades en relación a los factores económicos, sociales, morales que contribuyen al conflicto y la violencia. La justicia restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Resumen de un trabajo sobre los nuevos modelos para la administración de justicia de menores. Ana Luisa Prieto, Juez de Menores y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tomado de: <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/1049/article-10554.html>, 11 de junio de 2009.

La justicia restaurativa reduce en forma significativa los costos para el sistema de justicia, el proceso es muy simple y ofrece mayores oportunidades que la justicia retributiva para iniciar un proceso educativo con el menor porque frente a la víctima asume más responsabilidad por lo dañino de su acción.

El menor delincuente al encontrarse con otro como persona, comprenderá no tanto haber violado la ley, sino haber realizado una acción negativa desde el punto de vista humano, porque quien ha sido ofendido es el otro. La dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, se pone en total evidencia.

Si la víctima tiene delante de sí sólo el rol del delincuente y no conoce al autor de la infracción como persona, se fomenta el odio. Cuando la víctima conoce al culpable como persona, se reestructura su imagen, el odio y el temor difuso tienden a desaparecer.

La proporcionalidad expresada en la ley del talión de la tradición bíblica y el fundamento de la justicia restauradora, tiene en nuestros días su consagración oficial en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores conocidas como las Reglas de Beijing.

#### **1.4 Doctrina de la Situación irregular vs Doctrina de la Protección integral.**

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución, han hecho sus aportes y desde la colectividad han construido los conceptos fundamentales de una materia. Normalmente, en todas las áreas del derecho la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema. Lo que estimulando la pluralidad de puntos de vista asegura eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas. Los avances en la doctrina aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias.

Hechos, que son historia, muestran una seria preocupación por los **menores**, principalmente por los de conducta antisocial, pues se les ha considerado como seres incompletos, incapaces, dependientes y como objetos de una serie de medidas de protección para adaptarlos o readaptarlos a la sociedad. Ello justificó la elaboración de un régimen jurídico especial para menores que los protegiera, educara y tutelara, pues el menor ha sido considerado fundamentalmente como objeto de Derecho y no como sujeto que es.

GARCÍA MÉNDEZ resume esta situación bajo el rótulo de “una aberración jurídica” denominada doctrina de la situación irregular de la siguiente manera:

“Esta negación formal de los derechos fundamentales – incluyendo explícitamente las más elementales garantías constitucionales - es causa y consecuencia de una cultura de la incapacidad social, sobre la cual luego la incapacidad jurídica se sienta consensual y hegemónicamente.”<sup>15</sup>

Hasta 1989 todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la **doctrina de la situación irregular** cuyos precursores fueron los llamados Salvadores del Niño en Estados Unidos. Estos manifestaban que la conducta irregular del menor es casi siempre consecuencia de las fallas de los adultos. Esta conducta se enuncia, al asociarse en grupos para delinquir y en última instancia de concebirse a sí mismos como seres despartados. El menor por lo tanto no adquiere los elementos sólidos para su desarrollo psico-social y crece con una carencia de valores que raya en lo alarmante, estos menores pertenecen a una familia desintegrada, no cuentan con apoyo familiar y tienen precaria estabilidad económica en el hogar. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular.

Para explicar el origen de la misma VERGARA LUQUE en su libro *Régimen penal de la Minoridad*,<sup>16</sup> se basa en el sustento de que “...esta concepción se encontró en las teorías antropológicas del positivismo criminológico en pleno auge, que legitima el omnímodo control social del Estado con respecto al menor peligroso, ya que se persigue su propio beneficio. Es decir, lo tutelar en sentido de protección y lo correccional en el sentido de la curación, constituyendo una suerte de andamiaje sobre el que se montarían todas las políticas dirigidas hacia aquellos que se identificaron y clasificaron, como desviados, delincuentes, abandonados, desamparados, maltratados, es decir, aquellos sujetos que por una vida desgraciada o por una maldad natural, eran los peligrosos que representaban una amenaza hacia el reto de la sociedad y por ello debían neutralizarse...”<sup>17</sup>

Viéndolo desde un punto de vista histórico – lógico, que a nuestra manera de ver constituye uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión criminal y a su control social. En América Latina esta doctrina cobró fuerza y asombrosa persistencia bajo regímenes autoritarios, antipopulares, contrarios a las prácticas de la construcción de sistemas de inclusión social y alimentados de una tremenda subestimación y desprecio del derecho como elemento sustancial para la construcción de formas democráticas de la vida social.

---

<sup>15</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA Elías. “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en “Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral.”

Tomado de <http://iin.org.uy/La-legislacion-de-menores.pdf>, 10 de mayo de 2009.

<sup>16</sup> Para profundizar esta doctrina consúltese a: Vergara Luque José Antonio. Régimen penal de la minoridad: Nuevos paradigmas para la protección de la niñez y la adolescencia. – Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005. p11

<sup>17</sup> GUEMUREMAN, S y DAROQUI, A. *La niñez ajusticiada*. – Buenos Aires: Editores del Pueblo., 2001. p.9.

En esta etapa es donde GARCÍA MÉNDEZ<sup>18</sup> ubica el origen de la doctrina de la situación irregular. La niñez a pesar de salir de la esfera de los adultos, se le perfila como un ser sin autonomía e incapaz de comprender su entorno, para lo cual debe ser protegido tanto si se encuentra en situación de peligro moral o material como por sus conductas antisociales. Las medidas a imponer serán las mismas para el niño abandonado como para el infractor de la norma, en ambas situaciones deben ser protegidos.

Considera la doctrina que todo menor en situación irregular debe ser sometido a la justicia tutelar aunque no haya infringido la Ley Penal por considerarlo proclive a ello. En esta doctrina la protección legal y la protección social son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación irregular del menor era potestad de los jueces de menores. Además, legitima la acción judicial sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad.

Para este modelo el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual, afectivo y social. Entendiéndose una división al interior de la categoría infancia en niños, adolescentes y menores.

Los primeros tienen las necesidades satisfechas y los últimos constituyen el universo de los excluidos de la escuela, educación y salud. Considera que un menor abandonado moral o materialmente o en situación de peligro está en situación irregular.

Las leyes inspiradas en esta concepción criminalizan la miseria. Se institucionaliza a los menores por hechos que no constituyen delitos o faltas, sino por motivos vinculados a la carencia de recursos materiales.

Actualmente esta corriente tiene muchos enemigos; consideramos que de ella debe tomarse todo lo positivo que encierra. Quienes han tenido oportunidad de intervenir de una u otra manera en el proceso de administración de justicia de menores, pueden afirmar que en la conducta antisocial de estos infantes, es y debe ser visto como factor importante – definitivo, el papel que los padres desempeñan dentro de la familia, siendo la capacidad de imitación de los menores, determinante en su desarrollo.

Discurrimos también que el problema no está precisamente en la caracterización de la conducta irregular de estos como lo hace la referida doctrina, sino en la pretensión de sanar al menor sin hacer nada para modificar las condiciones del ambiente al que debe regresar, demostrándose casi siempre, en un altísimo y mayoritario porcentaje, que estos vuelven a las mismas situaciones y en muy poco tiempo retoman su conducta irregular.

La solución del problema no está en segregar al menor del contexto de la sociedad sino en saber exigir a tiempo y del modo más adecuado la responsabilidad de estos adultos frente a esas conductas

---

<sup>18</sup> Conferencia: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "Infancia y ciudadanía en América latina" en Opúsculos de Derecho Penal y Criminología No. 48, Córdoba. Ed Marcos Lerner, 1993 p.30

irregulares de sus hijos. No debemos olvidar “que aunque la tutela renuncie formalmente al castigo con el pretexto de que no es castigado sino tutelado y ayudado, este es sometido a la privación de su libertad personal”.<sup>19</sup> Se trata de no ahondar más en la tremenda paradoja que se ha presentado como un hecho común en la aplicación de esta doctrina: El Estado que no ha satisfecho las necesidades de incorporación del adolescente a la sociedad le pide cuentas sobre un comportamiento que generalmente tiene su origen en dicha insatisfacción.

La Convención de los Derechos del Niño, marcó sin dudas una ruptura radical en términos de enfoque jurídico, que tornó ociosa cualquier discusión que pusiera en duda la comprensión de de la categoría infancia – adolescencia como sujetos plenos de derecho.

Se comienza a erigir una nueva concepción basada en las legislaciones en las cuales a los menores, se les reconocen derechos propios y originarios desde su nacimiento. Los cuales deben ser respetados por los adultos para permitirles el desarrollo integral de su personalidad. Brindándoles las condiciones para ser ciudadano capaz de decidir su propio destino.

Esta concepción parte del principio de que el Estado reconozca en cada menor un ciudadano con valor en sí mismo como persona y que por lo tanto tiene el derecho al reconocimiento y a que se le garanticen todas las condiciones que son necesarias para su desarrollo.

Reconocida como la **doctrina de la Protección Integral**, la anteriormente mencionada concepción, hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo en la consideración del término infancia.

Su antecedente más directo es la Declaración de los Derechos del Niño. En ella se condensan:

- La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores.1985.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de Libertad.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riad.

La Convención 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 objetos de compasión y represión sino sujetos de derecho. En el artículo 13 de la Convención, por ejemplo, consagra el derecho que tienen los niños y adolescentes a ser escuchados, elemento este que tal vez sea el más innovador desde el punto de vista histórico<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> GARCÍA MÉNDEZ, E y CARRANZA E. El Derecho de menores como derecho mayor. Tomado de <http://iin.org.uy/El-derecho-de-menores.pdf>. 7 de enero de 2008. p.8

<sup>20</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del niño en su **Artículo 13** dispone:

Establece el principio fundamental de protección integral al niño y al adolescente y, en consecuencia, estatuye que toda interpretación que se haga de sus disposiciones debe orientarse sobre la base de este principio. Es definida por DE ARMAS FONTICOPA como “el conjunto de disposiciones, medidas, estrategias y políticas orientadas a proteger a los niños en su totalidad e individualmente considerados, de forma holista, y los derechos y garantías que dimanen de las relaciones que mantengan entre si con la familia, con los adultos, con la comunidad y con el Estado.”<sup>21</sup>

Para VERGARA LUQUE, “la protección integral es el conjunto de actuaciones y políticas integradas, desarrolladas por el Estado, la familia y la sociedad con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión se detecte, atendiendo en todo momento, al interés primordial del menor, procurando su integración familiar y social y elevando el nivel de vida en todos sus aspectos, en condiciones de libertad y dignidad y garantizando al niño el goce de los derechos individuales y colectivos y el ejercicio de las acciones indispensables para hacer exigibles del Estado, la sociedad y la familia sus derechos y garantías.”<sup>22</sup>

En esta doctrina el niño y el adolescente ya no son objeto de compasión-represión, sino son sujetos de derecho. Este instrumento legal pone fin a la confusión existente entre abandono y conducta irregular. Crea competencias separadas: una competencia administrativa, para las medidas de protección y una competencia de la jurisdicción para las leyes socio-educativas. Establece el cumplimiento de derechos y garantías individuales invocadas en las Constituciones, Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales.

Estatuye una edad mínima antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales.

Resumiéndola puede leerse un sencillo pero alentador mensaje en todos sus elementos, los menores objetos de compasión represión pasan a ser considerados como sujetos de derecho. El Estado les garantiza libertad de opiniones y que se les reconozca su legítimo interés y sugiere además que deben ser preocupación de todos los miembros de la sociedad. La infancia en riesgo, producto de las diversas situaciones de abandono, comienza y debe ser percibida como resultado directo de la omisión o inexistencia de las políticas sociales básicas. La asistencia no puede más ser cómplice de la omisión generalizada.

---

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluir la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral

<sup>21</sup> DE ARMAS FONTICOPA, Tania, ob.cit., p.215

<sup>22</sup> VERGARA LUQUE, José Antonio. Op. cit., p.35

Sin lugar a dudas esta nueva concepción se erige como un desafío a los diferentes cuerpos legislativos y pretende una protección jurídica y social. La Administración de Justicia de Menores no puede enfrentar el problema del menor infractor solamente con instrumentos judiciales, es necesario mantener un estrecho enlace con el sistema de protección social. Activarlo en un sentido democrático, depende en parte de una nueva conciencia jurídica que tímidamente se encuentra en proceso de formación. Enormes son todavía, los esfuerzos de difusión a ser realizados para su cabal comprensión por parte del mundo jurídico.

### **1.5 Referencia histórica al tratamiento de los menores con trastornos de conducta en Cuba.**

Dar protección a la niñez es proteger al hombre. Por eso a través de los siglos se ha tratado de no aplicarles a los niños las mismas normas que a los adultos. De haberlo hecho se habría ignorado el principio de tratar en forma desigual a los desiguales para que puedan ser iguales. Aún cuando su tratamiento se haya regulado en la mayoría de los casos de forma desigual.

En Cuba aunque no podemos partir de una legislación independiente a la jurisdicción penal encargada del tratamiento a los menores con trastornos en la conducta sí podemos inducir un breve análisis en los que a ello respecta. Así el Código Penal Español de 1870 que entró en vigencia en Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, en su artículo 8 señalaba a las personas que por razón de la edad era exentas de responsabilidad penal dividiendo esta en dos periodos: El primero comprendía a los menores de 9 años estableciendo la falta de responsabilidad como consecuencia de una presunción *juris et de jure* de falta de discernimiento y el segundo que comprendía a los menores que se encontraban entre los 9 y 15 años estableciendo la falta de responsabilidad como consecuencia de una presunción *juris tantum*. En este último caso cuando un menor realizaba un hecho con carácter de delito era necesario hacer una declaración previa de si obró o no con discernimiento, considerándolo en el primer caso frenado por falta de edad, apreciándose como una eximente incompleta y se disminuía la pena. En el segundo caso cuando obraba sin discernimiento se consideraba exento de responsabilidad y se entregaba el menor a sus familiares para que lo dirigieran y educaran; a falta de ellos eran conducidos a un centro destinado a la educación de huérfanos y desamparados.

Por orden Militar #271 de 1900, también conocida como Ley de beneficencia fue modificado el Código Penal Español de 1879 estableciendo cambios en los límites de edad y suprimiendo toda diferencia de discernimiento, exigiendo que el menor que tuviere de 10 a 16 años fuera llevado a un tribunal competente por la falta o crimen aunque hubiese actuado con discernimiento o no, ante lo cual el tribunal debía, a menos que a su juicio fuere más conveniente entregarlo al cuidado de un pariente o amigo que fuera capaz de mantenerlo y enseñarlo, permitir al menor hasta que cumpliera los 18 años a la Escuela Correccional hasta su formación. Cuba contaba en estos momentos con dos de las

mismas, situadas en Guanajay y Aldecoa para niños y niñas respectivamente, que estaban subordinadas a la Secretaría de Estado y Gobernación.

En el ámbito internacional los primeros pronunciamientos sobre la necesidad de la protección especial del menor fueron enunciados en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En Cuba con la entrada en vigor del Código de Defensa Social en 1938, se escucha hablar de una jurisdicción especial para menores que en la práctica nunca existió. Es el título segundo, artículo 37 b) el que hace referencia a una responsabilidad atenuada para los menores comprendidos entre 12 y 18 años, los que por disposición judicial eran enviados a reformatorios juveniles que funcionaban como verdaderas cárceles en las que se vislumbraban un agudo proceso de degradación y aislamiento social para estos, a través de la utilización de métodos coactivos y represivos muy similares a los empleados en las cárceles para adultos. Para aquel entonces existía un reformatorio en nuestro país, en Punta Brava, para varones de 18 años, donde los malos hábitos y el ambiente delictivo se hacía cada vez más arraigado.

De esta forma se sitúa al menor que ya ha cometido un hecho delictivo delito y se trata como estado peligroso por su condición excepcional de ser menor. En correspondencia con ello el legislador señalaba la aplicación de las medidas de seguridad enunciadas en el artículo 582. inciso d, apartado 1<sup>23</sup> y podrían ser tomadas por el juez o tribunal que conociera de la causa.

El Código de Defensa Social señalaba además como medidas tutelares para los menores delincuentes que no hubiesen sido reclusos en reformatorios y a los menores en estado de peligro las siguientes:

- Reclusión del menor en su domicilio.
- Pupilaje escolar.
- Reclusión del menor en lugar honrado o patronato.
- Hospitalización<sup>24</sup>

En la práctica realmente la única medida que se hacía posible llevar a cabo era la reclusión domiciliaria, pues en nuestro país, si bien no existían escuelas para la educación normal mucho menos contábamos con escuelas destinadas al tratamiento especializado del menor. En los

---

<sup>23</sup> El artículo 582.1 del Código de defensa Social se regulaba de la siguiente manera:

ARTICULO 562: inciso d. Igualmente podrá el juez o el Tribunal que conociera e la causa, durante la instrucción de esta decretar medida de seguridad que proceda si el presunto reo se encontrare en cualquiera de los casos siguientes:

1) Si fuere menor de edad

<sup>24</sup> Cfr. DE ARMAS FONTICOPA, Tania, Op.cit., p.226

patronatos, instituciones privadas de corrección de menores y los establecimientos especiales eran pocos y sin las condiciones mínimas creadas.

Esta política de tratamiento especializado al menor no se detiene. En 1940 la propia Constitución de la República se pronuncia a favor de esto, destacando en sus artículos 43 y 44 que tanto la niñez como la juventud cubana estarían protegidas contra la explotación, el abandono moral y material. En aquellos momentos este texto se revirtió en letra muerta.

Durante toda la etapa pre-revolucionaria no existió ningún programa organizado relacionado con la prevención de las conductas delictivas y antisociales de los menores. Las medidas adoptadas lejos de reintegrarlos a la sociedad los obligaban a mantener el status de antisocial.

Con el triunfo revolucionario para erradicar la situación hasta entonces imperante la naciente sociedad socialista debía crear una sólida base jurídica de protección a los menores y jóvenes acorde con los principios de la moral socialista.

De esta forma la Ley Fundamental de 1959 se proyectó a la creación de los tribunales para los menores de edad, sin embargo la Ley que debía promulgarlo nunca fue aprobada y los tribunales de lo penal continuaron conociendo los hechos delictivos cometidos por los menores, siendo también respaldada constitucionalmente.<sup>25</sup>

Tanto los casos de menores infractores como los declarados en estado de peligro, quienes eran presentados en juicio oral se llevaban a cabo con la presencia de los padres y sin publicidad, para así contribuir a que el mismo no significara un acto traumatizante para los menores. Los tribunales tenían la potestad de exigir responsabilidad a los padres o personas que tuvieran a su abrigo a los menores cuando estos incurriesen en desatención o descuido en la educación.

En el orden internacional, el 20 de Noviembre de 1959, se proclama por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 1386, la Declaración de los Derechos del Niño, que en su preámbulo, entre otros Considerandos, hay dos cuyo contenido resultan significativos para el tema que tratamos, que son el tercero que considera que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y el quinto que considera que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

En el propio año 1959 se crea en la isla, por Ley #49 de 6 de Febrero el Ministerio de Bienestar Social con el fin de prevenir la delincuencia juvenil, así como proteger, educar y asistir a menores con problemas de conductas. Se creó dentro del mismo la Dirección de Prevención y de Rehabilitación Social. En julio del mismo año se promulga la Ley #459 la cual reprimía la mendicidad de los menores abandonados, prohibiendo absolutamente el ejercicio de esta, bien sea por menores solos o en

---

<sup>25</sup> Cfr. DE ARMAS FONTICOPA, Tania, op.cit., p.227

compañía de adultos; en Septiembre de ese mismo año se dicta la Ley #547 que cambia la denominación del Instituto de Reeducción de Varones Torrens por la de Centro de Rehabilitación, lo que implicó cambios en las condiciones de vida y tratamiento a los menores, con posterioridad se promulga la Ley #548, a través de esta se crearon, adscriptas al Ministerio de Bienestar Social, instituciones dedicadas a la custodia provisional de los menores de 18 años que cometieran delitos y contravenciones.

Los centros de reeducación organizados por el MININT aparecen como instituciones que además de ofrecer condiciones materiales, incluyen técnicas de tratamiento a los menores transgresores con especialistas que junto a su nivel profesional tienen la misión de la comprensión de los difíciles problemas de estos adolescentes

En el año 1961 por Ley # 940 es creado el MININT cuyo principal objetivo era el de prevenir las transgresiones de la Ley de todo tipo. Posteriormente se le dio la responsabilidad de trabajar directamente con los Centros de Reeducción. En este mismo período desaparece el Ministerio de Bienestar Social asumiendo sus funciones el Ministerio del Trabajo y el MINED, este último abarcó entonces lo referido a menores con problemas de conducta antisocial o que ejercían la mendicidad, así como la tarea de rehabilitarlos. En 1962 es creado dentro de la estructura del MININT el Departamento de Prevención y seguridad Social que dentro de sus funciones tenía las de prevenir la delincuencia en menores. En 1964 se funda la Audiencia de La Habana siendo esta una sala especializada en menores que posteriormente desaparece con la Ley de Organización del Sistema Judicial. En ese propio año tiene lugar el primer fórum de orden público donde se plantea la necesidad de crear una Comisión de Prevención Social que significa el instrumento a utilizar por el Partido en el control de los planes de trabajo a desarrollar.

En 1966 se crea el Centro de Estudio de Atención y Orientación a Menores (CEAOM); en La Habana. Integrado desde el principio por especialistas dedicados a la actividad de menores gracias al vínculo de trabajo existente entre el MININT, el MINED y la FMC.

En 1971 comienzan a funcionar las Escuelas de Movimientos Juveniles las cuales organizaban, controlaban y promovían a los jóvenes entre 13 y 16 años que se encontraban subescolarizados. En ese propio año se constituye el Centro de Evaluación de Las Villas, las Comisiones de Evaluaciones regionales de Camagüey y la antigua provincia de Oriente donde se desarrolla además el Primer Encuentro de Evaluación y Reeducción a escala nacional que culminó con óptimos resultados dando lugar al surgimiento de las primeras normativas oficiales profilácticas. Desaparecen entonces el Departamento de Estudio y Prevención Social y las Comisiones de Prevención Social, de esta forma recae en la PNR el peso de esta importante tarea.

En 1972 se crea la Sección de Asuntos Juveniles que será la encargada de llevar a cabo el trabajo preventivo con los menores proclives a la comisión de delitos, contravenciones o que estuvieran en estado peligroso o algún índice de peligrosidad.

Durante el Segundo Evento Nacional de Evaluación y Reeducción, celebrado en 1963 es creado el Buró de la Sección de asuntos Juveniles en el que se propone una nueva estructura con la cual el trabajo profiláctico pasaba a cargo de la Sección Nacional de Investigaciones Criminales y se constituye la Sección Nacional de Evaluación y Reeducción.

La Instrucción 44 de 5 de Agosto de 1974 facultaba a los TPP y regionales para imponer la medida de internamiento a un menor en un Centro de Reeducción exigiendo además que se realizara la evaluación criminológica del menor atendiendo a sus características psicológicas por parte del Consejo de Evaluación Atención y Orientación a Menores.

En 1975 se elaboró el primer proyecto del Código de Menores el cual sentó las bases para individualizar la medida a tomar con el menor y su posterior incorporación a la sociedad.

De manera progresiva se fueron construyendo Centros de Evaluación y Reeducción en todas las provincias del país mostrándose así la preocupación del Partido y el gobierno por esta fundamental tarea de prevenir, reeducar e incorporar al menor a la sociedad.

El toque mágico a toda esta amplia labor legislativa lo constituyó sin dudas el Código de Familia Ley 1289 de 14 de Febrero de 1975 y el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por La Asamblea Nacional del Poder Popular el 28 de Junio de 1978.

En mayo de 1979 se promulga la Ley 21 Código Penal la que exigía responsabilidad penal a partir de los 16 años. En su disposición transitoria plantea: "Hasta tanto no se dicte una ley relativa a la responsabilidad de menores, los tribunales seguirán conociendo de los procesos incoados con mayores de 14 y menores de 16 años que revistan carácter de delito".<sup>26</sup>

Debemos señalar como primera diferencia con el Código de Defensa Social la variación en el límite para exigir responsabilidad penal que si bien el Código Defensa Social lo situaba a los 12 años, en la referida ley se enmarcaba a los 16 años, esta edad es el resultado de condiciones histórico-concretas muy particulares pues nuestros jóvenes se ganaron ese derecho a través de sus constantes muestras de heroísmo en la lucha, además ya en esta etapa existe cierta madurez tanto física como psíquica que le permite a los jóvenes discernir entre el bien y el mal, así como la posibilidad de enfrentar cualquier actividad que le impone la vida social. Pero no logra darle solución a este problema ya que todavía no se había logrado la legislación adecuada, disponiendo solamente que en forma transitoria siguiera aplicándose el Código de Defensa Social pero solo a los menores entre 14 y 16 años, dejando fuera a los Tribunales de menores de 12 a 14 años.

---

<sup>26</sup> Cfr. Ley 21 de 1979. Código Penal Cubano

En 1979 se dicta la Instrucción 79 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la cual deroga la antes dicha Instrucción 44 quedando reguladas las actuaciones contra personas mayores de 12 y menores de 16 años por medio de los que se determinaba la evaluación integral del menor, en caso de su omisión, el fiscal era el encargado de que estas diligencias fueran incluidas en los expedientes. Regulaba además la inclusión de los padres en la celebración del juicio oral, el que se desarrollaría a puerta cerrada.

Dentro de la Policía Nacional Revolucionaria existía un departamento que tenía la responsabilidad de evaluar y realizar el trabajo profiláctico no solo con el menor proclive o egresado del Centro de Reeducción, sino también con su medio familiar, además de servir como director metodológico de este Centro de Reeducción.

El Ministerio de Educación no quedó al margen de esta amplia labor legislativa sino que al interiorizar conscientemente el rol que le correspondía desempeñar en esta tarea, fue dictando paulatinamente sus propias disposiciones, ejemplo de ello lo constituyen las Resoluciones 441 y 480 de 1980.

Como punto culminante a esta actividad legislativa referida a menores tenemos la promulgación el 30 de Diciembre de 1982 del Decreto Ley 64 del Sistema para la Atención de Menores con Trastornos de Conducta, el que persigue como objetivo fundamental la reorientación o reeducación de estos menores, siendo rectorado este sistema por los Ministerios de Educación y el del Interior respectivamente.

## CAPITULO II ACTUALIZACIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES EN CUBA. EL PRINCIPIO DE LA DEFENSA, UNA REFLEXION JURÌDICA.

### 2.1 EI “PRINCIPIO DE LA DEFENSA” como parte integrante del debido proceso.

Como aclaramos al inicio de la investigación, para el abordaje de esta temática, se hacen imprescindibles algunas delimitaciones conceptuales. Necesarias y útiles, en la idea de conocer y reconocer las cuestiones tratadas.

Una primera aproximación del tema, no acerca a tres cuestiones primas, de inevitable definición en cuanto alcance y significado. **Principios, Derechos y Garantías**, son conceptos claves, que se manejan en el presente trabajo. Al tratarse de un análisis de procedimiento que se realiza y que definimos, a los efectos del presente estudio, en las siguientes líneas.

Se han de concretar los **Principios**, como aquellos fundamentos en los que se apoya el derecho. Dicho de otra manera, el conjunto de reglas que indican cómo y de qué forma, se van a materializar las garantías y los derechos de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. JUAN MENDOZA DÍAZ, en “Principios del proceso penal”, hace una acotación que nos parece pertinente señalar: *“los principios se ligan, mezclándose unos con otros y estos con derechos y garantías, de tal forma que en ocasiones resulta difícil identificar si de lo que se está hablando es de un principio procesal o de una garantía reconocida en el ordenamiento jurídico como derecho del acusado”*<sup>27</sup>

Reconocemos los **Derechos** como las facultades que posee el individuo, por ley, de disfrutar, exigir, hacer, disponer de algo. Pero no resulta suficiente que estos estén reconocidos en normas. Su ejercicio reclama el establecimiento de condiciones, instituciones y mecanismos que propicien su realización efectiva. En este sentido, es valido afirmar, que para el ejercicio y disfrute de los derechos deben existir las respectivas garantías.

Las **Garantías**, son por tanto, aquellos derechos inalienables que reconoce la Constitución a los súbditos de un estado, acorde a su realidad.

La norma en cualesquiera que resultare su fuero y con independencia de la materia o jurisdicción que abarque, se encuentra antecedida del principio esencialísimo del **Derecho a la Defensa**.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Mendoza Díaz, J. Principios del proceso penal, en “Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera Parte”, Colectivo de autores. – La Habana: Editorial “Félix Varela”, 2002 p. 51

<sup>28</sup> Sostenemos el criterio, que no se precisa, que el derecho a la Defensa no se vea vinculado solo, al derecho Procesal Penal. El ejercicio mismo de la acción contra determinada persona, sea natural o jurídica, lleva inmerso el derecho a expresarse, a que se le escuche, a que se valoren los postulados, principios y pareceres de cada persona contra quien se inicia un trámite legal, con independencia de la jurisdicción, órgano, tribunal o administración en que se verifique. Hay defensa en el demandado que ante la acción civil se le permite contestar la demanda. Hay defensa en el trámite administrativo y laboral al momento de alegar la parte su derecho a allanarse u oponerse a la pretensión. Así como existe defensa en la materia penal, donde no solo se manifiesta en el concreto acto de demostrar la presunta inocencia del reo o las circunstancias que concurren en el hecho, sino en la constancia y el seguimiento del trámite para garantizar la eficacia y legalidad del procedimiento y que se cumplan los postulados del debido proceso.

La ineficacia o inobservancia de este principio, sitúa a la persona objeto del trámite, en una situación de desigualdad frente al aparato estatal. Lo que justifica la necesaria habilitación de garantías que le permitan controlar y repeler, el posible ejercicio arbitrario del poder, que a fin de cuentas es realizado por el hombre, seres humanos susceptibles de errar.

Por ello compartimos el criterio de VÁZQUEZ ROSSI, al plantear “la necesidad de establecer garantías reales y operantes frente al poder radica, en última instancia, en que el hombre es un fin en sí mismo. Un sujeto fundamental de derecho. Que, antes de someterlo al castigo justo que este sea, deben agotarse todas las instancias para la exacta determinación de la imputación. Otorgándosele posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación. Y solo cumplidos estos requisitos, el pronunciamiento podrá ser conforme al derecho y la justicia.”<sup>29</sup>

Como establecimos en el Capítulo primero, el significado etimológico del término defensa, significa la oposición a un daño, o el rechazo a una agresión. Que en materia forense significa la oposición a una ofensa, que es racionalmente, el precedente necesario para la defensa.

El posicionamiento en la Doctrina, del derecho a la defensa, con respecto al resto de los principios, es evidentemente una tarea difícil, moviéndose conceptualmente entre práctica y doctrina, como principio – derecho – garantía. Parafraseando a MENDOZA DIAZ<sup>30</sup>, cuando hablamos de derecho a la defensa nos referimos al conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación, que dicho de otra forma, son en esencia, la exigencia de las garantías y los derechos derivados de los principios que rigen el enjuiciamiento penal. Recurriendo siempre a nosotros, la idea de verle como un Principio de Principios.

JOAQUÍN ÁLVAREZ LANDETE, en su estudio “*El Derecho a la defensa como derecho devaluado*”, constata que “el derecho a la defensa acompaña al ciudadano, reforzando los efectos del derecho a la libertad, constituyendo un derecho de la esfera individual frente a los poderes del Estado en el ejercicio del *ius poniendi*.”<sup>31</sup>

Cuba es un Estado de Derecho y así lo refrenda la Constitución de la República en el primero de sus postulados<sup>32</sup>. Lo consagrado en nuestra Ley Fundamental, constituye un principio que ha de aclimatarse a todas las esferas del derecho y el alcance de esta afirmación, no escapa a la justicia de menores. El reconocimiento pleno de todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes ha sido siempre, aunque inconclusa, una característica de nuestro sistema judicial.

<sup>29</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, LA Defensa Penal, Editores Rubinzal-Culzo9ni, 2da Edición,-- Argentina Santa Fé, 1996. p.55

<sup>30</sup> Ibidem p. 64

<sup>31</sup> ÁLVAREZ CÁNDETE, J. El derecho a la defensa como derecho devaluado, en Publicación Jueces Para la Democracia, España, Disponible en World Wide Web: <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/viiCongreso/comunicaciones.pdf>, 18 de abril de 2007. p.1.

<sup>32</sup> La Constitución cubana en su artículo No. 1 declara: “Cuba es un estado Socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.

La materialización de la defensa en el procedimiento, se encuentra estructurada mediante una serie de principios que aunque estén muy relacionados no pueden ignorarse ni confundirse en modo alguno. La doctrina cubana identifica su manifiesto, principalmente en el principio de Contradicción. Este constituye la antesala de todo proceso, mediante el mismo, se garantiza que el debate se presente como una contienda entre las partes<sup>33</sup>. Respetando la máxima, de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido.

Es criterio del profesor JUAN MENDOZA DÍAZ<sup>34</sup> que esta formulación para algunos ha de considerarse principio de Audiencia. No hay para ello otro motivo, que sea el de la estrecha interrelación que existe entre todos ellos, que produce diferentes denominaciones, pero en definitiva todos lo conciben como parte integradora del derecho a la defensa.

El principio de Contradicción es un manifiesto exponente del derecho a la defensa<sup>35</sup>, como lo es también el principio de igualdad<sup>36</sup>. Que muy estrechamente vinculado a la contradicción, condiciona que exista la bilateralidad mencionada en aquel postulado básico anteriormente citado.

MENDOZA DIAZ, considera que obligatoriamente no deben ser olvidadas, cuatro cuestiones fundamentales en el tratamiento del principio a la DEFENSA, de las cuales abordaremos 3, por la relación que tiene con el tema de la investigación, vale la pena mencionar:

- Adquisición del estatus de parte: que se resume en la obligación de informar al acusado desde el primer momento los cargos de la imputación y la posibilidad de hacer las alegaciones y descargos que considere necesaria a favor de su defensa. (Defensa material).

- El acceso a la justicia: entendido como la posibilidad real, no formal, de garantizar que el acusado pueda ser realmente oído durante todas las fases del proceso. Por sus medios o por representación especializada (Defensa técnica).

- Derecho a impugnar: que se asume como la posibilidad del acusado de poder impugnar todas aquellas decisiones que se adopten durante el proceso en general.

En conclusiones, este principio garantiza que las personas involucradas en el proceso, no sufran de discriminación y que mantengan las mismas posibilidades en cualquiera de las fases en que el mismo se encuentre. La Constitución Cubana lo refrenda de manera genérica en su artículo 59 y goza de un importante desarrollo legislativo en la Ley de Procedimiento Penal.

<sup>33</sup> Nótese que esta expresión en modo alguno, tratándose de justicia de menores, aspira que se interprete como lucha encarnizada, ardiente o lo que pudiera constituir un debate penal en un juicio ordinario. Sino una contienda en la lucha y la perseverancia constante por hacer valer y revelar, los derechos del defendido o las dificultades procesales que en detrimento del mismo ha acontecido en las actuaciones.

<sup>34</sup> MENDOZA DÍAZ, J. Principios del Derecho Penal, Universidad de la Habana, 2002 p-10

<sup>35</sup> Cuando se habla de derecho a la defensa se hace concretamente refiriéndose al conjunto de facultades en manos de la parte contra quien se esgrime la acción para repeler la imputación, las que en su mayoría no son otra cosa que la exigencia de las garantía y los derechos que se derivan de los propios principios de derecho, razón por la cual es constantemente recurrente el derecho a la defensa en muchos de los principios que impulsan el debido proceso.

<sup>36</sup> Al abordar el principio de igualdad, nos referimos a igualdad ante la ley, pero para ello, asumimos la máxima, que nos es posible hablar de igualdad ante la ley, cuando los hombres nos son iguales en la vida. Considerando, por tanto, que la pretendida igualdad no pasa de ser, como al decir de MENDOZA DIAZ, un desiderátum social.

Es este principio, además, expresión plena de lo que conocemos como debido proceso. Entendido, como la secuencia de actos que asumen la forma característica de proceso. Precedidos y reforzados por un conjunto de principios y garantías que tratan de asegurar el respeto a la persona humana y los derechos fundamentales.<sup>37</sup> El debido proceso, es por ende, un fundamento esencial en cualquier rama del derecho moderno y una exigencia que puede ser alimentada y enriquecida por todos los operadores del derecho.

Llegado a este punto, queremos esbozar, sucintamente, las condiciones y los conceptos, en las que se encuentra el menor infractor de la norma penal dentro del proceso, determinado por la legislación cubana que lo ocupa.

No existe margen a dudas que al instrumentarse el Decreto ley 64 su objetivo fue el de resolver la difícil situación en que se encontraban los menores. Remitiéndolos a un régimen especial, donde no confluyeran en él, las especificidades tenidas en cuenta para el de adultos.

Los fundamentos que inspiraron al legislador al promulgar el Decreto Ley 64, los resume el Dr. VEGA VEGA al decir que “la Revolución cubana ha dedicado cuantiosos recursos a asegurar la educación de las jóvenes generaciones, destacando la importancia de la familia, las organizaciones de masas y el Sistema Nacional de Educación”<sup>38</sup>

Con el decursar de los años la práctica ha demostrado que en cuanto a procedimiento al menor infractor de la norma penal, o con trastorno de conducta, nombre que ocupa en la letra cubana, a quien va encaminada esta legislación, no llega a permitírsele una posición dinámica en el proceso. Sino por el contrario, se mantiene retraído en posición conformista, ante las determinaciones o decisiones de los Consejos de Atención a menores.

---

<sup>37</sup> La tendencia moderna, a la paulatina eliminación del riguroso y formal trámite judicial va siendo asimilada en la mayoría de los sistemas de derechos. Encaminándose hacia una forma de impartición de justicia más moldeable. Menos estricta en cuanto a formalidades. Sentando las pautas en lo que se conoce como “Justicia negociada”. O sea, la intervención de las partes en el proceso, a los fines de solucionar el conflicto con la ayuda y comprensión de los implicados y resolver en correspondencia.

<sup>38</sup> Cfr. Decreto Ley 64. VEGA VEGA, Juan. Legislación Penal y Algunas regulaciones administrativas. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1984

POR CUANTO: La Revolución ha creado las condiciones para garantizar la formación multifacética de la niñez y la juventud y ha priorizado, al grado máximo, su atención, educación y salud. No obstante, persisten como fenómenos residuales, ajenos a la esencia del socialismo, manifestaciones y rezagos de conductas antisociales y desviadas que es necesario combatir tanto por la sociedad en su conjunto como por la familia.

POR CUANTO: La función de la familia en la formación de la conciencia de niños y jóvenes y en su actitud social es de importancia decisiva, por lo que los padres, tutores o personas a cargos de menores están en la obligación de velar por su comportamiento correcto y asumir, consecuentemente, la responsabilidad que corresponda.

POR CUANTO: El Estado, a través de sus diversos organismos e instituciones, trabaja por la aplicación de una acertada política educativa hacia la niñez y la juventud, en la cual la actividad de las organizaciones de masas, por su papel en la comunidad, influye decisivamente.

POR CUANTO: El Sistema Nacional de Educación tiene un papel destacado en la formación integral y multifacética de la joven generación, por lo que la escuela, en el cumplimiento de su encargo social, debe brindar atención especializada a los alumnos que presentan problemas de disciplina o de conducta y realizar cuantos esfuerzos sean necesarios para el desarrollo normal y la formación más correcta de todos los alumnos.

El procedimiento que existe para ello se basa fundamentalmente, en informarle que existe en su contra un expediente y que resultó decidida la medida que se adoptará. Sin que intervenga en lo posible nada ni nadie, a manifestar al menos si se considera, realmente y técnicamente infractor o en trastorno de conducta. Es el mismo proceder para la aplicación de una de las medidas más sencillas, como lo pudiera ser la atención individualizada en la propia escuela del Sistema Nacional de Educación donde pertenece, para la corrección de su conducta. O la atención por los Trabajadores Sociales o la Federación de Mujeres Cubanas, hasta las medidas de internamiento en un establecimiento de Reeducción del Ministerio del Interior.

La posición que ocupa, no obstante ser el motivo de su tramitación, hace que desde ese estado pueda solo recibir, aceptar, nunca oponerse a hechos o circunstancias que sobrevengan al mismo más allá de sus posibilidades, incluso de sus conocimientos. Sin que se le garanticen toda una serie de derechos inalienables, reconocidos en nuestras leyes de manera taxativa, entre ellos y quizás el más importante, el que ha sido enunciado y descrito en este epígrafe como DERECHO A LA DEFENSA. Esto nos convida a realizar un análisis crítico – constructivo, más profundo al articulado del Decreto Ley 64/82, en la idea de mejorar su letra. Pues entendemos y somos orgullos defensores de saber que su espíritu ha sido siempre, desde su constitución el de forjar una infancia mejor, para una Cuba mejor.

## **2.2 Actualidad del tratamiento a menores infractores de la norma penal en Cuba. Análisis crítico al Decreto Ley 64, limitaciones al Principio de la Defensa.**

El 30 de diciembre de 1982 se promulga en Cuba el Decreto Ley 64, que creó el sistema para la atención a los menores de 16 años que presentaran trastornos de conducta, manifestaciones antisociales, o que participen en hechos que la ley tipifica como delito. Dicho sistema responde a una concepción pedagógica integral y establece un procedimiento articulado, coherente y unitario, fundamentado científicamente.<sup>39</sup>

El Decreto Ley tiene como objetivo la reorientación o reeducación de esos menores y será regido conjuntamente por los Ministerios de Educación y del Interior. Recoge un sistema diferenciado de tres categorías<sup>40</sup> para atender a los menores, partiendo de la indisciplina o hecho que haya cometido, definiéndolos como:

<sup>39</sup> VEGA VEGA, Juan ob. cit p.10

<sup>40</sup> Cfr Artículo 2 del Decreto Ley 64/1982

Primera categoría: Menores que presentan indisciplinas graves o trastornos permanentes de la conducta que dificulten, dada la complejidad del desajuste, su aprendizaje en las escuelas del Sistema Nacional de Educación.  
Segunda categoría: ;menores que presente conductas disóciales o manifestaciones antisociales que no lleguen a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social, o que incurran en hechos antisociales que no muestren gran peligrosidad social en la conducta, tales como determinados daños intencionales o por imprudencia, algunas apropiaciones de objetos; maltratos de obra o lesiones que no tengan mayor entidad y

- menores que presenten indisciplinas graves o trastornos permanentes de la conducta que dificulten su aprendizaje en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación,
- menores que presenten conductas disociales o manifestaciones antisociales que no lleguen a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social, o que incurran en hechos antisociales que no muestren gran peligrosidad
- que sí tengan una elevada peligrosidad social, los que participen en hechos que la ley tipifique como delitos, los reincidentes en tal sentido que mantengan antisociales y evidencien índices significativos de desviación y peligrosidad social.

Regula la presencia de dos Consejos de Atención a Menores rectorados por el Ministerio del Interior y el de Educación. Estos son los encargados, de acuerdo al tipo de categoría en que ha sido ubicado el menor, de decidir sobre el tipo de medida a imponerle atendiendo al hecho cometido o a la conducta de estos. La composición del consejo que decide finalmente la ubicación del menor en las categorías (I) y (II), está compuesto por: el Director Municipal de Educación, el secretario del Consejo de Atención a Menores, el Director de la Escuela de Conducta, un miembro del Centro de Diagnóstico y Orientación (CDO) y una trabajadora social.

La Comisión Provincial de Atención a Menores del Ministerio del Interior que evalúa a los jóvenes está compuesto por: un equipo multidisciplinario. En este debe estar presente un psicólogo, que evaluará el comportamiento del menor.

Los menores vinculados al Sistema Nacional de Educación que estén contemplados en las categorías I y II son atendidos por la Escuelas de Conducta del Ministerio de Educación que tienen la modalidad de interna o externa. En el caso de los menores de categoría III y los de categoría II desvinculados del Sistema Nacional de Educación, son atendidos y controlados por el Consejo de Atención a Menores del Ministerio de Educación. Los que deciden entre otras medidas, el internamiento de estos en Centros de Reeducción de ese propio órgano. Estas medidas son de duración indeterminadas y depende su extinción de la evolución y progreso que experimenten los menores.<sup>41</sup>

Por su parte el artículo 10 refiere que cuando un menor arriba a la edad de 16 años durante su atención en una escuela de conducta del MINED, el Consejo Provincial de Atención a Menores podrá decidir que continúen en dicha escuela hasta los 18 años de edad si así lo exigiera su reorientación total. En este caso el Consejo de Atención a Menores del MININT podrá decidir la permanencia en un

---

Tercera categoría: Menores que incurran en hechos antisociales de elevada peligrosidad social, incluidos los que participen en hechos que la ley tipifica como delitos, los reincidentes en tal sentido, los que mantengan conductas antisociales que evidencien índices significativos de desviación y peligrosidad social, y los que manifiesten tales conductas durante su atención en las escuelas especiales regidas por el Ministerio de Educación.

<sup>41</sup> Cfr Artículo 4 del Decreto Ley 64/82

Centro de Reeducción bajo su dirección hasta los 18 años de edad, de los menores que cumplan 16 años durante su atención en estos centros y cuya reeducación no se haya completado.<sup>42</sup> Superponiéndose a la jurisdicción penal y excediendo sus límites al alcance la de la ley sustantiva.

El Decreto Ley 64 en su artículo 4, enuncia de forma taxativa los órganos que formarán parte de este sistema<sup>43</sup>. En el mismo no se recoge la existencia de forma alguna, de un órgano encaminado a defender las posiciones de los menores, pues no es llamado el Fiscal sino como invitado y no a representar sus intereses como ocurre en la materia civil.

El artículo 10 faculta al Consejo de Atención a Menores, de manera unilateral, a decidir<sup>44</sup> sobre la permanencia o no del adolescente en régimen especial de conducta al arribar a los 16 años de edad, hasta los 18 años y el 11, dispone que si el hecho que ha cometido reviste elevada peligrosidad, dispondrá de su internamiento en un centro para adultos<sup>45</sup> sin que exceda de 5 años. Confiriéndosele función jurisdiccional a los Consejos de Atención de Menores, que mantiene su posición preponderante con respecto al proceso. Decidiendo y actuando, sin posibilidad de intervención alguna del menor, representante o un abogado o fiscal.

Se conjugan en el Consejo de Menores de cada uno de los Ministerios, las funciones de juez y parte, ya que por sí conoce, investiga y resuelve. En estos casos la autoridad estatal, representada por los Ministerios del Interior y Educación, reemplaza la autoridad de los padres, al exigir disponer a su arbitrio y sin someter a consulta el futuro del menor. Creando para el mismo, una situación de

<sup>42</sup> Cfr. Artículo 10 del Decreto ley 64/82

<sup>43</sup> El Decreto ley 64 recoge en su ARTICULO 4: El Sistema, regido por los Ministerios de Educación y del Interior, comprenderá los siguientes órganos:

- a) Las unidades organizativas de los ministerios de Educación y del Interior de nivel nacional, a través de los cuales los ministerios respectivos dirigen fundamentalmente la actividad.
- b) Una comisión en cada provincia, subordinada al respectivo Comité Ejecutivo de la Asamblea del Poder Popular, y una Comisión en el Municipio Especial Isla de la Juventud, subordinada al Comité Ejecutivo Municipal, cuyos miembros no serán profesionales.
- c) El Consejo Nacional de Atención a Menores, subordinado al Ministerio del Interior.
- ch) Los consejos provinciales de atención a menores anexos a las direcciones de Educación de los órganos provinciales del Poder Popular y el Consejo Municipal de la Isla de la Juventud, anexo a la dirección de Educación del órgano municipal del Poder Popular.
- d) Los consejos provinciales de atención a menores y el Consejo Municipal de la Isla de la Juventud, subordinados al Ministerio del Interior.
- e) Los centros de diagnóstico y orientación, dependientes de las direcciones de Educación de los órganos locales del Poder Popular.
- f) Los centros de evaluación, análisis y orientación de menores del Ministerio del Interior.
- g) Las escuelas de conducta del Sistema Nacional de Educación.
- h) Los centros de reeducación del Ministerio del Interior.
- i) Los órganos de policía.

<sup>44</sup> Las Reglas de Beijing exigen la competencia para dirimir cuestiones de esta trascendencia

Regla 14. Autoridad competente para dictar sentencia

14.1 Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

<sup>45</sup> Reglas de Beijing en el artículo 26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

inseguridad jurídica, excediéndose en las funciones jurisdiccionales para lo que fue concebido en un principio.

La principal limitación que imposibilita la eficacia de un debido proceso y del principio de Derecho a la defensa, en el procedimiento de atención a menores infractores, parte de la carencia del status de parte del menor. La posibilidad de que este, a través de sus padres, en pleno ejercicio de la patria potestad, del propio Fiscal o de asistencia letrada acceda al proceso, es el primer derecho que ha de reconocerse al menor, al arribar al procedimiento instructivo de los Consejos de Atención a Menores. Es precisamente función del letrado o asesor legal, velar por los derechos del menor y expresar por medio de su discurso las razones de hecho y de ciencia que resulten más adecuadas para su representado.

No recoge el Decreto Ley 64, posibilidad alguna que se haga representar por un profesional para ninguna de las instancias del proceso. Y no hablamos en este caso de la lógica y racional defensa material, sino de la defensa técnica. La que garantiza que la ley se cumpla, permitiendo el consejo, la evaluación y la estrategia, realizada por un especialista, un profesional del derecho.<sup>46</sup>

El derecho a la defensa exige que la entrada en el proceso del titular no sea de un modo pasivo, sino efectivo, veraz. En la vida social actual, la afluencia de las partes al proceso, resulta ineludible. Debe surgir a partir de cualquier actuación o diligencia preliminar, en que se proceda a señalar a un menor con una conducta desajustada social, disciplinaria o infractor penalmente.

Una de las cuestiones que ayudarían a determinar el tratamiento a los menores dentro del proceso, o la entrada necesaria, de la representación letrada, podría ser el establecimiento de una edad mínima, antes de la cual se presumirá, que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales. Lo que atemperaría además nuestra legislación en su artículo uno, a lo establecido en el artículo cuarenta, apartado tres, inciso a, de la Convención sobre los Derechos del Niño. A nuestro modesto parecer, esta delimitación podría comprender la etapa posterior a los 12 años de edad. El Sistema actuaría entonces en la atención a las personas menores comprendidas entre 12 y 16 años.

El menor solo por tener una edad de la que no ingresa o se juzga por la jurisdicción penal, no puede ser objeto de marginación o de ignorancia en materia de derechos a la defensa<sup>47</sup>. Desde que

---

<sup>46</sup> Es necesario distinguir entre defensa material y técnica, la primera, es la ejercitada por la persona a quien se imputa una conducta, que implica la capacidad de intervenir en el proceso y realizar algunas actividades, hacerse oír o mantenerse en silencio, participar en algunos tipos de prueba e inclusive el derecho a la última palabra. La defensa técnica es la practicada por el abogado o el conecedor del derecho, la que resulta imprescindible para obtener mejores perspectivas de éxito, partiendo de que el conflicto que ha generado la imputación posee una trascendencia relevante.

<sup>47</sup> Una de las cuestiones que ayudarían a determinar el tratamiento a los menores dentro del proceso, o la entrada necesaria, de la representación letrada, podría ser el establecimiento de una edad mínima, antes de la cual se presumirá, que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales. Lo que atemperaría además nuestra legislación en su artículo uno, a lo establecido en el artículo cuarenta, apartado tres, inciso a, de la Convención sobre los Derechos del Niño. A nuestro modesto parecer, esta delimitación podría comprender la

una persona, conoce que existen indicios o motivos, para considerar que se iniciará un proceso en virtud del régimen de atención a menores con trastornos de conducta, se activa su Derecho a la Defensa. Ello supone la intervención, para alegar todo lo que pueda ser pertinente a su favor, o al derecho que crea asistirle. De modo que le permita ser un sujeto dinámico y no un objeto del proceso.

La idea de la despenalización de los menores infractores, o su sustracción de la esfera de competencia del Derecho Penal<sup>48</sup>, la cual nos parece acertada y coincidimos en entender como una de las conquistas más significativas de la Revolución en materia de minoridad, no debe confundirse con incapacidad para defenderse y expresarse. O con la completa supremacía de un órgano para disponer unilateralmente sobre un individuo, auxiliado de la supuesta incapacidad que constituye la edad, omitiendo su derecho a la representación letrada.

“No hay posibilidad de defenderse de algo que se ignora”,<sup>49</sup> por eso el conocimiento de la acción en su contra es un presupuesto de la defensa y debe surgir antes del momento que decide la medida a aplicar. Lo que dicho de otra manera, significa asumirlo desde el propio acto de la concepción de la idea de un enjuiciamiento del menor, que bien pudiera ser desde el momento que el Consejo de Menores recibe la notificación de su actuación. La legislación cubana de los menores con trastornos de conducta en este capítulo, limita, al menos textualmente, la información que tiene el menor y su familia sobre su concurrencia al proceso. No dedica ningún artículo a reconocer la posibilidad de realizar esta información previa,<sup>50</sup> sin embargo, tampoco la prohíbe.

El Decreto Ley 64, carece de una función informativa, debiendo existir la exigencia legal de que el menor se mantenga informado. Atendiendo siempre a su edad y madurez, asesorándole sobre el significado que cada fase del procedimiento y el sentido de las resoluciones. Para que pueda valorarse a sí mismo como persona, como ser humano y pueda desenvolverse con la responsabilidad propia de su edad, independientemente al conocimiento que de ello tuviera su representante o asesor legal.

---

etapa posterior a los 12 años de edad. El Sistema actuaría entonces en la atención a las personas menores comprendidas entre 12 y 16 años.

<sup>48</sup> Aún así, el proceso administrativo que se les realiza, a los menores en aras de demostrar su responsabilidad, no permite imputarle actos u omisiones que no están prohibidas por las Leyes nacionales e internacionales en el momento de su comisión. Para garantizar lo anterior se sigue tomando como patrón, el Código Penal vigente donde están preceptuadas las instituciones penales.

<sup>49</sup> LOPATEY ALVAREZ E. El Derecho a la defensa y el reforzamiento de las garantías para el imputado en la fase previa al Juicio oral. Trabajo de Investigación en opción por el título de especialista en Derecho Penal. Ciego de Ávila, 2007.

<sup>50</sup> Remítase a las Reglas de Beijín, a los fines de valorar lo contradictorio con la legislación universal. En su regla No. -7. Derechos de los menores

7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

Igual suerte corre el derecho a ser oído o escuchado<sup>51</sup>, que constituye el medio de defenderse frente a la imputación que se le realiza, exponiendo sus razones y criterios, dado que desde su posición pasiva, no se le permite esgrimir sus causas sobre las tachas de su conducta. Por ello el principio de defensa se restringe. Esto se debe, a que en no pocas oportunidades, tanto los trastornos de conducta como las infracciones penales, (en el caso de la minoridad) son generados de acciones o situaciones condicionadas.

Que no son realmente tipicidades conductuales del mismo, sino que constituyen reacciones ante determinadas influencias externas que no se le permite acreditar en el proceso, desde su propio y particular punto de vista. Esta acción esclarecedora corresponderá al Consejo, que nuevamente doblará como juez y parte.

En cuanto al tratamiento de menores, que hubiesen participado en hechos intencionales, que figuren en el Código Penal y representen alta peligrosidad en su agente activo, al alcanzar los 18 años de edad, el Consejo Provincial de Menores podrá adoptar si la persona presenta aún, un índice significativo de peligrosidad social. Adoptando una medida de internamiento en un centro para mayores,<sup>52</sup> que no podrá exceder de 5 años, según se establece en el Ordinal No 11 del Decreto-Ley.<sup>53</sup>

La vigencia de tal pronunciamiento, que de hecho se aplica de la forma regulada, se encuentra en total contradicción con las normativas internacionales que refrendan que los menores no podrán internarse en centros para adultos. Ha de encontrarse una vía a interés estatal, para crear centros destinados al cumplimiento de estas medidas, relativas a hechos significativos de la tercera categoría. Permitiendo una desvinculación del régimen penitenciario de adultos, que fue dispuesto en las Reglas de Beijing y adoptados como disposición de rango internacional.

En el artículo 20, se regulan las medidas de reorientación<sup>54</sup> que se impondrán, consistentes en:

- Internamiento o asistencia obligatoria a una escuela de conducta regida por el Ministerio de Educación o internamiento en un Centro de Reeducción del Ministerio del Interior.
- Internamiento obligatorio en un centro asistencial del Ministerio de Salud Pública.
- Obligación de tratamiento médico ambulatorio.
- Vigilancia y atención por el Ministerio del Interior.
- Vigilancia reforzada de los padres y tutores o de los que tengan a su cargo al menor.

<sup>51</sup> Las reglas de Beijing. 14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.

<sup>52</sup> Al respecto las Reglas de Beijing disponen: 26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

<sup>53</sup> Cfr. Artículo 11 del Decreto ley 64/82

<sup>54</sup> Cfr. Artículo 20 del Decreto Ley 64/82

- Atención individualizada en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación encaminada a la corrección de la conducta sin necesidad de internamiento en las escuelas especializadas.
- Ubicación del menor como aprendiz de oficio en una unidad laboral de acuerdo a las exigencias de la legislación laboral vigente.
- Atención por trabajadoras sociales de la Federación de Mujeres Cubanas.

Este artículo recoge una gama de medidas las que pueden ser aplicadas de manera múltiple o individual por el Consejo. Sin embargo, estas medidas no poseen término o duración, es por ello que el menor ve limitada su posibilidad de defenderse del proceso y no conoce nunca a ciencia cierta cuánto tiempo se encontrará en el régimen. Así refleja el artículo 22 que el término del internamiento se debe a los progresos del menor dentro del centro y que esto será valorado por especialistas. Prevé las mismas medidas para los menores transgresores de la ley penal, que para aquellos que mantienen una conducta desajustada y ambas se cumplen en igualdad de condiciones y en similar régimen. Existen así, niños que han sido objeto de aplicación de medidas de internamiento, tanto por problemas de índole social o disciplinario, al realizarse con un tratamiento y un procedimiento indiferenciados.<sup>55</sup>

Somos del criterio, sin que signifique un retroceso ni parezca contradictorio, que deben incorporarse a los Tribunales de Justicia como integrante del Sistema. Ya sean tribunales de Familia, de Menores o como quiera designársele, con la atribución o función de conocer en recursos de apelación la impugnación de las decisiones de los Consejos Provinciales de Atención a Menores, esto ofrecería más garantía, equidad e imparcialidad a las medidas tomadas. Significando que solo sería en los casos en que se adoptara la medida de internamiento en un centro de reeducación del Ministerio del Interior. Siendo determinante la participación del tribunal, para acordar una medida de internamiento en un centro para mayores, en los casos de menores que hubieren participado en la comisión de hechos intencionales que figuren en el Código Penal y que representen de alta peligrosidad en su agente activo, y al alcanzar la edad de 16 a 18 años, todavía estuvieren sujetos a una medida de las previstas en el Decreto. Ajustándose más a lo establecido en el artículo 59 de la Constitución de la República, cuando plantea que: *“nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen”*.

Por otra parte, las medidas aplicadas por el correspondiente Consejo, son de obligatorio cumplimiento según el artículo 21, no reconociendo la posibilidad de impugnar la decisión adoptada. Se procede a su inmediata ejecución de manera obligatoria, so pena que los padres, de incumplirla,

---

<sup>55</sup> Friele, Guillermo E. *“Disposición tutelar VS Protección Integral de los Derechos del Niño”*. Tomado de ([http://www.eniacsoluciones.com.ar/trragni/doctrina/menores\\_2](http://www.eniacsoluciones.com.ar/trragni/doctrina/menores_2)), de mayo de 2009.

incurran en el delito de Desobediencia, prevista en el artículo 159.1 del Código penal.<sup>56</sup> El derecho a sentirse inconforme con una decisión forma parte del imperio de la legalidad, la restricción de hacer uso de ese derecho de inconformidad, formalizado a través de un recurso, limita el derecho a defenderse dentro del proceso y el apercibimiento de incurrir en delito de Desobediencia. Siendo expresión de la unilateralidad del procedimiento.

Los menores internos, serán evaluados periódicamente, con el fin de que los Consejos Provinciales de Atención a Menores determinen la sustitución de las medidas de internamiento por otras distintas, o su cesación conforme al artículo 25<sup>57</sup>. Siempre la modificación o el cese de la medida, va a originarse a instancia del Consejo, nunca a instancia del menor o su familia.

Antes de concluir este epígrafe, que desde su propio nombre, supone un análisis crítico al Decreto en cuestión, no queremos dejar de mostrar tácitamente el espíritu de su redacción. Pues no hemos pretendido con este, ni hacer una apología de este texto legal, ni tampoco una crítica a ultranza. Solo clarificar las cuestiones que a nuestro entender, resultan inconclusas y perceptibles a mejoramiento y superación. Que sirva además, a la sazón de esa investigación, para demostrar la tesis planteada. Si en algún momento incurrimos en lo que no pretendimos, será porque el análisis y exposición del tema así lo exigió.

### **2.2.1 La Convención de los Derechos del Niño en Cuba. Lo dicho y hecho, en la protección<sup>58</sup> a los menores infractores de la norma penal.**

Cuba ha establecido un sistema de protección propio, en el que su mayor garantía consiste en la Despenalización, aunque tengamos al Código Penal como un patrón de conductas disociales.

Nuestro país estableció la mayoría de edad penal a los 16 años, atendiendo a la cultura y contexto histórico. No obstante, la ley especial de menores establece la posibilidad de atención hasta los 18 años.

Se toman en consideraciones las garantías señaladas en la Regla no. 7, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, entre las que se destacan: presunción de inocencia, derecho a que se le notifiquen las medidas, derecho a no responder, derecho al asesoramiento, presencia inmediata y constante de los padres en todo el proceso, derecho a la apelación ante autoridad superior. No realizándose aquellas que hemos considerado que el menor

---

<sup>56</sup> El SEGUNDO PARRAFO del artículo 21 del decreto ley 64 literalmente dice así: Cualquier oposición de los padres, tutores u otras personas que tengan bajo su cuidado a menores al cumplimiento de una medida u otra disposición de los órganos del Sistema constituirá delito de desobediencia, formulado en el Artículo 159.1 del Código Penal.

<sup>57</sup> Cfr. Artículo 25 del Decreto Ley 62/82

<sup>58</sup> Cuando nos referimos a protección, lo hacemos en este caso, estrictamente refiriéndonos a la protección legal y a los mecanismos que la justicia de menores ha creado al efecto. Lo aclaramos porque el término "protección" es muy amplio y en el caso específico de Cuba está estrechamente ligado a conquistas de la Revolución, en su lucha por la justicia y la igualdad social. Algunas de las cuales serán referenciados en acápites posteriores.

pueda sentirse en desventaja, sea dañado psíquica o moralmente. No se practican por tanto pruebas que puedan estigmatizarlo.

Los procesos se realizan sin dar información a terceras personas de tipo alguno, ni acceso a los expedientes ni otros documentos, solo a los funcionarios que intervienen necesariamente en la investigación y procesamiento. Tampoco se realiza publicación en la prensa sobre su conducta, hecho o tratamiento que reciben los menores en particular.

Los reglamentos complementarios al Decreto Ley 64/82 exponen claramente la prohibición de retener en calabozos a los menores, solo excepcionalmente se retendrán en locales separados de adultos y con tratamiento diferenciado a aquellos que por la gravedad del hecho cometido no puedan restituirse, no excediendo de 24 horas.

Existen los Oficiales de Prevención encargados de brindar el tratamiento directo a los menores y sus padres, con especialización profesional desde la detección de conductas agravadas de menores, no requiriéndose de la intervención de agentes de policía de forma directa. Además, el proceso de instrucción de los menores que participan en hechos, que la Ley tipifica como delitos, los realizan Instructores designados y especializados para ello.

La Prisión Provisional no se aplica en el Sistema cubano, por la propia despenalización, los menores solo se internan para su evaluación por un período que no exceda de 45 días en los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores.

Los Consejos de Atención a Menores del Ministerio del Interior son los órganos creados para decidir sobre los menores procesados. Incluso cuando se considera archivar la denuncia por la escasa entidad de los hechos y la buena conducta anterior del menor, los Consejos de Atención a Menores del Ministerio del Interior realizan un análisis para supervisar la objetividad de dicha decisión.

A los menores, al ser procesados, durante la investigación se les realiza con los propios padres y otras personas cercanas, una Historia Social que recoge todos los elementos desde el embarazo de la madre hasta el momento de la investigación, lo cual facilita el desarrollo del propio dictamen psicopedagógico y jurídico que se realiza de su personalidad.

Los Consejos, les disponen medidas a los menores de acuerdo en primer lugar a la conducta del menor, no se analiza el hecho en que participó como algo aislado y sin dejar desprotegida a la sociedad, se aplica solamente el internamiento como última alternativa, teniendo siempre en cuenta el bienestar superior del mismo.

No están concebidas en nuestra legislación, penas a los menores de tipo alguno y mucho menos la pena capital. Además, se prevé la anulación del proceso como facultad del Consejo Nacional cuando corresponda.

La Ley especial de Menores, prevé una amplia gama de medidas que van desde la vigilancia Reforzada por los padres, el Tratamiento Médico Ambulatorio, la Atención Individualizada en la propia Escuela, Atención por la Trabajadora Social de la Federación de Mujeres Cubanas, Vigilancia y Atención por el Ministerio del Interior, Internamiento o asistencia a Escuela de Conducta del MINED, el Internamiento en Centro Asistencial del Ministerio de Salud Pública, hasta Internamiento en Centro de Reeducción de Menores.

Los registros establecidos por los Consejos de Atención a Menores y demás instituciones del sistema, se utilizan estrictamente de forma administrativa por los funcionarios u operadores del mismo. No se emite documento o certificación alguna para el sistema penal, ni otra institución u órgano ajeno a la atención a menores.

La reincorporación del menor no se concibe sin que éste se supere culturalmente o se prepare en un oficio y se le brinde asistencia económica u de otro tipo no solo a él, sino, a su medio familiar en general, para lo cual el sistema tiene coordinaciones con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que permiten en cada nivel dar respuesta a las problemáticas al respecto.

La Ley concibió la medida de Atención por las Trabajadoras Sociales de la Federación de Mujeres Cubanas, las cuales han jugado un papel muy importante en la atención comunitaria del menor en todos estos años, de forma plenamente voluntaria. Asimismo, en la comunidad trabajan con los menores, muchas otras personas, por designación de organizaciones sociales y de masas. De esta forma se cumplen uno de los principios generales, que posteriormente fue incluido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijín), en la idea de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, adoptándose medidas que involucran a la familia, la escuela y otras instituciones de la sociedad

Los Centros de Reeducción de Menores en nuestro país son instituciones especializadas en el tratamiento de esta categoría de personas, teniendo como principal objetivo la preparación y superación de los menores, así como recibir el tratamiento facultativo que requieran. Estos además, de acuerdo a la matrícula de estas instituciones y las posibilidades existentes se separan por categorías, sexo y edades.

Aún cuando se disponen las medidas de internamiento como última alternativa, éstas pueden ser modificadas por el propio Consejo que la dispuso o el nacional en el momento que estime conveniente, partiendo del bienestar del menor y continuar su atención en la comunidad o cesar la misma.

Consideramos que Cuba tiene una serie de instituciones que constituyen el sistema intermedio, entre las que se encuentran escuelas especiales tanto internas como externas, Hogares de niños sin amparo filial, estructurados de acuerdo al tipo de enseñanza y edades, becas etc. Además, los

menores reciben una atención o seguimiento posterior a su egreso de las instituciones donde fueron internados a fin de garantizar su reincorporación social.

La realización de investigaciones, en cuanto a los menores, son realizadas, por los integrantes del sistema de menores, es decir, las instituciones y órganos que intervienen en él, y se suman muchas otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales, lo cual permite evaluar las políticas y trazar estrategias efectivas para su atención y prevenir tales conductas, así como las tendencias emergentes en tal sentido.

Es incuestionable la posición de principios de nuestra Revolución durante todos estos años y los esfuerzos que ha realizado el país en la protección de la niñez y la adolescencia. Esto no es un asunto nuevo, sino ha sido una práctica de la Revolución Cubana. En la Constitución se recogen en el artículo 40; pero también en el Código Civil, que data de 1987; el Código de la Familia, del año 1975 y en una época tan temprana y un código tan avanzado para ese momento, como lo fue el propio Código de la Niñez y la Juventud, que data del año 1978. Hay una idea básica, y es que la propia obra de la Revolución es la garantía principal de la niñez y la adolescencia en Cuba.<sup>59</sup>

### **2.3 Necesidad de considerar al menor como sujeto del proceso en el sistema de atención a menores infractores de la norma penal, para garantizar el derecho a la defensa**

El reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los niños y adolescentes y sobre todo, de una capacidad progresiva para ejercerlos, impone que sean reconocidos como sujeto pleno de esta institución. Este sería el principal avance hacia una nueva protección, a fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Entendiendo que, *“la verdadera y plena protección de los niños significa que estos pueden disfrutar ampliamente de sus derechos.”*<sup>60</sup>

Para lograr la transformación de “objeto” a “sujeto” de derecho, en el niño y adolescente, se precisa, en el proceso de estudio, una imperiosa transformación en sistema. Que sería posible lograr, partiendo del reconocimiento del status de parte del menor y la materialización del Derecho a la defensa.

Desde el momento en que fuere considerado parte el menor en el proceso, se le reconocería toda una serie de garantías dentro de este, que le permitiría una activa participación en el mismo. Permitiéndosele acceso a las actuaciones y una permanente información, nacida el momento mismo en que decide iniciarse el trámite investigativo por la infracción de la norma o el trastorno de la conducta, hasta el decursar de toda la tramitación. Otorgándole la posibilidad de ser escuchado, de que pueda expresarse oponiéndose o negando los hechos o encontrarse parcialmente de acuerdo

<sup>59</sup> Ver en ANEXO 4. Sistema de centros de educación en Cuba. La fortaleza principal de nuestro sistema y nuestra apuesta mayor será siempre a encontrar en la educación y la cultura el método de métodos, en la lucha la búsqueda de una sociedad superior. La infancia y la adolescencia son su fin supremo.

<sup>60</sup> Véase, Corte Interamericana de los derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002 sobre la condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.

con ellos. De cualquier forma a expresar lo que considere pertinente en relación a las actuaciones. Suponiendo siempre, la comunicación expresada por medio de notificaciones, en cada una de las fases del proceso. Con las formalidades legales que implica este tipo de comunicación y con el derecho a designar un profesional de las leyes que le represente.

Una vez en designado el letrado director, llamémoslo así, pudiera comprender entre sus funciones principales, la de la aportación de la prueba. Bajo su conducción, podría traer al proceso elementos importantes para la consecución de una decisión justa y equiparada. Ejercitándose el derecho del menor a defenderse y contrarrestar la acción en su contra. Así se garantiza la protección estatal sobre el menor, a través del órgano creado, quien a su vez debe respetar los derechos y garantías reconocidos tanto en el orden civil, penal, físico o de cualquier carácter. Observándose también, los principios y normas del debido proceso, que incluye desde el derecho a un juez natural, competente, independiente e imparcial, hasta el derecho a la doble instancia, la presunción de inocencia, la contradicción y la defensa.<sup>61</sup>

En esta lid, se permitiría acceso a recursos, según el trámite, dentro del proceso contra resoluciones de mero trámite. Que serían resueltos en la propia instancia y contra la resolución que haga definitivo el mismo, en una segunda instancia de carácter territorial. Se precisa que exista término para la imposición de cada medida, así como para la facultad de prorrogarla, la que debe ser previa aprobación del órgano jurisdiccional especial que la emitiera, con intervención además, del letrado defensor.

### **2.3.1 El Decreto Ley 64 y Ley de Procedimiento Penal. Apuntes para una simbiosis.**

El Decreto Ley 64, descansa su base en los principios y patrones vigentes en el Código penal, que preceptúa sus instituciones. El Decreto Ley, tiene la capacidad además, de resumir en su texto las cuestiones que de carácter sustantivo identifican los esquemas que el derecho reconoce como infracciones y desviaciones conductuales. Pero esencialmente constituye una norma que pretende ir más al proceso, al sistema de acciones y procedimientos para la aplicación de las propias cuestiones Sustantivas.

En una analogía lineal, y sin que esto suponga una inconformidad al concepto de despenalización de la atención a los menores en Cuba, vemos en el Decreto Ley 64, contradicciones con la Ley de Procedimiento Penal, aplicada a mayores. Teniendo sí, el DL 64, un alcance más amplio, en lo sociológico, lo civil y lo familiar. En esta misma lógica, y enfrentándola a la discusión de la Protección del Principio de Defensa, podríamos establecer premisas para una simbiosis necesaria, entre ambos textos legales. En la idea de reconstruir generales sobre la aplicación de este principio a los menores, a partir de los avances, reflejos y referencias en el procedimiento de los mayores para

---

<sup>61</sup> Consúltase a VERGARA LUQUE José Antonio. Imputabilidad o inimputabilidad penal. Santiago de Chile. Ediciones jurídicas Cuyo, 2001, Capítulos IV. V y VI.

ello, que recurrimos a la Ley de Procedimiento Penal, solo en el concepto de entificar, los elementos de avanzada que en cuanto a proceso y defensa del Principio esta refleja. Nunca con el fin de sustraer a los menores de su sistema despenalizado, extirpado de la competencia del Derecho Penal, que coincidimos en entender: una conquista irrefutable. Para ello nos referiremos brevemente, al reflejo del derecho a la defensa en la LPP, con el fin de enriquecer la tesis de su presencia y fortalecimiento, en el procedimiento de menores. Levantando así también el tratado y maltratado, principio de igualdad<sup>62</sup>.

En Cuba el derecho a la defensa tiene un amplio desarrollo legislativo en la Ley de Procedimiento Penal. MENDOZA DÍAZ,<sup>63</sup> establece para ello dos momentos identificativos.

1ro: Durante la Fase Preparatoria, donde la presencia del principio inquisitivo, asegura y garantiza su aparición, en los artículos que garantizan determinadas actuaciones y formas de proteger puntualmente los derechos del acusado.

2do: Durante la Fase del Juicio Oral, en el que el “imperio absoluto del principio acusatorio”, asegura constantes menciones que amparan el principio de contradicción para ambas partes del proceso.

En el propio texto de MENDOZA DÍAZ, se reflejan de manera ilustrativa, momentos de la fase preparatoria, en las que se acude a este derecho. Véanse en este, reflejos necesarios para la reformulación del procedimiento de menores, en la defensa de este principio, que sostienen las tesis defendidas durante la redacción del epígrafe 3.2.

En la primera comparecencia, está el derecho de ser informado pormenorizadamente de los hechos que constituyen la imputación contra él formulada, la persona que realiza la acusación en su contra y los cargos que se le dirigen. Se le instruye del derecho que le asiste para prestar declaración en ese momento o cuando lo estime pertinente, y la posibilidad que tiene de guardar silencio. En su declaración el acusado podrá expresar todo lo que estime en favor de su defensa, de lo cual se tomará registro documentado.<sup>64</sup>

La defensa técnica está asegurada a partir de la presencia del abogado defensor en el proceso. Este está obligado a contribuir con su actuación, en favor de la situación procesal de su defendido. Tiene el derecho durante la fase investigativa a entrevistarse con su representado si se encuentra detenido, a examinar los documentos que conforman las actuaciones investigativas. Así como a

---

<sup>62</sup> Entiéndase, no solo por la igualdad ante la ley o ante la misma ley. Repetimos que no se trata de remitir a los menores al mismo sistema de los adultos, cuestión que ya hemos llegado a un acuerdo histórico. Sino entiéndase por el fin supremo de igualdad de posibilidades y oportunidades, manifiesto ante la Ley.

<sup>63</sup> Mendoza Díaz, J. Principios del Proceso Penal, en Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I (Colectivo de Autores). – La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. p. 66

<sup>64</sup> Cfr. Artículos 160 – 166 de la LPP.

proponer pruebas, presentar documentos y solicitar la revocación o modificación de la medida cautelar impuesta a su representado.<sup>65</sup>

El principio está presente también en momentos en que determinadas actuaciones de investigación, exigen la presencia del imputado y de su abogado defensor, teniendo en cuenta la trascendencia que dichas diligencias tienen para la fase del juicio oral. Por ejemplo la *inspección en el lugar de los hechos*,<sup>66</sup> o con la denominada prueba anticipada, en cuyo caso se garantiza igualmente la presencia del acusado y su abogado, los que podrán hacer uso de todos los medios que la Ley permite en el interrogatorio de la persona que comparece como testigo.<sup>67</sup>

Entendiendo el “proceso”, como sucesión consciente, de actos tendientes a la consecución de una pretensión expresada en el Derecho. Asumiendo también, consecuentemente, que la pretensión mayor del nuestro, expresada en su Constitución, es la lucha por la dignidad plena del hombre y que esta dignidad se traduce en el disfrute de los derechos, principios y garantías esenciales. Es que hemos querido ilustrar, con el fin de perfeccionar, las ideas que nos conducen a defender la necesidad de considerar al menor como sujeto del proceso. Con el fin supremo de a garantizar el derecho a la defensa.

Lo hacemos, no buscando el saldo de artificialidad, formalismo y normatividad, que han acompañado muchas veces, la discusiones que acercan la justicia de menores al derecho penal, sin constatar la eficacia de su aplicación, frecuentes en los Sistemas de Justicia Juvenil más modernos. Sino que lo hacemos únicamente, pretendiendo perfeccionar cada vez más nuestro sistema de atención a menores, en su letra y espíritu, y en la perfección de su procedimiento. Bajo el imperio del derecho, la ética y la Justicia.

#### **2.4 Lecturas al anteproyecto de actualización, de la legislación de menores con trastornos de conducta e infractores de la norma penal.**

Signataria de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Cuba revisa actualmente, su legislación especial para menores. Desarrollándose un proceso de renovación y reformas del vigente Decreto Ley No 64/82 del sistema para la Atención a Menores con trastornos de conducta. El mismo que prevé la atención a menores de 16 años que presenten trastornos conductuales, manifestaciones antisociales, lleguen o no a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social, o participen en hechos que la Ley tipifique como delitos.

Como vimos anteriormente, no resulta ajena la necesidad de cambios y se han pretendido realizar acciones que nunca han llegado a vías de hecho. En el año 2007, se reunió una comisión multidisciplinaria para incorporar modificaciones. La misma recoge nuevos términos como de menores

<sup>65</sup> Cfr. Artículos 249 y 250 de la LPP.

<sup>66</sup> Cfr. Artículo 132 de la LPP.

<sup>67</sup> Cfr. Artículo 194 de la LPP.

en “riesgo social”, en “desventaja social” y los que su actuar es consecuencia de factores de carácter familiar.

La propuesta de modificación del Decreto ley 64 fundamenta las disposiciones de la nueva legislación en principios esencialmente educativos. De modo tal, que las normas y medidas se basarán en la aplicación de tratamientos especializados de carácter pedagógico, psicológico, psiquiátrico, jurídico y social. Dirigidos a la modificación del comportamiento inadecuado, en el medio social, escolar, y familiar con la participación de los organismos y entidades correspondientes.

Según refiere, considera menores en “riesgo social”, los que se encuentren en estado de desamparo de sus padres, al no ocuparse éstos de su educación, cuidado y alimentación. Los que habitualmente se dedican a deambular o pernoctar en la vía, sin dirección o destino determinado y los “asediantes”, que se encuentran en desventaja social. La propuesta amplía su espectro de competencia hasta los 18 años de edad.

La misma excluye el criterio de administración de justicia y separa de cualquier tipo de acción jurisdiccional el tratamiento a este tipo de menores. Por lo que persisten las mismas limitaciones en cuanto a defensa se refiere.

Esta singular categorización, de incluir ya dentro del sistema, no como la prolongación de la medida que otrora resultara a los comprendidos entre los 16 y 18 años de edad, implica un cambio estructural y radical a la legislación penal sustantiva. Donde reconoce la edad penal a partir de los 16 años de edad.<sup>68</sup> Por lo que implicaría una situación de derecho, en la cual el joven o adolescente se encontraría en virtud de una misma acción. En un conflicto de leyes, generado de la necesidad de definir, cuáles acciones transgresoras recaerían por el procedimiento ordinario de adultos en materia penal y cuáles serías aplicables por la acción administrativa en materia de menores transgresores.

No obstante presenta avances a criterio de este autor que no pueden ser ignorados:

- Especifica que las decisiones tienen que tener forma de Resoluciones. Lo que resultaba imprescindible por tratarse de una determinación con un efecto relevante, con trascendencia social y que implica hasta un cambio en oportunidades del status jurídico del individuo. Por lo que se hacía imperiosa la necesidad que este acto lo abarcara un instrumento legal, objetivo y formal. Acto que no se estaba realizando en los Consejos del MINED, solamente en el MININT, establecido por órdenes internas del trabajo de este Ministerio.

---

<sup>68</sup> El artículo 16.2 del Código Penal cubano dice: La responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad, cumplidos al momento de cometer el hecho punible. Recomendamos, para ampliar. Ver anexo 2. Sobre estándares internacionales sobre las variables Edad - Responsabilidad Penal.

- Aún cuando se mantiene la función revisadora del consejo, deja abierta la posibilidad que la misma sea promovida por los órganos ejecutores, de oficio o por cualquier persona. Lo que conllevaría a dar la posibilidad, que fuera interesada por los familiares del menor.
- Marca un término único y general, para la evaluación de los menores cada seis meses.
- Define por cada una de las organizaciones que forman parte del sistema de manera individualizadas sus funciones.
- Propone un término que no puede exceder de dos años a las medidas. Mantiene el carácter obligatorio de su ejecución y la prórroga de la medida será sometida a aprobación del Consejo.
- Enuncia un sistema de derechos y garantías, que refiere con el objetivo de proteger a los niños y adolescentes con trastornos de conducta:
  1. Derecho a que se respete su dignidad, integridad física, psicológica y mental.
  2. Derecho de los niños y adolescentes y sus padres o representantes legales, a ser informados de inmediato y escuchado su parecer durante todo el proceso seguido por los especialistas del Sistema. Así como que sus criterios y opiniones sean atendidas y tomadas en consideración.
  3. Derecho a presentar inconformidad con relación al proceso de evaluación y dictamen ante el Consejo por parte del niño o adolescente, sus padres o representantes legales, el trabajador social y el oficial de prevención que lo atiende.
  4. Garantía de sus derechos legales, políticos y sociales, cualesquiera que sean las medidas que se adopten para modificar su conducta.
  5. Derecho a la asistencia y tratamiento médico y psicológico que protejan su salud, físico y mental.
  6. Derecho a la presencia de un oficial de prevención en la Estación de la PNR, desde el momento en que se conoce que el menor ha participado en un hecho considerado delito.
  7. Derecho a que su permanencia en las estaciones de la PNR, no excedan de 12 horas. Ubicándolos en lugares apropiados, separados de los adultos, brindándoles lo necesario para la estancia en el lugar.
  8. Derecho a recibir en todo momento, un trato justo y humano. Prohibiendo en consecuencia el maltrato, la incomunicación y la coacción psicológica.
  9. La garantía de prohibir acciones que atenten contra la integridad física, moral y psicológica del menor.
  10. El derecho de ser informados de inmediato a los padres o representante legales, que el menor fue retenido por la comisión de un hecho considerado delito.

11. Derecho a mantener contacto, con sus padres o representantes legales, desde los primeros momentos en que comienza a tenderse por el sistema.
12. Derecho a tener carácter confidencial, la información resultante del proceso y a no ser incluidos en el sistema de registros de Identificación del MININT.
13. Derecho a solicitud de revisión a solicitud de los padres, representantes legales o cualquier persona interesada.
14. Derecho a sus padres a asistir a las acciones que se realicen con los niños o en su ausencia lo hará el Fiscal.
15. Derecho a la plena reinserción social.

Esta misma decisión podrá ser adoptada con jóvenes internos entre 16 y 18 años de edad, que presenten una extrema peligrosidad y comprometan el tratamiento reeducativo de la institución.

Sirva esta investigación, como un sencillo aporte, a futuras consideraciones sobre el sistema de atención y protección a los menores infractores de la norma penal. Léase siempre en el espíritu de perfeccionar el ejercicio del derecho, de garantizar la legitimidad de nuestras acciones y del debido proceso, defendiendo el PRINCIPIO CONQUISTADO DE LA DEFENSA.

Un país como el nuestro. Que fue capaz de apostar todo por un niño, y que 11 millones de cubanos dieron una batalla épica por traer a ese niño a su patria y regresarlo a su padre. Qué no sería capaz de hacer todos los días por sus hijos.

## **2.5 Consideraciones Finales. Revolución, Socialismo y Justicia de Menores.**

### **Reflexiones de presente a futuro, o la invitación política de esta tesis.**

En 1959 el presente cubano se liberó del pasado, y pudo conquistar así un rumbo no normado por las trayectorias fatales de su historia. Nació en un contexto social crítico, la Revolución cubana, que desde su propia raíz etimológica, significaba CAMBIO. Ha sido esencialmente eso desde su inicio, en una lucha encarnizada contra dogmas y demonios. Demonios externos, pero también internos. Revolución, constituye en el concepto mas claro que se ha descrito hasta ahora, en sus dos principios básicos fundamentales: Sentido del momento histórico y cambiar todo o que debe ser cambiado.<sup>69</sup>

Fue esta también la Revolución que, en sus primeros pasos, apostó y ha seguido apostando al Socialismo, como opción sistémica, política y social. Teorizar sobre él, desde cualquier ángulo, es tarea difícil pero apasionante. Es decir que solamente, que en Cuba más que una audaz aventura del pensamiento, este se trastocó en hechos y realizaciones concretas<sup>70</sup>. Socialismo y Revolución y Revolución Socialista, son temas de obligada referencia, si de hombre, niño o materia social se trata.

<sup>69</sup> Concepto de Revolución, planteado por Fidel Castro Ruz, en la Plaza de la Revolución, 1ro de mayo de 2001.

<sup>70</sup> Ver anexo.

La historia cubana así lo confirma, no puede haber divorcio de materias, es una sola. Si se concluye anteriormente, en un discurso marxista, dialectico – materialista, que el estado y el derecho son ambos, expresión de la voluntad de la clase económicamente dominante, que en el socialismo y en Cuba, deben traducirse en el interés del pueblo mismo. Se asume entonces, que para plantear cualquier arista del derecho, más si se trata de derecho de la infancia, tiene que hacerse al menos una referencia obligada a la propia esencia político – social. No se puede, por tanto, desvincular la práctica revolucionaria y la experiencia acumulada, de las tendencias de las leyes y del derecho. Derecho en y para el Socialismo, como reservorio de los principales valores humanos.

En este debate, ha aflorado históricamente el principio, de que el Socialismo, no ha podido desatarse completamente del Derecho Burgués (derecho que contiene una axiología no desechable por el socialismo, pero que está atravesado, por supuesto, por principios que sirven a la explotación del ser humano) y, por lo tanto, todavía se debate si posee o no, un derecho propio. Lo que si está claro que el derecho ha de construirse, y se ha intentado así, como una alternativa total al Capitalismo y sus doctrinas político-jurídicas. Que en la filosofía, no debe admitir nunca el dogmatismo y la estática, en su búsqueda por la superioridad. Se entenderá que en la modernidad, de la que somos parte, la Ley y el Derecho son vistos todavía como el ámbito de lo justo y lo seguro.

Es aquí, donde entra la discusión sobre la necesaria adecuación, de la Legislación sobre la infancia y el reconocimiento pleno y tácito, de sus derechos y garantías fundamentales. La investigación así ha querido demostrarlo. El Principio de la Defensa, reconocido a nivel Constitucional e Internacional, es todavía una tarea pendiente para el legislador cubano en materia de minoridad. La ley suprema dice textualmente que: “todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes”.<sup>71</sup>

Los tremendos logros que en el campo de la infancia, la niñez y la adolescencia, ha alcanzado Cuba, nos tienen que convidar, más que atarnos a ellos en el discurso tradicional, a seguir perfeccionando nuestra técnica y estrategia. Atemperando los procedimientos a las circunstancias actuales. Para ello, no tenemos necesariamente, que buscar soluciones iguales, o copiar mecánicamente, las aplicadas por otros países, no necesitamos copiar servilmente, recetas para males que no hemos padecidos. Sino que en nuestra formula y en nuestro camino, al decir del propio Fidel, hemos de estar siempre atentos de todo lo que pueda ser útil, sin dogmas, ni ataduras, continuando en la construcción del derecho cubano socialista.

Esto significa, que no se trata del cambio por el cambio, y sí de cambiar para perfeccionar. Manteniendo lo bueno<sup>72</sup> y buscando lo mejor. En 1982, cuando se aprueba en Decreto Ley 64, el escenario nacional era diametralmente opuesto a nuestra actual realidad socioeconómica. Su texto si bien fue indiscutiblemente avanzado para su época y recogía el espíritu, superándolo a veces, de lo

---

<sup>71</sup> Cfr. Artículo 41. Constitución de la República.

<sup>72</sup> Ver anexo 3 para ampliar. Infancia, adolescencia y Revolución en Cuba, hechos más que palabras.

que sería en 1989 la Convención de los Derechos del Niño, merece hoy a 27 años de su promulgación, una nueva lectura y revisión.

El Período Especial, no representó solo una etapa de crisis económica, sino también constituyó una crisis, ética, social, moral y espiritual, cuyos rezagos marcan hoy muchas características singulares de nuestro entorno. La infancia y la niñez, en los últimos 19 años, han nacido, crecido y formado en este escenario. Colocándose muchas veces en lo que se han llamado “situaciones de riesgo”, sobre todo vinculadas a su entorno económico, social y familiar.

Entendemos, que no basta solo con modificar la Ley, eso no garantiza que el menor no siga infringiendo la norma penal. Como ha demostrado Cuba es imprescindible la acción profiláctica, la intervención multifactorial e intersectorial. Perfeccionar la educación, que no por constituir una conquista de la Revolución, ya es tarea acabada o no susceptible a mejoramiento. La práctica histórica nacional, ha demostrado que son en la educación y en la familia donde más se puede proteger al infante.

La modificación sería, al menos en inicio, una expresión de auto-revisión y compromiso. En los últimos meses el actual Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, General de Ejército Raúl Castro Ruz, ha introducido en el discurso nacional, lo que el llama el desafío del “fortalecimiento de la institucionalidad”. Levantando así, nuevamente, las banderas del derecho y de la Defensa Constitucional. Entendemos como primer reto para ello, actuar por el rescate de una cultura jurídica, cuyo estado es hoy, como menos, empobrecida.

Esta cultura jurídica, debería empezar en primer lugar, a desarrollar el ejercicio de la defensa constitucional, que en Cuba, se traduciría también en universalizar entre toda la ciudadanía los medios de defensa del socialismo. La educación jurídica, debe empezar por lo primero, la infancia, el pueblo del mañana. Eduquemos a nuestros hijos, en una sociedad que respete y garantice, no solamente su tutela, sino sus derechos individuales. Es la Constitución, promotora y garante institucional, la misma que refrenda los postulados de esta investigación. Defendiendo la institucionalidad y la constitución por consiguiente, estaremos defendiendo el Principio de la Defensa.

Se concluye esta, llamémosla así, “invitación política”, con las palabras del reverendo Raúl Suárez, director del Centro Memorial Martin Luther King Jr., publicadas en el libro de Julio César Guanche: “En el borde de todo. El hoy y el mañana de la Revolución en Cuba”, donde genialmente resume el espíritu que persigue esta tesis:

“No podemos dormirnos sobre lo que hemos logrado, todo lo bueno que hemos hecho, pues debemos superar lo que no hemos hecho totalmente bien. La visión política debemos orientarla, no hacia lo bueno, sino hacia lo mejor; porque a veces el peor enemigo de lo mejor es lo bueno.”<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Ampliar en: Cesar Guanche, J. En el borde de todo. El hoy y el mañana de la Revolución en Cuba. 1era Edición Bogotá, -- Colombia: Editorial Ocean Sur, 2007. p. 309

## CONCLUSIONES

1. El tránsito y evolución histórica del derecho de la minoridad, ha logrado establecer como principio y acuerdo general, que los planteamientos que dominan el derecho penal de adultos, no pueden o no deben, imponerse incondicionalmente en la justicia de menores.
2. El tratamiento de menores, con problemas conductuales o comisores de hechos considerados delitos por la legislación penal común, posee un amplio respaldo legislativo internacional. Fundamentado en instrumentos jurídicos como La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Ryad.
3. Por su importancia, los derechos, principios y garantías que amparan el debido proceso, han sido acogidos a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que incorporan a estos, como sujeto del proceso. La legislación en esta materia en países de América Latina como Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela, El Salvador, Brasil, República Dominicana, Argentina y Uruguay así lo corroboran, las que luego de un proceso de reformas han encaminado su formulación hacia un sistema garantista.
4. Cuba cuenta con un sistema diferenciado de atención a menores, expresado en el Decreto ley 64 del 30 de diciembre de 1982. Independiente de la legislación de adultos, con un objetivo esencialmente re-educador, que sustrae al menor de las formalidades y rigores del proceso judicial ante los Tribunales.
5. La Constitución cubana reconoce en su artículo 41 la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, precisando su alcance hasta los de más temprana edad.
6. El Decreto Ley 64 de 1982 fue creado el 30 de diciembre de 1982 anterior a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. A pesar de ser signataria de toda esta instrumentación jurídica, y de mostrar resultados concretos ostensibles en este campo, Cuba es se ha rezagado, al no atemperar su contenido a estas disposiciones, los cuales atentan contra una eficaz protección del Derecho a la Defensa partiendo de que:
  - El artículo 4 no comprende al Fiscal, dentro de los miembros del sistema de atención a menores, quien comparece solo como invitado a sus sesiones y en el carácter de velador de la legalidad. No como representante de los derechos del infante como ocurre en el ordenamiento civil.
  - El artículo 10, concede funciones jurisdiccionales a los Consejos de Atención a Menores para adoptar, ejecutar, modificar y cesar las medidas reeducativas.

- Al facultar al Consejo de Administración de Menores en el propio artículo, a prorrogar las medidas adoptadas hasta los 18 años de edad, provoca la confluencia de leyes resultando, competente por conductas contrarias a las normas de convivencia social los comprendidos entre 16 y 18 años, tanto en el cuerpo legal objeto de esta investigación como en la ley penal sustantiva, superponiéndose a la competencia de la jurisdicción penal.
- El artículo 11, al permitir que a instancia del Consejo de Atención a Menores se disponga, prorrogar la medida de internamiento hasta cinco años en un centro para adultos, contraviene el principio internacional refrendado en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, que dispone que los menores sujetos a régimen especial se estarán separados de los adultos en establecimientos penitenciarios.
- El artículo 20, regula medidas reeducativas sujetas a progresos de conducta del menor y se describen de manera indistinta, tanto para los que poseen problemas conductuales, como para los que han cometido hechos graves considerados delitos por la ley penal, y el artículo 22 consigna la forma indeterminada de aquellas, sujeta su culminación a la valoración de los especialistas del sistema.
- El Artículo 21 refrenda la condición de objeto en el proceso del menor, donde no se le reconoce derecho a ser parte, a presentar prueba, a hacerse representar por un defensor, a mostrar inconformidad con lo resuelto, cuando concisamente, dispone que será de obligatorio cumplimiento la decisión adoptada, con apercibimiento al padre de incurrir en delito de desobediencia, si obstaculiza su ejecución.
- Los Consejos de Atención a Menores por su composición no resultan imparciales al momento de decidir los asuntos sometidos a su consideración, pues se encuentra integrado por un conjunto de instituciones y organizaciones, que desde el punto de vista administrativo y social, poseen una importante función y responden a intereses estatales, pero solamente desde el punto resocializador, no jurisdiccional.

Se hace imprescindible por lo tanto, modificar el estudiado texto legal, atemperándolo a las nuevas circunstancias y tendencias. Manteniendo sus elementos de avanzada y reformando su articulado ocioso, defendiendo el imperio del derecho, las garantías ciudadanas y el principio de la defensa que redundan en el mejor desarrollo del hombre.

## RECOMENDACIONES.

Para lograr la eficaz protección del Derecho a la defensa en el sistema cubano de atención a menores con trastornos de conducta e infractores de la norma penal, se precisan ciertas reformas al Decreto Ley 64/82. Por este motivo se considera atinado recomendar:

- Modificar el artículo 4 adicionando un inciso donde incluya como miembros integrante a “la Fiscalía General de la República en representación de la legalidad socialista y los derechos e intereses del niño y adolescente con trastorno de conducta.”
- Modificar el artículo 10 en el sentido que “el Consejo de Administración de Menores, entre cuyas funciones reconoce adoptar, ejecutar, modificar y cesar las medidas reeducativas debe estar constituido por un equipo multidisciplinario con independencia de la intervención de las organizaciones sociales y de masas correspondientes exista con carácter obligatorio un pedagogo, un psicólogo y un jurista que será su presidente”. Así como transformar su segundo párrafo definiendo su alcance “solo hasta los adolescentes de 16 años de edad” por resultar competente lo sucesivo a la jurisdicción penal.
- Modificar el artículo 11 eliminando la facultad del Consejo de Atención a Menores de prorrogar la medida de internamiento hasta cinco años en un centro para adultos y disponiendo que “los menores que al arribar a los 16 años de edad persistan con problemas con desajustes conductuales o hayan participado en hecho intencionales y de alta peligrosidad, cesarán del régimen especial y serán siendo controlados por el sistema profiláctico de Prevención y Atención Social que regula el decreto Ley 242 de 13 de marzo de 2007 , o se le tramite un expediente de peligrosidad”.
- Se modifique el artículo 20 definiendo de manera diferenciada, las medidas a los menores con trastornos de conducta, de las medidas a los que han cometido hechos graves o considerados delitos por el Código Penal.
- Modificar el artículo 22 fijando un marco legal de aplicación de cada una de las medidas reeducativas relacionadas.
- Modificar el artículo 21 reconociendo la condición de sujeto efectivo de derecho en el procedimiento, “que el menor será parte en el proceso desde el momento en punto en que se inicia el expediente, teniendo derecho a designar su representante legal, a mantenerse informado del estado del mismo, a aportar pruebas, a ser escuchado y a interponer recursos ante una segunda instancia contra la decisión del consejo de Administración de menores en un término prudencialmente fijado”

**BIBLIOGRAFIA**

- Álvarez Alderete, Joaquín. El Derecho a la defensa como derecho devaluado. Tomado De: Publicación Jueces para la Democracia, España, Disponible en World Wide Web: <http://www.politicacriminal.cl/n02/ch>, 20 de mayo del 2009.
- Buch, Luis M. Gobierno Revolucionario Cubano: Primeros Pasos / Luis M. Buch, Suárez Reinaldo. – La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 2004. – 501p.
- Cesar Guanche, Julio. El contingente de lo posible: Un examen sobre la condición revolucionaria / Julio Cesar Guanche – La Habana: Ruth Casa Editorial, 2008. – 213p.
- Cesar Guanche, Julio. En el borde de todo: El hoy y el Mañana de la Revolución en Cuba / Julio Cesar Guanche – 1era Edición. – Bogotá, Colombia: Ocean Sur, 2007. – 366p.
- Col. Autores. Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal / Col. Autores. – La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. – 268.t1.
- de Armas Fonticoba, Tania. La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal en el esquema legal cubano, Criminología/ Tania de Armas Fonticoba, Colectivo de autores. - La Habana: Editorial Félix Varela. 2004. – 57p.
- Fernández Bulté, Julio. Teoría del Estado y del Derecho: Teoría del Estado / Julio Fernández Bulté – La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. – 229p.
- Fernández Bulté, Julio. Teoría del Estado y del Derecho: Teoría del Derecho / Julio Fernández Bulté – La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. – 251p.
- Fernández Guerra, Osvaldo J. Las partes y su igualdad en el proceso penal, Boletín ONBC, No. 24, Ediciones ONBC, Julio-Septiembre 2006. – 15p.
- Fernández Romo, Rodolfo, El principio de contradicción en el proceso penal. Revista Jurídica Justicia y Derecho (La Habana) No. 3, Año 2, Junio 2004. – 12p.
- Friele, Guillermo E. “Disposición tutelar VS Protección Integral de los Derechos del Niño”. Tomado De: World Wide Web: <http://www.eniacsoluciones.com.ar/trragni/doctrina/menores2.htm>, 30 de mayo del 2009.
- Fuentes Sosa, Omar. Los trastornos de la conducta. Una visión multidisciplinaria/ Omar Fuentes Sosa.- La Habana: Editorial Pueblo y Educación. 2006. – 175.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA Elías. El Derecho de menores como derecho mayor. Tomado de <http://iin.org.uy/El-derecho-de-menores.pdf>, 7 de enero de 2008.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA Elías. La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular. Tomado de <http://iin.org.uy/La-legislacion-de-menores.pdf>, 10 de mayo de 2009.

- García Méndez, Emilio. Infancia y ciudadanía en América latina, opúsculos de Derecho Penal y criminología/ Emilio García Méndez.-. Córdoba: Editorial Marcos Lerner. 1993. –215p.
- Guemureman, Silvia. La niñez ajusticiada/ Silvia Guemureman, Alicia Daroqui, -Buenos Aires: Editores del Pueblo, 2001. – 181p.
- Ibarra Martín, Francisco. Metodología de la Investigación social/ Francisco Ibarra Martín y coautores. – La Habana: Editorial Félix Varela, 2001. –301p.
- Latorre, Ángel. Educación para la tolerancia, programas de prevención de conductas agresivas y violentas en el aula. Tomado De: World Wide Web: <http://www.fumtadip.org.ar/novedades-libros1.htm>, 19 de junio del 2009.
- Martínez Puentes, Silvia. Revolución cubana: Hechos más que Palabras / Silvia Martínez Puentes – La Habana: Editorial José Martí, 2008. – 407p.
- Matilla Correa, Andy. Compendio de normas Jurídicas / Andy Matilla Correa – Empresa Gráfica de Villa Clara, 2003. – 502p.
- Mendoza Díaz, Juan. Principios del Derecho Penal/ Juan Mendoza Díaz.-La Habana: Universidad de la Habana. 2002. –215p.
- Pérez Hernández, Lissette. Temas de Derecho Constitucional Cubano/ Lissette Pérez Hernández, Martha Prieto Valdéz. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —384p.
- Prieto Morales, Aldo. Derecho Procesal Penal, Primera Parte/ Aldo Prieto Morales.- La Habana: Editorial Orbe. 1976. – 276p.
- Quirós Pérez, Renen. Manual de Derecho Penal III/ Renen Quirez Pirez.- La Habana: Editorial Félix Varela. 2002. – 325p.
- Ramonet, Ignacio. Cien horas con Fidel / Ignacio Ramonet – 3ra Edición. – La Habana: Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado de la República de Cuba, 2006. – 813p.
- Suárez Crothers, Christian. El derecho a la defensa, a la luz de la reforma del procedimiento penal. IUS ET PRAXIS, (Universidad de Talca, Talca, Chile) Vol.5, (001): 351 - 371p. Octubre 1999. –19p.
- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo. La Defensa Penal/ Jorge Eduardo Vázquez Rossi.- Santa Fé, Argentina: Editores Rubinzal-Culzoni, 2da Edición. 1996. – 315p.
- Vega Vega, Juan. La legislación penal y otras legislaciones complementarias/ Juan Vega Vega. – La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1984. – 375p.
- Vergara Luque, José Antonio. Régimen penal de la minoridad: Nuevos paradigmas para la protección de la niñez y la adolescencia/ José Antonio Vergara Luque. –Argentina: Ediciones jurídicas Cuyo. 2da edición, 2005. –225p.

## **LEGISLACION Cubana**

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución De la República de Cuba.- La Habana: Editora del MINJUS. 2004.

Ley 62 de 29 de diciembre de 1987, Código Penal (anotado con instrucciones y sentencias del tribunal Supremo Popular), Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

Ley 87 de 16 e febrero de 1999, Modificativa del Código penal. Gaceta oficial de la república. Edición Extraordinaria. La Habana, Lunes 15 de marzo de 1999.

Decreto Ley 64 de 30 de diciembre de 1982. Sistema para atención a menores con trastornos de conducta. Folleto del MINED.

Decreto Ley 242 de 13 de marzo del 2007. Del sistema de prevención y atención social. Gaceta oficial de la república. Edición extraordinaria. La Habana, Viernes 16 de marzo del 2007.

LEY 16/84. Código de la Niñez y la Juventud.- Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1985

## ANEXO 1

Edad Oficial de Responsabilidad Penal.<sup>74</sup>

EDAD OFICIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL									
7	8	9	10	12	13	14	15	16	18
Australia: Tasmania Bangladesh Barbados Belice Chipre Ghana Hong Kong Irlanda Jordania Kuwait Libano Myanmar Namibia Nigeria Pakistán Sudán Siria Tailandia Trinidad y Tobago Zimbabwe	Australia: ACT Reino Unido: Escocia Saint Kitts Sri Lanka	Etiopia Filipinas Irak	Australia: la mayoría de los estados Fiji Nepal Nicaragua Nueva Zelanda Reino Unido (*) Sierra Leona Vanuatu	Canada Honduras Jamaica Marruecos Rep. Corea Uganda	Argelia Benin Burkina Faso Chad Francia Guinea Madagascar Nigeria Polonia Senegal Togo Túnez	Alemania Bulgaria Croacia China Eslovenia Fed. Rusa Hungria Italia Japón Libia Mauricio Paraguay Ruanda Rumania Vietnam Yemen Yugoslavia	Dinamarca Egipto Finlandia Islandia Maldivas Noruega Peru Rep. Checa RDP de Laos Sudán Suecia	Argentina Azerbaiján Bielorrusia Bolivia Chile Cuba El Salvador España Indonesia Mongolia Micronesia Portugal Ucrania	Belgica Colombia Costa Rica Ecuador Guatemala México Panamá Peru Uruguay

Nota: Las edades indicadas son las aplicadas normalmente según los informes de los Estados presentados al Comité de los Derechos del Niño, o según se deducen de estos informes. Solamente se incluyen los países cuyos informes iniciales fueron entregados a comienzos de 1995. En muchos casos, las edades indicadas pueden aumentar o disminuir en circunstancias especiales, p. ej. cuando no se puede demostrar el discernimiento o cuando la infracción cometida es particularmente grave. La tabla es, por consiguiente, más indicativa que definitiva.

\* Reino Unido a excepción de Escocia.

<sup>74</sup>Tomado de: "El Inocente Digest 3", publicación del Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF con el fin de suministrar información fiable y de fácil manejo sobre asuntos de interés relativos a los derechos del niño. p 5.