

**ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON
LA LEY PENAL: SEGURIDAD CIUDADANA
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Emilio GARCÍA MÉNDEZ

1. Introducción

Las páginas que siguen no constituyen un texto académico, lo que no significa que no hayan sido pensadas y escritas con una profunda rigurosidad técnico-conceptual. El presente texto, constituye fundamentalmente un instrumento de trabajo para todos aquellos que desde múltiples lugares institucionales operan en el área específica de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Vivimos una época de profundas contradicciones y paradojas. En la contramano de una profunda crisis, de la cual la dimensión económica constituye apenas una de sus facetas, la comunidad internacional da vida –jurídica y social– a un instrumento que transforma de manera decisiva y radical la percepción de la infancia: La Convención Internacional de los Derechos del Niño. De los “menores” como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor sintetiza este cambio fundamental de paradigma.

Sin excepción, los países de América Latina y el Caribe, han ratificado promulgado la Convención Internacional. Sin excepción también, todos los países de la región han iniciado (y varios de ellos completado) procesos nacionales de reforma legislativa tendientes a una adecuación sustancial de la legislación nacional al espíritu y al éxito de la Convención Internacional. Cumplido el proceso de reforma legislativa, operadores sociales e instituciones formados en el viejo contexto de la doctrina de la situación irregular, se enfrentan a nuevos desafíos frente a los cuales, las prácticas y concepciones del pasado resultan inadecuadas cuando no abiertamente inútiles o contraproducentes. La capacitación técnica y conceptual, resulta en ese contexto una necesidad impostergable.

A los efectos de aumentar la claridad y comprensión de este texto, se ha comenzado con una descripción de las características de funcionamiento del sistema actual, poniendo de relieve sus puntos problemáticos principales. En un segundo momento, se realizará la descripción de la estructura y funcionamiento de

un sistema de justicia, efectivamente adecuado a los postulados formales y sustanciales de la Convención Internacional.

2. El falso dilema: retribucionismo hipócrita o paternalismo ingenuo:

En pocas áreas de las políticas para la infancia, se han concentrado tantos mitos como en el campo de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Buena parte de los mitos surgen de sostener y difundir concepciones ontológicas de la llamada delincuencia juvenil. En palabras simples, esto significa sostener que la delincuencia juvenil constituye un problema, independiente de la reacción social formal o informal que la define y controla. Se entiende por reacción social formal, el conjunto de instituciones y dispositivos relativos, en este caso, al subsistema de la justicia penal juvenil. Este subsistema, abarca desde las definiciones normativas hasta las prácticas de privación de libertad, lo que incluye obviamente la acción de la policía, la justicia, el servicio social, etc. Por reacción social informal se entiende, en cambio, la acción de los medios masivos de comunicación, opinión pública, etc.

Desde una perspectiva no ontológica, si se entiende la realidad como un proceso socialmente construido, es posible entender el delito y la delincuencia juvenil, no como entes naturales, sino como acciones humanas a las cuales la reacción social formal e informal otorgan un sentido determinado. Se deduce de aquí, el carácter co-constitutivo de los diversos tipos de reacciones. En este sentido, una estilización del paradigma constructivista permite afirmar que cada sistema de justicia produce, en cierta medida, un tipo particular de infractor.

Históricamente, han predominado y predomina aún, dos tipos de posiciones igualmente equivocadas sobre el área de problemas denominados "delincuencia juvenil".

En primer lugar, un retribucionismo hipócrita para el cual el derecho penal lo es todo. Desde esta perspectiva, sólo un aumento permanente de las sanciones penales, es el único

instrumento capaz de resolver los problemas sociales comprendidos en esta área. En este caso específico, esta posición se traduce en propuestas, en general irreflexivas e inmediatistas, de baja de la edad de la imputabilidad penal. Se argumenta generalmente, que la criminalidad adulta reclutaría jóvenes de 16 y 17 años para actividades criminales justamente por su carácter de inimputables. Esta posición, parte de un presupuesto objetiva y parcialmente legitimado por el funcionamiento real de los sistemas de justicia juveniles en el contexto de la leyes basadas en la doctrina de la "situación irregular". Entregando las leyes de menores, basadas en esta última doctrina, un poder discrecional al juez, la práctica demuestra que el funcionamiento real del sistema oscila ente formas extremas de impunidad y arbitrariedad represiva, con la paradoja que las más de las veces estos excesos y desviaciones se producen en estricto cumplimiento de la ley. Estableciendo en general la leyes de menores, que el juez (también y particularmente en los casos vinculados a la comisión de actos antisociales o a la violación de los dispositivos penales) "podrá tomar la medida que crea más conveniente", no resulta infrecuente la verificación en la realidad, de alguna de la situaciones que a continuación se presentan. Violaciones gravísimas a las normas penales (homicidios, estupro, robos a mano armada, etc.) cuando cometidos por adolescentes pertenecientes a sectores de clase media y alta, pueden no provocar ninguna consecuencia negativa para sus autores, justamente por el hecho de poseer un entorno familiar, concurrir a instituciones educativas, etc. Por el contrario, suele suceder, que niños y jóvenes pertenecientes a los estratos más bajos de la sociedad, sean "internados" (conviene no olvidar que esta última palabra constituye un mero eufemismo para designar a la privación de libertad)¹, por la supuesta

1 Interesa destacar que el hecho que se afirme aquí que la palabra "internación" constituye un mero eufemismo para designar a la privación de libertad, no es una mera opinión personal. En efecto, las reglas de Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad (Reglas de Ryad), establecen en su punto 11.b. "Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

comisión (la más de las veces no debidamente comprobada) de infracciones banales o incluso muchas veces como una mera medida de "protección".

En términos estrictamente pragmáticos, la experiencia permite afirmar que la baja de la edad de la imputabilidad o no produce ninguna consecuencia real en el sentido de aumento de la seguridad ciudadana o en muchos casos, tiene efectos contraproducentes provocando una entrada más precoz de los jóvenes en los circuitos de la criminalidad adulta. Si el razonamiento de los propulsores de esta medida fuera cierto, la baja de la edad de la imputabilidad a los 16 años, por ejemplo, provocaría que la criminalidad adulta reclute jóvenes de 15 y 14 años. La denominación de hipócrita a esta posición, se refiere al hecho de que, sobre todo aquellos que se autodenominan o son especialistas, no pueden desconocer el carácter problemático de las respuestas del derecho penal —que la mayor parte de las veces crea más problemas de los que resuelve—.

Como reacción, tal vez no deseada, al retribucionismo hipócrita se ha desarrollado una segunda posición posible de ser denominada paternalismo ingenuo. Si para la primera posición el derecho penal lo es todo, para esta última el derecho penal no es nada. Se parte aquí además de la suposición, falsa y no demostrable, que afirma que los menores de 18 años son incapaces de cometer violaciones graves a las leyes penales. En el hipotético caso que éstas fueran cometidas, no deberían ser objeto de ningún tipo de reproche jurídico, en la medida en que automática e invariablemente estarían denotando tendencias patológicas (o lo que es peor aún sociales inevitables) o trivialidades propias de la edad. En ambos casos, cualquier respuesta jurídica firme, no sólo no sería apropiada sino que además sería inútil.

Resulta interesante observar, el carácter solo aparentemente antagónico de las posiciones aquí mencionadas. De hecho, subyace como elemento común en ambas posiciones, un profundo desprecio por la infancia como verdadero sujeto de derecho. El retribucionismo hipócrita y el paternalismo ingenuo, son pruebas fehacientes de la consideración esquizofrénica del "menor", a veces como objeto de la compasión y a veces como objeto de la represión.

3. Menores delincuentes como vaga categoría sociológica: La doctrina de la situación irregular

No es éste el momento de reconstruir aquí en forma detallada las características de la doctrina de la situación irregular². Si es conveniente recordar, que en pocas áreas de la problemática de la infancia esta doctrina se manifiesta con más claridad que en el área de la llamada "delincuencia juvenil". En el contexto de la doctrina de la situación irregular, no es posible usar el concepto de "delincuente" sino entre comillas. En un contexto jurídico garantista, el término delincuente denota o debería denotar al autor (comprobado) de una conducta definida previamente en las leyes como crimen, falta o contravención. Ninguna vieja legislación de menores ha incorporado esta última perspectiva, ya que en realidad el carácter delictuoso de un menor se refiere casi exclusivamente no a rasgos de su personalidad o a la (por otra parte supuesta, ya que casi nunca debidamente investigada) comisión de actos antisociales.

Que constituye en realidad un "acto antisocial", es uno de los tantos misterios no develados que conforman el carácter esotérico del (no) derecho de menores. En este contexto, un "acto antisocial" es prácticamente una tautología. Un "acto antisocial", es aquello que el juez de menores define como acto antisocial. Mientras el concepto de delito, como acto típico, antijurídico y culpable, resulta impensable fuera de los parámetros de un derecho garantista inscrito en la tradición iluminista del derecho moderno, el concepto de "acto antisocial" remite, en la mejor de las hipótesis, a la teorías peligrosistas del positivismo antropológico del siglo XIX. el concepto de "acto antisocial" y la competencia ilimitada del juez de menores, que le otorgan la legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular, son dos aspectos que se complementan y refuerzan mutuamente contribuyendo decisivamente a la consideración el menor como un objeto, a veces de la compasión a veces de la represión. Tal como se señaló anteriormente es posible que, en estricto cumplimiento de la ley, un adolescente —generalmente perteneciente a

2 Para un análisis más completo de los orígenes y alcances de la doctrina de la "situación irregular" Cfr. especialmente el cap. IV.

los sectores medios o altos— que hay cometido un delito gravísimo y de naturaleza dolosa, no reciba ningún tipo de respuesta por el acto cometido. El hecho de poseer un entorno familiar por lo menos formalmente bien estructurado, la asistencia a una institución educativa, se convierten muchas veces en garantías de impunidad. Por eso cuando una cierta opinión pública (que generalmente es la menos pública de las opiniones) y más particularmente los medios de comunicación reproducen sin demasiada reflexión una trillada frase del “sentido común” que afirma, “entran por una puerta y salen por la otra”, a veces se tiene razón sobre todo cuando se trata de estos casos. Lo que en cambio los medio de comunicación raramente registran, es que muchos de los (infractores graves) que “salen por la otra puerta”, lo hacen en estricto cumplimiento de las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. Por el contrario es posible que un “menor” —generalmente perteneciente a los sectores más bajos y desprotegidos de la sociedad— que haya cometido un hecho banal o bagatelar, o incluso un acto “antisocial” sólo posible de ser establecido en la cabeza de quien lo define, sea institucionalizado (un mero eufemismo para designar a la privación de libertad) por años ya que desde los parámetros normativos de la leyes basadas en la doctrina de la “situación irregular”, dicho menor se encontraba en peligro moral o material (dicho sea de paso, otros dos conceptos misteriosos de la liturgia esotérica de la situación irregular).

Creo importante, en este lugar, dejar aclarado un punto de capital importancia. Es posible, que un juez o funcionario del poder judicial reaccione al leer estas líneas diciendo “estas cosas jamás han pasado en mi juzgado”, si eso es así desde ya mis más sinceras felicitaciones. Sin embargo, el punto fundamental a resaltar es que no podemos dejar librada la producción de verdadera justicia al ámbito artesanal de la buena voluntad. Lo importante, nunca está de más reiterarlo, es que estas cosas podrían pasar en estricto cumplimiento de cualquiera de las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. Tal vez ahora, adquiera más sentido y claridad la frase ligeramente exagerada (para cumplir con su efecto pedagógico) pero cierta, que establece que cada sistema jurídico y administrativo tiene la calidad y cantidad de los infractores que se merece.

4. Adolescentes infractores como precisa categoría jurídica: La doctrina de las Naciones Unidas de la protección integral

Los instrumentos jurídicos que conforman la llamada "Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia"³, alteran radicalmente la consideración jurídica de niños y adolescentes. Esta alteración, se manifiesta con particular intensidad en el área específica que aquí estamos considerando. En un pionero y excelente trabajo, Rita Maxera (1992), demuestra en forma clara y detallada que los principios generales del derecho moderado (en este caso particular del derecho penal), se encuentran no sólo en todo el espíritu de la Convención Internacional, sino además en forma explícita en su texto, mas específicamente en su artículo 40.

En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el "menor" se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría social de "delincuente" se transforma en la precisa categoría jurídica del infractor. Para ser meridianamente claros, digamos que la categoría de infractor se asemeja, en cierta forma, a la categoría de mujer embarazada. En ambos casos, no se puede ser aproximadamente o más o menos, ni embarazada ni infractor.

En otras palabras, es infractor sólo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen, falta o contravención según las leyes del país, se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se lo haya finalmente declarado responsable.

Los principios y dispositivos concretos que han permitido el pesaje, del "menor delincuente" al adolescente infractor, se

3 Cuando se habla de la "Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia", se hace referencia al siguiente conjunto de reglas: a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño, b) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), c) Reglas de Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad (Reglas de Ryad) y d) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Ryad).

encuentran, como se señaló, contenidos en los dispositivos de la Doctrina de la Protección Integral (muy especialmente en la Convención Internacional).

Pese a todo lo anteriormente expuesto, no existen en América Latina, decisiones judiciales significativas que directamente basadas en la Convención Internacional (recuérdese que de todos los instrumentos que conforman la Doctrina de la Protección Integral, la Convención es el único de carácter vinculante), confirmen el carácter del adolescente infractor como una precisa categoría jurídica. A pesar de que el uso de la Convención —que por otra parte ha sido promulgada en todos los países de la región y se ha convertido en ley nacional— no sólo es técnicamente posible sino además obligatorio para el sector judicial, esto no ocurre en la práctica. En la práctica, en los países en que no se ha producido aún un proceso de adecuación sustancial de la legislación nacional al espíritu y al texto de la Convención Internacional, las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular continúan —asombrosamente— siendo la fuente principal de aplicación del derecho. Esta situación, se explica en parte por ciertas resistencias corporativas de aquellos encargados de su aplicación— recuérdese que contrariamente a la absoluta discrecionalidad que se otorga a la acción del juez, en el contexto de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, el espíritu garantista de la Convención Internacional, jerarquiza las funciones del juez de menores, pero reduce notablemente su margen de discrecionalidad. En el contexto jurídico de la Convención Internacional, las funciones de un juez de la infancia adolescencia se acercan mucho más a las funciones de un juez de adultos, sobre todo en lo que hace a la posibilidad de revisión de sus decisiones, obligación de fundamentar sus resoluciones, etc. Sin embargo, y sin que esto signifique ningún tipo de justificación, la ignorancia del carácter de derecho positivo de la Convención, se explica también por la vigencia de una tradición de derecho napoleónico codificado, según la cual la traducción nacional de los tratados internacionales (a pesar incluso de su promulgación como es el caso de la Convención), se convierte de hecho en requisito prácticamente imprescindible para su aplicación.

4.1 Imputabilidad/Inimputabilidad/Impunidad/Responsabilidad

Medido en términos de resonancia por parte de los medios de comunicación y miembros de la clase política, no parecen existir dudas acerca de que el tema de la “delincuencia juvenil” ocupa en todos los países de la región, un lugar de central importancia dentro del tema de la seguridad ciudadana, el que a su vez en muchos países supera en importancia incluso a temas del área económica tales como inflación, desocupación, etc.

El tema de la delincuencia juvenil es de carácter cíclico, aparece y desaparece de la agenda política y social con relativa facilidad. Por esta razón, vale la pena preguntarse acerca de los motivos que explican y permiten su alto nivel de manipulación. En general casi todos los temas vinculados a la cuestión criminal, son en principio de gran interés para los medios de comunicación. En el caso específico de la delincuencia juvenil, la ausencia prácticamente absoluta de las cifras más elementales sobre este tema (la mayor parte de los países de la región, ignoran hasta el número de los menores de 18 años privados de libertad), explica en buena medida el alto nivel de manipulación informativa. En el contexto de este vacío de información cuantitativa, los medios de comunicación sustituyen la ausencia de información estadística con frases tan “precisas” como “el aumento alarmante de la criminalidad juvenil”, frases a partir de las cuales se construye la “política criminal en este ámbito específico”. En las escasas investigaciones serias sobre la dimensión cuantitativa de este problema, se comprueba en forma invariable, tanto la dimensión cuantitativa reducida del problema en términos absolutos, cuanto su íntima proporción cuando comparado con las tasas generales de criminalidad cometidas por los adultos.

En los últimos tiempos, en casi todos los países de la región el tema de la delincuencia juvenil, se construye y presenta a la opinión pública en general bajo la etiqueta del problema de la imputabilidad (una palabra que confirma para el gran público el carácter esotérico del derecho).

Veamos brevemente la génesis típica de un proceso de alarma social. Los medios masivos de comunicación, seleccio-

nan de un universo más vasto algunos casos de delitos graves real o supuestamente cometidos por menores de edad. La ausencia de información estadística confiable permite que ese caso sea presentado como la confirmación del “aumento alarmante de la criminalidad juvenil”. El paso posterior, consiste en presentar a la opinión pública el problema de la delincuencia juvenil esencialmente como un problema de impunidad. Los jóvenes delincuentes “entran por una puerta y salen por la otra”. Curiosamente jamás se hace mención a la naturaleza de las leyes de “menores”, en cuyo contexto un joven—generalmente de clase media o alta— luego de la comisión de un delito gravísimo, puede efectivamente “entrar por una puerta y salir por la otra”, mientras que un “menor”, puede ser privado de libertad por meras sospechas, por denotar peligrosidad potencial o inclusive por meros motivos de protección. Casi nunca, los problemas de supuesta impunidad resultan vinculados a las deficiencias estructurales de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular.

La solución mágica aparece así, bajo la forma de rebaja de la edad de la imputabilidad, generalmente fijada en la mayoría de los países de la región en 18 años. El tema de la imputabilidad o inimputabilidad de los menores de 18 años, se coloca en el centro del debate, sin que la mayoría de las veces se entienda a ciencia cierta el propio concepto en discusión.

La condición de imputable de un individuo, se legitima muchas veces con sus características personales, no siendo éstas últimas, sin embargo, el factor decisivo que explica una condición que es esencialmente jurídica. Los menores de 18 años, que son sujetos en desarrollo para la psicología evolutiva, resultan en última instancia inimputables por una decisión política del legislador y no por sus características de tipo personal por más que éstas sean reconocidas por la psicología evolutiva u otras disciplinas conexas.

La condición de imputable o inimputable es consecuencia de una decisión de política criminal asumida por el legislador. En general, puede afirmarse que un individuo es imputable cuando se le pueden atribuir plenamente las consecuencias de actos que

constituyan violaciones a conductas previamente descritas en las leyes como crímenes, faltas o contravenciones. Por el contrario, son inimputables aquellos individuos que en razón de algunas características definidas por la ley (edad, estado de salud mental, etc.), no se les puede atribuir las mismas consecuencias que el código penal o leyes conexas peveen para aquellos individuos que la ley considera imputables. Es sabido, que en el contexto de las leyes de "menores" basadas en la doctrina de la situación irregular, en la mayor parte de los países de la región, los menores de 18 años son inimputables. La filosofía que inspira a las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular y la enorme selectividad del funcionamiento real de los sistemas actuales de administración de la justicia de "menores", se ha transformado de hecho en la consagración estructural de la injusticia. La clientela real de los internados de menores en América Latina, constituyen la prueba irrefutable de los profundos y graves problemas que aquí se han brevemente señalado.

4.2 Bases para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil

Los instrumentos que conforman la Doctrina de la Protección Integral, y particularmente la Convención Internacional, poseen todos aquellos elementos (de política jurídica) necesarios para construir un sistema de responsabilidad penal juvenil (SRPJ), que permita superar los gravísimos errores y limitaciones que presuponen las visiones del retribucionismo hipócrita y el paternalismo ingenuo.

Un sistema de responsabilidad penal juvenil, es el requisito imprescindible para superar la real o supuesta sensación de impunidad que transmiten muchas veces los medios masivos de comunicación y que provocan una serie de contrarreacciones que encuentran en la propuesta de la disminución de la edad de la imputabilidad, su mínimo común denominador. La construcción de un sistema de esta naturaleza, conlleva el desafío de superar el binomio arbitrariedad-impunidad, que caracteriza a los viejos sistemas de la justicia de menores, sustituyéndolo por

el binomio severidad con justicia, que debería caracterizar una visión garantista de la administración de un nuevo tipo de justicia para la infancia y la adolescencia.

Creo conveniente ennumerar aquí, en forma detallada— aunque no taxativa— algunas características esenciales (o requisitos mínimos) para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil (SRPJ), ellas son:

- 1) Los menores de 18 años (y mayores de 12) no son penalmente imputables, siendo sin embargo, penalmente responsables.
- 2) La responsabilidad penal significa que a los adolescentes (de 12 a 18 años incompletos), se le atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos que siendo, típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. Siendo las leyes penales, el punto de referencia común para adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad, en tres puntos fundamentales: a) los mecanismos procesales, b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes) y c) el lugar físico de cumplimiento de la medida.
- 3) Los menores de 12 años, no sólo son inimputables sino que además son penalmente irresponsables. Cuando un menor de 12 años, comete un hecho (debidamente comprobado), que si cometido por un adolescente pudiera constituir una infracción penal, no corresponde aplicar en estos casos una medida socioeducativa, sino una medida de protección.
- 4) El adolescente infractor es una precisa categoría jurídica. Sólo es infractor quien ha realizado una conducta previamente definida como crimen, falta o contravención, se le ha imputado la responsabilidad por dicha conducta, se le ha sustanciado un debido proceso y se le ha decretado judicialmente una medida socio-educativa.
- 5) Un SRPJ, presupone la existencia de una gama de medidas socio-educativas, que permitan dar respuestas diferencia-

das según el tipo de infracción cometida. En general, esta escala incluye medidas tales como: a) advertencia, b) obligación de reparar el daño, c) prestación de servicios a la comunidad, d) libertad asistida, e) semi-libertad y f) privación de libertad.

- 6) Un SRPJ, presupone la existencia de diversos tipos de privación de libertad: a) arresto in flagrante o por orden judicial, b) detención judicial como medida cautelar y c) detención judicial como medida definitiva de privación de libertad.
- 7) La privación de libertad es una medida de naturaleza estrictamente judicial. Una privación legal de libertad sólo puede ocurrir en flagrante delito o por orden escrita de autoridad (judicial) competente. En el caso del arresto in flagrante, que puede ser realizado por cualquier individuo, de forma inmediata o en el plazo del número de horas que determine la ley, el detenido tiene que ser presentado ante la autoridad judicial.
- 8) La privación de libertad (como medida definitiva), es una medida excepcional y último recurso que debería ser solamente el resultado posible de infracciones gravísimas. El concepto de "gravísimo" puede estar asociado, tanto a la calidad de hecho (es el caso del Estatuto de Brasil que establece que la privación de libertad sólo podrá ser decretada cuando "delito cometido mediante grave amenaza o violencia contra las personas"), cuanto al monto de la pena a que se refiere el código penal. Este es el caso de la "Ley del Menor Infractor" de El Salvador, que en su art. 54 establece que el juez podrá ordenar la privación de libertad, cuando se establezca la existencia de una infracción penal para la cual la conducta delictiva estuviere sancionada en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea igual o superior a dos años.
- 9) Para que la privación de libertad (como medida definitiva), se convierta efectivamente en una medida excepcional de último recurso, la experiencia demuestra que es necesario

que verifiquen dos condiciones imprescindibles: a) que el órgano judicial, realice una interpretación estricta y garantista de los dispositivos jurídicos que regulan la privación de libertad y b) que el órgano administrativo, diseñe, construya y ejecute el conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad.

- 10) Aumento de las competencias del Ministerio Público. Inclusión de la institución de la Remisión. La Remisión consiste (para decirlo en forma rápida y esquemática) en la terminación anticipada o extinción del proceso, cuando el conjunto de circunstancias que rodean al hecho permitan hacer presumir, que la instauración del proceso resultara contraproducente por todas las partes envueltas en el conflicto y muy en especial para el adolescente.
- 11) De la totalidad de las medidas socio-educativas es preciso establecer una primera distinción entre: a) la privación de libertad y b) el resto de las medidas. Mientras en la ejecución del conjunto de las medidas socio-educativas que no implican privación de libertad, cualquier órgano del gobierno o de la sociedad civil están legitimados para intervenir, en el caso de la medida de privación de libertad, existen innumerables razones para sostener que dicha medida debería ser de competencia y ejecución indelegable por parte del estado. La privatización de la privación de libertad se presta potencialmente, y tal cual la experiencia lo demuestra, a los peores excesos y violaciones de derechos. No hay problema por grave que sea (en las instituciones actuales) que justifique la privatización de la privación de libertad. Más problemas tiene la democracia y no por ello se busca su sustitución sino su mejora. En este caso, el papel de la sociedad civil debe concentrarse en asegurar la transparencia de todo aquello que acontece dentro de la institución, jugando un papel de control y verificación del cumplimiento (y violación) de los derechos humanos específicos de niños y adolescentes privados de libertad.
- 12) Un SRJP, construido en base a las características arriba mencionadas, con la participación de un órgano judicial que

haga un uso garantista y restringido de la medida socio-educativa de privación de libertad, debería alterar radicalmente el panorama cuantitativo y cualitativo de las instituciones encargadas de la ejecución de esta medida. Ya me referiré más adelante a las transformaciones de tipo cualitativo. En cuanto a las transformaciones de tipo cuantitativo, es obvio que un SRPJ, reducirá drásticamente el número de privados de libertad, determinando, sin embargo, que en dicho número reducido de adolescentes se concentren infractores gravísimos de las leyes penales, que requerirán métodos pedagógicos de tratamiento y medidas de seguridad, que posiblemente no tienen precedente en la región.

Por último creo conveniente aclarar, que la indicación de establecer un SRPJ para la faja etaria a partir de los 12 años, constituye una mera indicación que parte de la constatación de que prácticamente todas las nuevas legislaciones en la región, distinguen jurídicamente niños de adolescentes en la barrera de los 12 años. En este sentido, la ampliación de esta faja constituiría no sólo una violación clara a los principios de la Convención, sino además un gravísimo error en términos de política social y penal. Por el contrario, la reducción de esta faja (es decir el aumento de la edad para ingresar a los dispositivos de un SRPJ), constituye una discusión más que legítima, la que, sin embargo, sólo adquiere sentido en cada uno de los contextos nacionales.

5. El verdadero dilema: cura de patologías o construcción de ciudadanía

Del conjunto de mitos que rodean esta problemática, la mayor parte de ellos se concentran en este punto bajo la vaga denominación de políticas de tratamiento. Tradicionalmente, la preocupación por los "menores infractores" se ha concentrado primordialmente en el problema del "tratamiento". En otras palabras, pocas o inexistentes han sido las preocupaciones por las formas de entrada en los sistemas de justicia de "menores", particularmente en los sub-sistemas de privación de libertad. El viejo contexto jurídico, influyó en forma determinante una cultura tautológica, para la cual "infractor" o "delincuente", era

automáticamente aquél que se encontraba en alguna de las instituciones destinadas a dichos fines.

Casi cualquier verificación empírica serías sobre programas y políticas para infractores en América Latina, permite confirmar el carácter más ideológico que real de dichas prácticas. Más allá de aquellos hechos que configuran flagrantes violaciones a los derechos humanos, las instituciones de menores infractores privados de libertad, han consistido en la mejor de las hipótesis en meros contenedores humanos desprovistos de cualquier propuesta pedagógica seria. Sin olvidar el carácter fragmentario de los escasos programas de tratamiento, es posible afirmar que aún en forma implícita, dos tendencias contradictorias han sido predominantes: a) el enfoque represivo clásico y b) el enfoque cómplice de la marginalidad. En este caso, cualquier coincidencia con los enfoques de retribucionismo hipócrita y paternalismo ingenuo, respectivamente, no constituye ninguna coincidencia. Para el enfoque represivo clásico, el orden externo o la mera apariencia de orden —sin ninguna consideración por el precio de sus posibles consecuencias en el mediano plazo— constituye un fin en sí mismo, además de punto único en la agenda del tratamiento para la rehabilitación.

De manera creciente, y en forma similar aunque en menor escalar respecto de lo que está aconteciendo con el mundo de los adultos, el cinismo gana posiciones en este campo, muchas veces en detrimento no sólo de la práctica sino también de la propia ideología de la rehabilitación. En las teorías de rehabilitación de delinquentes adultos (teorías que forman parte del problema de la legitimación de la pena), hace ya muchos años que la llamada “teoría de la incapacitación”, se impone de hecho y de derecho en buena parte de los llamados programas de rehabilitación. La teoría de la incapacitación, consiste simplemente en justificar y legitimar la privación de libertad, con el argumento de que aquéllos que se encuentran en una institución de detención, con certeza no pueden cometer delitos en el mundo exterior durante el período de la privación de libertad (esta teoría sobre la que no poco se ha escrito, constituye un buen ejemplo del paso de la hipocresía al cinismo en la consideración de una parte importante de los problemas sociales).

El segundo enfoque, aquí llamado “cómplice de la marginalidad”, es un enfoque encarnado mucho más por individuos que por instituciones. Se manifiesta en forma difusa, en comportamientos de algunos educadores que trabajan en forma más o menos directa con jóvenes infractores, privados o no de libertad. Una profunda delegitimación de las respuestas institucionales —independientemente de su contenido concreto— la percepción de un vínculo (en este caso positivo) automático entre pobreza y criminalidad determinan que la cultura de la complicidad se manifiesta en la comprensión por los reales o supuestos delitos cometidos por los adolescentes. La noción del niño o adolescente como sujeto de derechos desaparece explícita o implícitamente en esta perspectiva, siendo sustituido por la categoría vaga e imprecisa de sujeto social usada instrumentalmente como mera oposición a la categoría de sujeto de derecho. En sus versiones más extremas, aquellos niños o adolescentes que se dedican a actividades ilegales, son percibidos como una categoría más de “menores trabajadores”. Otra vez, más allá de las aparentes contradicciones entre ambos enfoques, subyacen múltiples elementos comunes, entre los que vale la pena destacar los dos de mayor trascendencia: a) en ambos enfoques se confirma objetivamente la consideración del “menor” como un mero objeto del derecho y las políticas sociales, b) en ambos enfoques existe una fuerte tendencia a interpretar en forma mecánica, la real o supuesta comisión de una infracción como la manifestación clara de disturbios de naturaleza física o psíquica. En otras palabras, se trata de una clara tendencia a la patologización y medicalización de los problemas sociales. El uso de la palabra tratamiento, adquiere en este contexto, un preciso y claro significado.

Un SRPJ como el que aquí se propone, presupone un rechazo firme tanto a la simplista patologización de los problemas sociales, cuanto a la existencia de un vínculo automático entre pobreza y criminalidad (esta última perspectiva es injusta tanto con los pobres que no roban, cuanto con los ricos que roban). Un SRPJ, presupone la existencia de adolescentes infractores entendidos como una precisa categoría jurídica. Del conjunto de los infractores, sólo aquéllos que hayan cometido hechos de naturaleza muy grave serán acreedores potenciales de los

programas de privación de libertad. Sólo en éste contexto, es posible pensar con seriedad las características esenciales del trabajo pedagógico con adolescentes privados de libertad. Una vez más, resulta claro que las transformaciones de tipo jurídico son condiciones, no suficientes pero sí sine qua non, para extender los procesos de construcción de ciudadanía a todos y cada uno de los niños y adolescentes. Para decirlo con palabras de Antonio Gomes da Costa, "sólo una sociedad que aprende respetar a los "peores" es la sociedad que aprende respetar a todo el mundo.

Me parece importante reiterar aquí, la tremenda importancia, de un problema como éste, de dimensión cuantitativa reducida, sobre todo si comparado con otros problemas de naturaleza social que afectan a niños y adolescentes. La no resolución de éste tipo de problemas, posee un efecto contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales. Lamentablemente, más de un ejemplo práctico confirma esta afirmación en América Latina.

5.1 El incompleto institucional y el incompleto profesional: principios para el trabajo pedagógico con adolescentes infractores graves en situación de privación de libertad

Cualquier propuesta de trabajo pedagógico con jóvenes infractores, debería comenzar por enfrentar dos aspectos obvios de naturaleza diversa. El primero, se refiere al hecho de que el objetivo primordial a alcanzar por un programa de esta naturaleza, debe estar orientado a identificar y reducir los efectos negativos de la privación de libertad. El segundo objetivo, se refiere a que el conjunto de los esfuerzos y actividades pedagógicas debería estar orientado a la reintegración más rápida posible de los adolescentes privados de libertad al mundo exterior. Los dos principios que a continuación se exponen, deben entenderse en un sentido funcional y subordinado a los dos objetivos antes enunciados.

5.1.1. El incompleto institucional

Este principio se refiere a la necesidad de revertir la cultura imperante en las instituciones totales, que se manifiesta en la propuesta de que las instituciones deben poseer “todos” los servicios necesarios para los adolescentes privados de libertad (ya sea por razones penales o tutelares). En las instituciones totales europeas de comienzos de siglo, instituciones que sirvieron como modelo a sus pares latinoamericanas, desde la escuela al cementerio –si era posible– debía estar dentro de la institución. Para el modelo de medicalización de los problemas sociales, los clientes de este tipo de instituciones expresan automáticamente tendencias patológicas, que exigen respuestas especializadas. El “menor” abandonado o delincuente, es considerado portador automático de patologías mentales. Entre los múltiples errores que se manifiestan en un enfoque de este tipo, interesa destacar los dos más graves y evidentes. El enfoque general y automático de las patologías, impide percibir problemas especiales de vulnerabilidad en aquellos adolescentes que realmente necesitan apoyo y cuidados especiales. La asociación rígida entre infracción a la ley penal y trastornos psíquicos, refuerza ulteriormente y reproduce en forma ampliada el proceso de estigmatización que los mecanismos formales e informales de control social realizan en el contexto de la cultura jurídico-institucional de la “situación irregular”.

Por el contrario, el principio del incompleto institucional tiende a subrayar la normalidad de la personalidad del adolescente infractor. En el contexto de una cultura garantista, no sólo se es inocente sino que además se es sano de mente hasta que se demuestre lo contrario. Cualquier afirmación que identifique violación a la ley con disturbios mentales, expresa, en la mejor de las hipótesis, una profunda ignorancia acerca del funcionamiento real de los sistemas y subsistemas de la justicia penal. Innumerables investigaciones, en el contexto de los países desarrollados, demuestran el carácter altamente selectivo del funcionamiento del sistema de la justicia penal. Mientras los comportamientos denominados criminales, se encuentran homogéneamente distribuidos en todo el cuerpo social, en las instituciones totales de privación de libertad (de mayores o

menores de edad), sólo los estratos más bajos de la sociedad se encuentran representados. El principio del incompleto institucional, que obviamente no se deja expresar como receta cerrada, consiste simplemente en tornar a la institución total, lo más dependiente posible del mundo exterior. Se trata de que, a menos que resulte absolutamente imposible, los servicios normales concebidos para toda la infancia penetren en las instituciones totales. De este modo, no es necesaria la existencia de médicos, pedagogos, etc., especialistas en jóvenes con "problemas de conducta", sino que, por el contrario, la institución debe crear las condiciones, para que los buenos médicos, pedagogos, etc., que trabajan con todos los niños, puedan trabajar también con los infractores de ley. El principio del incompleto institucional, debe manifestarse no sólo bajo la forma pedagógica, sino también bajo la forma jurídica. Resulta imprescindible incorporar en los nuevos proyectos de ley, en la parte dedicada a los derechos de los infractores graves privados de libertad, disposiciones normativas que apoyan y regulen este principio.

5.1.2. El incompleto profesional

Este principio es dependiente y complementario del principio anterior. Consiste simplemente en promover que, con excepción del mínimo personal directivo y administrativo, el resto de los funcionarios que trabajan con adolescentes infractores no posean un vínculo total o permanente con estos jóvenes. Las relaciones humanas adquieren especificidades propias en condiciones de privación de libertad. La experiencia demuestra, que en situaciones de privación de libertad, los vínculos permanentes crean complicidades anti-pedagógicas profundamente perjudiciales para el proceso de reintegración social de los adolescentes. También en este caso, los distintos tipos de profesionales que trabajan con adolescentes infractores graves privados de libertad, deberían hacerlo a tiempo parcial, dedicando el resto de su tiempo al trabajo con otras instituciones y con otros adolescentes. De modo similar al principio anterior, no hay aquí tampoco fórmulas acabadas o recetas mágicas. Las características específicas del incompleto profesional, dependerá de las condiciones concretas que existan, ahí donde exista voluntad política para intentar su aplicación.

5.1.3. Seguridad y privación de libertad

En el trabajo con adolescentes infractores graves en situación de privación de libertad, el tema de los principios y condiciones de seguridad resulta de la mayor importancia.

El tema de la seguridad, no constituye en absoluto un problema técnico independiente de los principios jurídicos y filosóficos que inspiren el funcionamiento del conjunto del sistema. En el contexto de las viejas leyes basadas en la "situación irregular", en el que resulta prácticamente imposible distinguir un infractor grave, de "un menor necesitado de protección", dos sistemas de seguridad imperan en forma implícita: a) el cómplice tolerante y b) el hipócrita represivo.

La complicidad tolerante, es consecuencia de una percepción de injusticia por parte de los responsables de la ejecución de la medida, que se manifiesta por "las vías de hecho". En vez de intentar modificar las injusticias estructurales del sistema con las herramientas del derecho —hábeas corpus, reforma legislativa, etc.— se disponen condiciones inexistentes de seguridad que "resuelven" con las fugas las injusticias del sistema. La fuga de las instituciones de "menores" constituye una verdadera política destinada paradójicamente a mantener en funcionamiento un sistema donde la injusticia y la arbitrariedad hacen jurídicamente parte, no de la patología sino de la fisiología de su funcionamiento. En los últimos tiempos, es posible también observar que la medicalización (psicologización) indiscriminada de los "menores infractores", constituye una política, alternativa o complementaria según como se la mire, a la política de la fuga antes mencionada. Por su parte, la hipocresía represiva se manifiesta en buena parte de las instituciones de "menores" de la región. Coherente con la cultura de los eufemismos, que caracteriza al derecho y a la política de menores, algunas instituciones de privación de libertad, ofrecen condiciones aparentes de mínima seguridad externa con adolescentes cerrados en pequeñas celdas de máxima seguridad 24 horas por día. En el contexto garantista de un SRPJ, las condiciones de seguridad deberán depender del funcionamiento general el sistema. Partiendo de la base, que en situación de privación de libertad sólo

deben encontrarse adolescentes que hayan infringido gravemente la ley penal, las condiciones de seguridad deberán ser funcionales a esta situación fáctica y jurídica. En este contexto, sin hipocresía ni eufemismos una institución para infractores graves deberá contar con una adecuada y firme seguridad externa que, en el respeto más riguroso de todos los derechos de los adolescentes infractores, posibilite condiciones mínimas de seguridad interna que faciliten y colaboren en todas las actividades de naturaleza pedagógica. Resulta conveniente, que la seguridad externa sea realizada por una autoridad diversa de aquélla responsable por el funcionamiento interno de la institución. Cualquier hipotética intervención de la seguridad externa en el interior de la institución, deberá ser decidido y solicitado (en forma escrita) por el responsable de la institución.

6. Democracia y seguridad ciudadana

No pretendo desarrollar aquí este tema en forma detallada. Sí creo, en cambio, correcto introducirlo como forma de confirmar su importancia, y sobre todo su estrecho vínculo con todos los temas aquí analizados. Democracia y seguridad ciudadana constituyen una unidad indisoluble. Abandonando cualquier eufemismo, seguridad sin democracia es dictadura. Democracia sin seguridad equivale a disolución social. Por otra parte, la seguridad en democracia sólo puede ser ciudadana. La democracia, constituye a su vez condición sine qua non y requisito imprescindible para la existencia de ciudadanía. También en este punto es necesario rechazar sofismas y falsos dilemas. Tanto derecho tiene la sociedad a su seguridad colectiva, cuanto cada uno de sus ciudadanos al respeto profundo de sus derechos individuales. La producción de información cuantitativa confiable, constituye un instrumento clave en el proceso de desmistificación del problema de los adolescentes infractores graves. En buen parte de los países de la región, los menores de 18 años constituyen más de la mitad de la población, sin embargo, su participación en la totalidad de las estadísticas criminales es sustancialmente menor, no guardando ningún tipo de proporcionalidad con sus números absolutos.

La necesidad de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, constituye una necesidad impostergable en la región. De una forma toma plena de conciencia sobre la importancia de estos temas, depende en parte también el futuro de nuestra democracia.

Bibliografía

- García Méndez Emilio, (1994), "La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", en "Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina". Ed. Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá. (cap.IV del presente volumen).
- Maxera Rita, (1992), "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en, "Del Revés al Derecho", Ed. Galerna, Buenos Aires.