

**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 delictivo 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