

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 enumerar 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.