

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

Dr. Emilio García Méndez

Buenos días, Dr. Antonio Cançado, Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y mis queridos amigos, Jaime Ordoñez, Lorena González. Quiero reiterar el honor y el privilegio que significa para mí por cuarto año consecutivo, estar presente en este evento, que nadie duda en calificar como el evento más importante en lo que sin ninguna duda, la pedagogía de los derechos humanos en la región de América Latina y el Caribe.

Voy a tratar el tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal y al mismo tiempo su vínculo con el tema de las garantías fundamentales y la seguridad ciudadana.

Por qué. Cuáles son los argumentos que legitiman a mi juicio la importancia del tratamiento de un tema como este que históricamente ha sido considerado como un tema menor.

Déjenme dar tres razones de naturaleza diversa que pretenden justificar la importancia y la centralidad de un tema como este. Una razón jurídica, una razón pragmática y una razón ética.

La razón jurídica se refiere, específicamente a un cambio extraordinario y radical de paradigma en la percepción de los problemas de la infancia y un cambio radical de paradigma en el vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia. Me refiero, como ustedes lo estarán adivinando a la vigencia, no sólo jurídica sino además social de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Resulta por lo menos

MFM-11660
CEDO-11897 RL

curioso, que una Convención Internacional que no es otra cosa que una Convención de los derechos humanos específicos de la infancia; una Convención que trata de un tema, hasta no hace mucho tiempo y todavía hoy por grupos minoritarios considerado un tema menor, se haya convertido en el Convenio Internacional de Derechos Humanos jurídicamente más ratificado y socialmente más aceptado en toda la historia de la humanidad. A la fecha, 188 países han ratificado y en el caso de América Latina y el Caribe no solamente se ha ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño sino que, mediante un trámite de aprobación parlamentaria, todos los países de la región han promulgado la Convención Internacional, es decir, la han convertido en ley nacional.

Surge, a partir del momento de su ratificación y posterior promulgación, lo que elegantemente podría denominarse un conflicto de paradigmas y lo que menos elegantemente y menos eufemísticamente podría denominarse, una situación de esquizofrenia jurídica. Es decir, la vigencia simultánea de dos leyes, más que de naturaleza contradictoria, de naturaleza antagónica, de un lado la Convención Internacional de los Derechos del Niño con el paradigma de garantías que ella representa y, de otro lado, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. Este proceso ha dado lugar a un extraordinario proceso de reforma legislativa en toda América Latina, a la fecha 9 países de la región han cumplido este proceso de reforma legislativa y no hay ningún país de la región que no se encuentre en un estadio más o menos avanzado en este proceso de adecuación sustancial de la legislación nacional al texto y al espíritu de la Convención Internacional.

Este es el contexto exactamente en el que yo quisiera tratar el tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal de las garantías fundamentales y de la seguridad ciudadana.

Me gustaría comenzar diciendo que en pocas áreas de la política 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 lo que uno podría denominar, concepciones ontológicas de la llamada delincuencia juvenil. En palabras simples, una concepción ontológica significa sostener que la delincuencia juvenil constituye un problema independiente de la reacción social formal o informal que la define y controla. Entiendo en este caso por reacción social formal, el conjunto de instituciones y de dispositivos relativos, en este caso, al subsistema de la justicia 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, etc.

Desde una perspectiva no ontológica, si se entiende la realidad como 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 -- quisiera subrayar mucho esto -- el carácter co-constitutivo de los diversos tipos de reacciones. Estilizando este paradigma y exagerando para ser pedagógico, diría lo siguiente: que cada sistema de administración de justicia, en este caso un sistema de administración de justicia juvenil, tiene el

número y la calidad de los infractores que se merece. Es decir, la respuesta normal no es un elemento independiente del problema sino que es un elemento co-constitutivo del problema.

En este campo y por lo menos en América Latina, han predominado en el campo de la llamada delincuencia juvenil, han predominado dos perspectivas a mi juicio, igualmente equivocadas. Dos perspectivas para entender, para analizar pero al mismo tiempo para responder al problema de la llamada delincuencia juvenil. Una primera perspectiva, que yo llamaría retribucionismo hipócrita y una segunda perspectiva que yo llamaría, paternalismo ingenuo. La perspectiva de retribucionismo hipócrita, es una perspectiva que para decirlo en forma rápida, es una perspectiva para la cual el derecho penal lo es todo; el derecho penal en esta perspectiva, en esta visión que yo podría llamar pampenalista de lo social, la única forma de resolución de los problemas sociales es a través del instrumento del derecho penal. En términos de política criminal esta propuesta se traduce en propuestas permanentes de, aumento de las penas, baja de la edad de la imputabilidad, endurecimiento del sistema, etc., etc.

Llamo a esta propuesta retribucionismo hipócrita por la sencilla razón que como mínimo, uno puede pensar que una propuesta como esta ignora cuales son las consecuencias reales del funcionamiento del sistema de la justicia penal. Un sistema que hay que usarlo con muchísimo cuidado porque no puede desconocerse que tiende, muchas veces, a crear más problemas de los que resuelve.

En términos estrictamente pragmáticos, las propuestas de política criminal que surgen de esta perspectiva, baja de la edad de la imputabilidad, la

experiencia por ejemplo permite afirmar que la baja de 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 que esgrimen aquellos partidarios de la baja de la edad de imputabilidad penal, es que la criminalidad organizada adulta estaría utilizando jóvenes de 16 y 17 años por su carácter de inimputables, las consecuencias reales es que si yo bajo la imputabilidad a los 16 años, la criminalidad adulta estará buscando jóvenes de 15 y 14; si bajo la imputabilidad a los 14, la delincuencia adulta estará buscando jóvenes de 12 y 13 años.

Este es un ejemplo muy claro, un ejemplo típico de como, bajo una fraseología de ley y orden, se crean en la práctica más problemas de los que se resuelven. Esta es una perspectiva. Frente a la perspectiva del retribucionismo hipócrita, para la cual repito el derecho penal lo es todo, surge una perspectiva que yo denomino del paternalismo ingenuo para la cual, el derecho penal no es nada. El derecho penal es absolutamente incapaz de resolver ningún tipo de problema y el derecho penal es incapaz incluso de, disminuir los niveles de violencia social existentes en una sociedad. Para esta visión, los jóvenes menores de 18 años son incapaces de cometer delitos graves y, cuando cometen delitos de esta naturaleza inmediatamente son problemas que deben ser atribuidos a la edad, perdonados, dejados pasar, etc., o se establece un vínculo peligrosísimo, un vínculo automático entre pobreza y criminalidad. Hablo de la peligrosidad, por ejemplo para la democracia el establecimiento de un vínculo automático entre pobreza y criminalidad -- más

allá de la injusticia que representa, frente a los pobres que no roban y a los ricos que roban. Este es el error grave de esta consideración de un vínculo automático ante pobreza y criminalidad.

Lo que me interesa en este caso subrayar, es que frente a este carácter aparentemente más que contradictorio antagónico de estas dos propuestas, de un retribucionismo hipócrita de un lado y de un paternalismo ingenuo del otro, lo que yo sostengo es que estas dos propuestas son sólo aparentemente antagónicas; de hecho subyace, como un 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 -- uso la palabra menor entre comillas -- a veces como objeto de la compasión y a veces como objeto de la represión.

Al principio yo hacía mención que, a partir de 1989, concretamente a partir de noviembre de 1989, con la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que está en juego no es sólo una contradicción jurídica entre la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Ley Nacional de cualquier país de la región y las viejas leyes de menores basada en la doctrina de la situación irregular, si no, lo que está en juego es en realidad un conflicto de paradigmas en el sentido que un científico, un estudioso de la filosofía de la ciencia, Tomas Kun (?), en su libro, La Teoría de las Revoluciones Científicas usa ese concepto muy fuerte de paradigma.

Hay un choque de dos paradigmas, el paradigma que expresan las viejas leyes de la doctrina de la situación irregular, para los cuales en el contexto de la delincuencia juvenil los menores son una vaga categoría sociológica y se

puede ser más o menos delincuente -- es una categoría absolutamente imprecisa -- y el paradigma garantista que expresa la Convención Internacional de los Derechos del Niño, particularmente en este aspecto en su Artículo 40. Digo particularmente en su Artículo 40, por que voy a volver sobre esto, porque aquí es importante apelar no sólo al espíritu de la Convención Internacional si no al texto de la Convención Internacional porque todos los llamados principios generales del derecho -- y cuando hablo de principios generales del derecho me refiero a los principios generales del derecho moderno, por lo menos del derecho iluminista posterior a la Revolución Francesa -- todos los principios generales del derecho se encuentran contenidos en el Artículo 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Se plantea entonces aquí, un conflicto de paradigmas. En la doctrina de la situación irregular el menor como una vaga categoría sociológica y, en el paradigma de la Convención que es el paradigma de la doctrina de la protección integral de Naciones Unidas, el adolescente infractor como una precisa categoría jurídica.

Los menores delincuentes como vaga categoría sociológica en el contexto de la doctrina de la situación irregular. No es este el momento para reconstruir en forma detallada los orígenes y el contenido específico de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina, eso sí rápidamente se puede decir, una doctrina jurídica que poco tiene de doctrina y muy poco tiene de jurídica. Si en este caso, de alguna forma asociamos lo jurídicos aunque sea vagamente, con una idea de justicia. Yo siempre acostumbro a afirmar que el derecho clásico de menores basado en la doctrina de la situación irregular, este

derecho de menores para dar una metáfora que a mí me parece clara -- se parece al derecho lo mismo que la música militar se parece a la música, es decir casi nada. En este contexto de la doctrina en situación irregular, una doctrina que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, una doctrina perversa en la cual cuando un niño se encuentra en dificultades, automáticamente se convierte en un menor. Yo quisiera abrir un paréntesis aquí por qué estoy usando esta dicotomía entre niño y menor. La palabra menor tiene un doble significado como mínimo; tiene un significado técnico jurídico y su uso técnico jurídico es impecable, es inobjetable. Cuando nosotros estamos haciendo un uso técnico jurídico de la palabra menor, lo hacemos sin ningún tipo de contenido peyorativo ni de discriminación. Decimos, tengo un hijo menor de cuatro años; aquello está prohibido para menores de 18 años, este es un típico uso técnico jurídico del concepto de menor pero, difícilmente nosotros decimos, en mi casa tengo tres menores, a menos de que se hayan escapado de alguna institución y los tenga en mi casa. Cuando nosotros no usamos la palabra menores en su sentido técnico jurídico, nosotros estamos haciendo un uso -- aunque lo hagamos inconscientemente -- profundamente peyorativo y estigmatizante del concepto de menor. En este caso el concepto de menor designa a los otros, a los excluidos, a los marginados, para ser muy duro yo diría que es una especie de excrecencia de la categoría infancia -- lo que sobra, lo marginal de la categoría infancia.

En este contexto, en el contexto de la doctrina de situación irregular, no es posible usar el concepto de delincuente si no entre comillas. En un contexto jurídico garantista, el término delincuente denota el 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 delincuencial de un menor, se refiere casi exclusivamente -- en el contexto de la doctrina de situación irregular -- a rasgo de su personalidad o por otra parte a la supuesta, ya que nunca debidamente investigada, comisión de actos antisociales.

Qué constituye un acto antisocial, que es una palabra que abunda en todas las leyes de menores, porque todo el derecho de menores se construye en base a eufemismos. Todo el mundo, durante setenta u ochenta años ha hecho de cuenta qué. Las resoluciones judiciales muchas veces decían, ordeno que se tome la medida adecuada y, una de las formas de sobrevivir era no comprobar cual era la medida adecuada que se tomaba. 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. Si el derecho ya tiene algunas características esotéricas, el derecho de menores es doblemente esotérico, justamente por estar estructuralmente, fisiológicamente construido pura y exclusivamente sobre eufemismos.

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 las teorías peligrosistas del positivismo antropológico del siglo XIX. El concepto de acto antisocial y la competencia ilimitada del juez de menores que le otorgan las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular, son dos aspectos que se

complementan y refuerzan mutuamente, contribuyendo decisivamente a la consideración del menor -- otra vez, esquizofrenicamente a veces como un objeto de la compasión y a veces como un objeto de la represión.

Es posible que en estricto cumplimiento de la ley, un adolescente, en el contexto siempre de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, un adolescente perteneciente a los sectores medios o altos que haya cometido un delito gravísimos 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 convierte muchas veces en garantía de impunidad. Por eso, cuando una cierta opinión pública, que entre otras cosas generalmente siempre 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 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 medios 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 bagatela o incluso un acto antisocial, sólo posible de ser establecido en la cabeza de quien lo define, sea institucionalizado, un mero eufemismo para hablar de la privación de libertad. Fíjense que, alguien podría hasta hace algunos años, cuando yo hablé de dos paradigmas, hablé de la doctrina de la situación irregular y la doctrina de

protección integral. Cuando hablamos de doctrina de protección integral de la infancia, estamos hablando básicamente de cuatro instrumentos, de naturaleza diversa pero de igual importancia. Uno, el más importante, y por otra parte con carácter vinculante, es la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Pero hay tres instrumentos más que son, las llamadas reglas de Naciones Unidas para la administración de justicia para la infancia, las llamadas reglas de Beijing; las Reglas de Riat para los jóvenes privados de libertad y las directrices de Riat para los jóvenes para la administración de justicia. Estos cuatro instrumentos, el primero de naturaleza vinculante y el otro aprobado en los congresos de política criminal de Naciones Unidas, conforma lo que se llama la doctrina de la protección integral.

Hago referencia a esto porque lo quería dar como un ejemplo, cuando yo afirmo la institucionalización es un mero eufemismo para designar la privación de libertad, hasta 1990, alguien podría haberme dicho, esta opinión es una mera opinión suya, decir que la institucionalización es un mero eufemismo para hablar de privación de libertad. Digo hasta 1990, porque desde que se aprobaron la reglas de Riat para los jóvenes privados de libertad, las Reglas de Riat, en su punto 11.b dice: "...por privación de libertad debe entenderse: cualquier medida ordenada por cualquier tipo de autoridad donde se coloque un menor de 18 años y no pueda salir libremente de esta medida impuesta." Es decir, independientemente de que esta constituya mi opinión, hoy en día además de constituir mi opinión, este pertenece al punto 11.b de las Reglas de Riat para los jóvenes privados de libertad.

Esto es el funcionamiento, esto es la construcción de un menor infractor en el contexto de la doctrina de la situación irregular.

El último punto en esta parte que yo quería tocar, cuando yo hago esta descripción del funcionamiento del sistema, sucede muchas veces que alguien que está vinculado al sistema -- un juez, un asistente social o quien sea -- pida la palabra para decir estas cosas, estoy hablando de quien trabaja en el contexto de leyes basadas en la doctrina de situación irregular, que alguien pida la palabra para decir, estas cosas en mi juzgado no pasan. Cuando alguien dice eso, mi primera reacción es, felicitaciones. El problema no es que estas cosas en su juzgado no pasen, el problema es que estas cosas podrían pasar y podrían pasar en estricto cumplimiento de la ley. Aquí, permítanme abrir un paréntesis, si a los adultos en general y además, si son blancos, propietarios, etc., se le pueden violar sus derechos en el proceso de funcionamiento del sistema, para las mujeres y para los menores de edad, buena parte de las violaciones fundamentales a los derechos humanos más elementales, están jurídicamente consagradas. Vean ustedes en la mayoría de los códigos penales de la región, todavía las disposiciones penales medievales que existen, respecto del infanticidio o respecto del adulterio, es decir, en el caso de los menores de 18 años y en el caso de las mujeres, la violación no solamente se da en la práctica de los derechos sino que hay una consagración normativa de esta violación flagrantes de los derechos humanos, en consecuencia, la reforma legislativa en este campo no es un lujo sino que es una necesidad impostergable.

Los menores como vaga categoría sociológica, al adolescente infractor como una precisa categoría jurídica. En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el menor se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría social de delincuentes se transforma en la precisa categoría jurídica

del infractor. Para ser meridianamente claros, digamos que la categoría del infractor se asemeja en cierta forma en una percepción garantista que surge de la Convención Internacional, un adolescente infractor no puede ser más una vaga categoría sociológica. Un adolescente infractor debería ser como una mujer embarazada, o se está o no se está; así como no se puede estar más o menos embarazada, no se puede ser más o menos infractor. En otras palabras, es infractor sólo que no 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 pasaje del menor delincuente al adolescente infractor, se encuentran contenidos en los dispositivos de la doctrina de la protección integral, a la que anteriormente aludí.

Quiero ahora hacer rápida mención a cuatro temas, cuatro conceptos fundamentales que rodean esta discusión, donde el objetivo permanente -- ya que partí de la base diciendo que en pocas áreas de la política para la infancia se concentran tantos mitos como en esta área, el objetivo fundamental es el objetivo de la desmistificación, para permitir una discusión crítica de estos problemas.

Me refiero a cuatro conceptos, imputabilidad, inimputabilidad, impunidad y responsabilidad, en este caso responsabilidad penal. Medido en términos de resonancia, por parte de los medios de comunicación y miembros de la clase política, no parecen existir dudas acerca del tema de la delincuencia y

particularmente, el tema de la delincuencia juvenil, ocupa en casi todos los países -- creo que no se puede decir en casi todos, yo diría 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 a temas del área económica tales como inflación, desocupación, etc. Con razón o sin razón, lo que estoy queriendo decir es que este tema de la inseguridad, el tema de la delincuencia y particularmente el tema de la delincuencia juvenil, se constituye hoy en día, nos guste o no nos guste, en uno de los temas fundamentales del debate de lo social y de lo político en nuestra región.

El tema de la delincuencia juvenil por otra parte es de carácter cíclico. Seguramente cada uno de ustedes podrá corroborar esto pensando en los ejemplos de su propio país, digo de carácter cíclico en la medida que 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, 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 ni siquiera saben cual es el número de los menores de 18 años privados de libertad; esta que debería ser la más obvia de las informaciones -- repito, salvo a algunas excepciones, Costa Rica es una de las excepciones positivas pero poquísimas excepciones - la mayor parte de los países de la región no saben cuantos menores de 18 años están privados de libertad.

En el medio de este vacío de información, de la más elemental cuantitativa, los medios de comunicación substituyen la ausencia de información estadística con frases tan -- lo digo entre comillas obviamente -- tan precisas como, el aumento alarmante de la criminalidad juvenil. Dificilmente quien no tenga las cifras más elementales pueda responder. Fíjense como la producción de información cuantitativa es el resultado de una prioridad política. A ningún diario se le ocurriría decir, que en tal país la inflación en el mes pasado fue del 8 por ciento, si en realidad fue del 2.3 o del 1.5. Es decir, donde hay una prioridad política hay información cuantitativa confiable, donde no hay todavía una prioridad política, no hay información cuantitativa confiable.

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

Veamos brevemente la génesis típica de un proceso de alarma social. Los medios masivos de comunicación seleccionan de un universo más basto algunos casos de delitos graves o reales supuestamente cometidos por menores de edad. La ausencia de información estadística confiable, permite que en este 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 -- entran por una puerta y salen por la otra. 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, como decía

anteriormente, en cuyo contexto, en algunos casos, la impunidad está estructuralmente asegurada y, en otros casos pasa exactamente lo contrario. La solución mágica, frente a este desorden jurídico e institucional, aparece así bajo la forma de la rebaja de la edad de imputabilidad; generalmente, fijada en la mayoría de los países de la región en 18 años. El tema de la imputabilidad o inimputabilidad 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 estas últimas sin embargo el factor decisivo, que explica una condición esencialmente jurídica. Los menores de 18 años que son sujetos en desarrollo para la sicología evolutiva, resulta en última instancia inimputables por una decisión política del legislador y no por su característica de tipo personal. Es decir, lo que quiero dejar muy claro es la desacralización del concepto de imputabilidad; la imputabilidad o la inimputabilidad es una decisión porque es una construcción jurídica y es una decisión de política jurídica y más particularmente, de política criminal por parte del legislador. 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 constituyen 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 consecuencia que el código penal o

leyes conexas prevén 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 las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular y la enorme selectividad del funcionamiento real de los sistemas de justicia, se han 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.

Cómo superar este problema, como superar este falso dilema, este falso antagonismo entre un retribucionismo hipócrita y un paternalismo ingenuo.

Me permito aquí muy rápidamente esbozar las bases para un sistema de responsabilidad penal juvenil en la cual se supere esta falsa antinomia, esta falsa contradicción que por otra parte -- digo falsa en la medida en que, considero que estas dos perspectivas aparentemente contradictorias, están profundamente mancomunadas en la consideración de los menores de 18 años como meros objetos del derecho y no como sujetos del derecho.

Me permito leer algunas de las características que debería tener un sistema de responsabilidad penal juvenil que quiera constituirse en adecuación substancial con la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

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 los adolescentes de 12 a 18 años -- digo esto porque ya la palabra niño y adolescente no es más en la región, un

mero concepto de la sicología evolutiva, además es un concepto de naturaleza jurídica. En todas las nuevas legislaciones adecuadas a la Convención Internacional, sin excepción, existe un dispositivo en estos 9 o 10 países que yo dije que han pasado por este proceso de reforma legislativa, existe un dispositivo jurídico que dice, a los efectos de este código o a los efectos de esta ley, se entenderá por niño a todo ser humano hasta los 12 años, incompleto y por adolescentes a todo ser humano de los 12 a los 18 incompletos.

La responsabilidad penal significa que los adolescentes se les atribuye 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 substancialmente respecto de la imputabilidad en tres puntos fundamentales: a) en los mecanismos procesales; b) en el monto de las penas para los adultos que difiere del monto de las medidas socio educativas para los menores de 18 años y c) en el lugar físico de cumplimiento de la medida.

3. Los menores de 12 años no solo no 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 podría constituir una infracción penal, en ese caso corresponde -- mera medida de protección.

4. El adolescente infractor es y debe ser una precisa categoría jurídica.

5. Un sistema de responsabilidad penal juvenil, presupone la existencia de una gama de medidas socio educativas que permitan dar respuestas diferenciadas, según el tipo de infracción cometida.

6. 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.

Abro un paréntesis aquí, la Convención Internacional ha -- esto no es un eufemismo -- constitucionalizado el derecho de la infancia. Me permito dar un ejemplo, todas las constituciones de nuestra región, todas sin ninguna excepción, traen un párrafo, generalmente en la primera parte de la Constitución que expresa más o menos de esta forma, dice, "...nadie o ninguna persona humana, o ningún habitante de la República, podrá ser detenido si no en flagrante delito o por orden escrita de autoridad judicial." Este dispositivo constitucional que explícitamente dice nadie, ninguna persona humana, ningún habitante de la República, por lo menos surge de mitad del siglo XIX en nuestra región. Pues bien, todas las legislaciones de menores basadas en la doctrina de la situación irregular, todas, todas hasta 1990, hasta que empiezan a adecuarse a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se olvidaron de que los menores de 18 años no son nadie o no son personas humanas o no son habitantes de la República. Mientras no exista una reforma constitucional que diga, los menores de 18 años o las garantías y derechos fundamentales que rigen para todos los habitantes de este país o para todos los seres humanos no rigen para los menores de 18 años; mientras este dispositivo constitucional no exista no se entiende por

qué, durante 70 o 80 años hemos negado sistemáticamente esta condición de ciudadano a aquellos por el mero delito de ser menores de 18 años.

La privación de libertad es una medida excepcional y último recurso que debería ser el resultado de infracciones gravísimas. Para que la privación de libertad como medida definitiva se convierta efectivamente en una medida excepcional, la experiencia demuestra que es necesario que se 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; b) que el órgano administrativo diseñe, construya y ejecute el conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad.

Aumento de la competencia del Ministerio Público; inclusión de la institución de la remisión. La remisión consiste, para decirlo en forma rápida y esquemática, en la posibilidad de la terminación anticipada o extinción del proceso; cuando el conjunto de circunstancias que rodean el hecho permite hacer presumir que la instauración de un proceso, por el carácter bagatela o leve del hecho, crea más problema de los que ayuda a resolver.

En este contexto se vuelve a replantear ahora sí el tema de, el trabajo con los adolescentes infractores. Uno de los dilemas que se plantea es, explícita o implícitamente en el trabajo concreto es, cura de patologías o construcción de ciudadanía. Casi cualquier verificación empírica seria 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. Una que podría llamarse enfoque represivo clásico y otra, el enfoque cómplice de la marginalidad. En este caso cualquier coincidencia o cualquier semejanza con el paternalismo ingenuo y el retribucionismo hipócrita no es una mera coincidencia.

De manera creciente y en forma similar aunque en menor escala respecto de lo que está aconteciendo en el mundo de los adultos, el cinismo gana posiciones también en este campo de tratamiento de los infractores menores de edad; muchas veces en detrimento no sólo de la práctica sino también de la propia ideología de la rehabilitación. En las teorías de rehabilitación de delincuentes adultos, teoría 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, ya no más con una supuesta mejoría o rehabilitación sino con el argumento de que aquellos que se encuentran en una institución de detención, con certeza no pueden cometer delitos en el mundo exterior, durante el período de 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.

En el segundo enfoque, que aquí llamo cómplice de la marginalidad, es un enfoque encarnado mucho más por individuos que por instituciones. Se

manifiesta en forma difusa, en comportamiento de algunos educadores que trabajan en forma más o menos directa con jóvenes infractores, en el contexto de la doctrina de la situación irregular. Una profunda deligitimación de las respuestas institucionales, independiente 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 de niño o adolescente como sujeto de derechos, desaparece explícita o implícitamente en esta perspectiva, siendo substituida 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 perseguidos 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 mero objeto del derecho y las políticas sociales. 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 síquica. En otras palabras, se trata de una tendencia muy clara a la mecadicalización o a la patologización de los problemas sociales.

Muy rápidamente, en un sistema de responsabilidad penal juvenil, para el trabajo con infractores graves, resulta importante y solamente voy a ser una

mención muy rápida, a invertir los principios con los cuales se ha estado trabajando históricamente.

Me parece muy importante desarrollar dos principios. Lo que puede llamarse el incompleto institucional y el incompleto profesional. Alguien ha dicho que el trabajo pedagógico en condiciones de privación de libertad y, no cuesta mucho darse cuenta de esto, es casi una contradicción in situ, es decir preparar a alguien para la libertad en condiciones de privación de libertad, como dice un jurista por ahí, es como enseñarle a alguien jugar el fútbol adentro de un ascensor. En consecuencia, la primera cosa es disminuir las consecuencias negativas de la privación de libertad.

El principio del incompleto institucional, significa invertir lo que ha sido un principio central de las instituciones de privación de libertad en general, pero específicamente de menores de 18 años. Las llamadas por ejemplo instituciones el sistema Borstal, Suizo, de fines del siglo pasado y comenzó de este siglo, cuando uno visitaba una institución para menores infractores como vaga categoría sociológica, el principio que predominaba era el principio del completo institucional. Alguien llegaba de visita y le decían -- mire, aquí está el dormitorio, aquí está la escuela, aquí está el dentista, aquí está el médico, y aquí está el cementerio, cuando se mueren los enterramos acá adentro. Es decir, el orgullo de la institución, era la completud institucional. Se trata de invertir radicalmente este principio y el incompleto institucional consiste en, convertir a la institución en lo más dependiente posible del mundo exterior. Se trata que, los servicios del mundo exterior penetren en la institución, no se trata de tener un maestro de música para infractores, se trata de tener un maestro de música; no se trata de tener un

profesor de gimnasia para jóvenes delincuentes, lo que se trata de tener es un gimnasio normal. Este es el principio del incompleto institucional. El principio del incompleto profesional es el mismo principio, en vez de ser aplicado a la institución, aplicado a los profesionales que trabajan con estos jóvenes en privación de libertad. De lo que se trata contrariamente a esta idea equivocada, de que es necesario crear un vínculo permanente entre el adolescente infractor y el educando, de lo que se trata es de crear vínculos patológicos que se crean en condiciones de privación de libertad. Uno coloca en una situación de privación de libertad a un santo y a los seis meses está pegando a los muchachos en condiciones de privación de libertad. Se establece una complicidad pedagógica negativa; de lo que se trata es de romper esta complicidad pedagógica negativa en la cual, cuando alguien está trabajando con privados de libertad, termina trabajando con las consideraciones de la privación de libertad.

Por último y para terminar, el tema de la democracia y, el tema de la seguridad ciudadana. Yo no pretendo desarrollar aquí este tema en forma detallada, sí creo en cambio correcto introducirlo como una forma, como dije al principio de confirmar su importancia y sobre todo su estrecho vínculo con los temas que seguramente ustedes aquí han analizado.

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 sin ecuanon y requisito imprescindible para la existencia de ciudadanía. Tanto derecho tiene la sociedad a su seguridad colectiva,

cuando derecho tiene cada individuo, no importa si tiene más o menos de 18 años, mientras las constituciones en nuestra región digan lo que digan, tanto tiene derecho tiene el individuo a la preservación de sus derechos fundamentales.

También en este punto es necesario rechazar sofismas y falsos dilemas y repito, 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, sobre todo de los infractores graves, privados de libertad.

La necesidad de un sistema de responsabilidad penal juvenil constituye una necesidad impostergable. No creo exagerado afirmar que de una toma plena de conciencia sobre la importancia de estos temas, depende en parte también, el futuro, pero sobre todo el presente de la democrática nuestra región.

Muchas gracias.