SITUACIÓN SOCIAL DEL MENOR INFRACTOR EN AMÉRICA LATINA*

Zulita Fellini

Desde el punto de vista del menor de edad que infringe una norma penal en nuestro continente, o por lo menos en el sistema latinoamericano, su situación social y jurídica es vulnerable.

Sin duda estamos asistiendo a una época de modificaciones en el sistema estructural del concepto de familia, donde se valoran roles y responsabilidades diferentes de la mujer, de los niños y adolescentes, de los cónyuges, de la pareja, y también de los otros adultos, incluyendo consideraciones a la tercera edad, que tienen que ver con un lugar y una función social y familiar. En este nuevo modelo estructural hay acomodamientos que influyen seguramente en los modelos de contención familiar y social. Habrá que detenerse a pensar tal vez, cuál es el modelo de familia que el Estado quiere generar para el futuro, y cuáles son las normas adecuadas para su sustento.

En la estructura familiar, el niño y el adolescente tienen obligaciones y responsabilidades que exigen res peto para su cumplimiento.

La situación del menor de edad que infringe normas jurídicas es vulnerable porque atenta contra valores sociales que tradicionalmente en nuestras legislaciones se han prioritado en descuido de otros valores fundamenta les del propio menor, como lo demuestra la adopción del modelo de pura defensa social, distinguible del modelo de bienestar, propio de las legislaciones angloamericana y escandinava, en las cuales básicamente se resaltan aspectos de la política social; y del modelo de justicia de meno res donde predominan aspectos garantistas, criterio propuesto como modelo de recambio por el moderno derecho de menores.

Los modelos llamados de bienestar y los garantísticos que sin duda son aceptados y apoyados por las instituciones convocantes, tienen el mérito de abrir un nuevo enfoque de la cuestión.

* Ponencia presentada ante el seminario latinoamericano "Infan cia, situaciones de riesgo y políticas de prevención en América La tina en el marco dé la Convención Internacional de los Derechos del Niño", celebrado en la ciudad de Buenos Aires, desde el 10 ál 14 de septiembre de 1990.

Hablar del menor infractor en Latinoamérica tiene hoy una connotación distinta según sea la óptica de la política ejercida por el sistema de menores de que se trate específicamente.

Desde el punto de vista de la administración de justicia de menores, existen aún diferencias significativas en la actividad que realizan los tribunales administrativos o consejos tutelares, y los tribunales judiciales, para resol ver cuestiones propias de menores de edad.

En la actualidad tenemos que advertir la vulnerabilidad que surge de la transición de los llamados modelos de pura defensa social, en los cuales se considera que el menor, por su corta edad, no comprende los imperativos legales, y constituye por lo tanto una fuente de peligro para los bienes jurídicos de la comunidad, cuestión que se soluciona cuidando al menor para que no atente contra ellos. Los cuidados ejercidos sobre esa fuente de peligro han estado confundidos durante mucho tiempo acerca de la legitimidad y finalidad del cuidado.

Como consecuencia de ello, el modelo de pura defensa social intentó justificarse en la legitimación por la eficacia, y en la idea de humanización. Esto permitió afirmar el concepto de medidas tutelares, o medidas de seguridad , en contraposición con las penas que se creyeron privativas del derecho de adultos.

El sistema de menores destinado a la solución de conflictos sociales representados por la infracción de leyes penales es, por lo general, un sistema de doble reacción, de difícil diferenciación.

La respuesta tutelar para menores no responsables, o para menores relativamente responsables por un lado, y

las respuestas represivas para menores responsables, no alcanza en la práctica una diferenciación que pueda ser efectivamente identificable. Cuando un menor está en cerrado en un establecimiento, cumpliendo una pena o una medida, desde el punto de vista externo no tiene ninguna diferenciación. Su inclusión en uno u otro sistema depende de la edad.

El punto más problemático del sistema tutelares, a mi juicio, la violación de la libertad, o una seria restricción de la misma.

Las medidas tutelares son medidas que no están condicionadas por el carácter de responsabilidad del autor del hecho; por ello se permite en nuestras legislaciones una extensión a hechos que no presuponen responsabilidad. Concretamente hay intervenciones de tipo preventivo en los casos de abandono, de falta de asistencia, y del llama do peligro material o moral, permitiéndose incluso la aplicación de medidas tutelares al menor absuelto o sobreseido.

Este razonamiento tradicional del problema deriva del planteamiento según el cual lo que legitima la medida tutelar es su eficacia.

La noción de eficacia como criterio de legitimación es una cuestión altamente discutida. En realidad lo que legitima no es la eficacia, sino la compatibilidad de la misma con las normas establecidas por los derechos fundamentales.

Generalmente el problema ha sido tratado desde el punto de vista positivista, según el cual sé ha dicho: lo que es importante es que estas medidas son eficaces, y como estas medidas son eficaces, también son legítimas. Sin embargo, aun dentro del contexto, a mi juicio falso, de la legitimación por la eficacia, la cuestión es sumamente discutible: en primer lugar porque los puntos de vista con que se ha nutrido la ideología tradicional de estas legislaciones, es que la eficacia y la humanidad de las con secuencias, en la medida en que se excluye la sanción como forma de respuesta del Estado/alcanza para determinar su utilidad:

Hasta ahora, la eficacia no ha sido demostrada.

No hay ningún dato que pruebe que el sistema vigente en Latinoamérica para menores infractores, con las medidas tutelares, logre alguno de los fines plausibles.

En realidad lo que existe es la comprobación de que ninguno, o muy pocos, de los casos sometidos a esta medidas obtienen los éxitos que de ellos se esperan.

Del contenido de eficacia y humanización que se atribuye a las medidas del derecho vigente, se suele deducir, a los efectos, del cuestionamiento de los derechos funda mentales, que las garantías jurídicas son en verdad innecesarias. La ideología del derecho tutelar afirma que las medidas tutelares no son en realidad un mal, sino un bien para la persona que las recibe.

Esto no es una característica de la teoría de ' 'pura defensa social" de los sistemas latinoamericanos, sino que

ha sido una parte muy considerable de las posiciones penales, sobre todo, durante la primera mitad de este siglo.

También en otros países de ámbito cultural diferente, como Alemania, se ha considerado que el derecho penal de menores, entendido desde este punto de vista, venía a constituirse básicamente en el pionero de la reforma del derecho penal de adultos.

La afirmación de que las medidas tutelares son un bien, y por lo tanto no es necesario que estén rodeadas de garantías, es decir, limitaciones al poder del Estado, es una afirmación científicamente insostenible. No sólo porque en el contexto de la privación o restricción de libertad ellas carecen de posibilidad de educar, por ejemplo, sino porque además es prácticamente seguro que tienen un alto efecto estigmatizante que impide la reinserción en la sociedad. Son medidas que no reinsertan, sino que aíslan aún más; y, por último, las investigaciones empíricas sobre los efectos' 'positivos", de las penas privativas de libertad, no alcanzan a demostrar que éstas tengan efectos preventivos.

Naturalmente, ni esta ni ninguna otra afirmación se puede verificar empíricamente.

Yo diría, por lo tanto, que los intentos de legitimación que podemos llamar interna, basados en la idea de eficacia y de humanidad, son intentos de legitimación intrasistemáticos que se deben considerar en ese sentido fracasados.

Al respecto, Hassemer, por ejemplo, dice: "Jueces es penalizados en la educación juvenil, piensan que los jóvenes no reciben la ayuda necesaria para su resocialización, porque las causas profundas del hecho punible y sus conexiones con el campo social de referencia al acusado, raramente se ponen de manifiesto en el proceso".

La consecuencia es, entonces, que no se puede legitimar el sistema actualmente vigente en América Latina mediante una lesión a los derechos fundamentales.

La cuestión esencial en este tema proviene de un falso planteamiento del problema jurídico. En realidad no se trata de la innecesariedad de las garantías porque las medidas tutelares son un bien, se trata de que estas medidas afectan derechos fundamentales en forma considerable, y por lo tanto es preciso establecer si las consecuencias sobre la privación de derechos fundamentales están o no justificadas.

En el Estado de Derecho el bien son siempre los derechos fundamentales. Las medidas tutelares previstas como consecuencia de un hecho punible no son nunca un bien, sino una limitación de los derechos fundamentales.

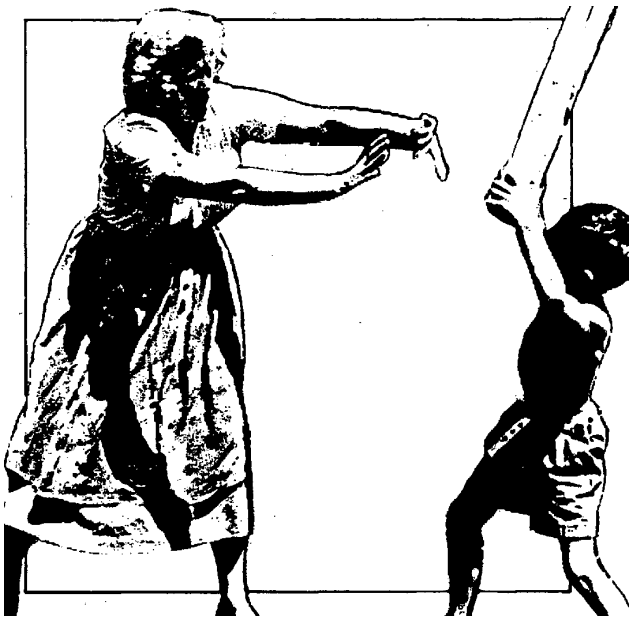
Lo que no es ilimitada es la intervención del Estado, que debe ser básicamente limitada, medible y controlable; por lo tanto, todo control estatal sobre estos derechos debe ser también controlado.

De acuerdo con esto, cabría afirmar que la *limitación* debe ser en primer lugar *adecuada* para la protección del bien jurídico al cual se dirige.

En segundo lugar debe ser *necesaria*, no debe tratarse de medidas que permitan alcanzar los mismos fines con otras medidas menos gravosas para el bien jurídico. En tercer lugar debe requerirse que la restricción del derecho fundamental sea *extgible al que la sufre.*

Otra cuestión resulta de confrontar la medida tutelar con la idea de *dignidad* de la persona, que es uno de los derechos fundamentales a los cuales se ha hecho referencia. El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11, dice: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad"; de la dignidad de la persona se deriva que no puede haber pena sin culpabilidad; pero, además, que no puede haber medida de seguridad sin delito. Es decir, que sólo cabe aplicar una medida cuando se haya cometido un delito previamente calificado por ley.

La dignidad de la persona se encuentra afectada cuan do se aplican medidas que presuponen la comisión de un delito a personas que no lo han cometido. Criterio también receptado como violación al principio de legalidad.

Podríamos mencionar en el actual sistema, también, violaciones al derecho de intimidad, y oblicuamente a la presunción de inocencia.

Hay consenso en los debates sobre el tema, acerca de la necesidad de la reforma de las legislaciones vigentes; sin embargo, los problemas planteados como insertos en un periodo de transición de modelos de política de menores, obstaculizan, a mi juicio, por el momento, cualquier cambio radical desde el punto de vista legislativo. No obstante ello, los avances en ese sentido están siendo operados en la práctica, mediante la implementación de otras medidas alternativas a la institucionalización de menores, que tienen que ver con la aceptación de mutación de criterios desde perspectivas judiciales y administrativas.