

Teoría y práctica en las instituciones para menores infractores¹

Elena Azaola G.*

En este artículo se trata de hacer un recuento de los modelos que rigen a la justicia para menores infractores y la incidencia de dichos modelos en las instituciones para menores infractores. Para tal efecto se realiza un recorrido en la polémica que se ha generado sobre dos importantes modelos a nivel teórico, por un lado el modelo tutelar y por el otro el garantista. Y a nivel práctico se hace énfasis en la gran importancia de la Convención sobre los Derechos de los Niños, así como otros instrumentos internacionales en la materia. Se habla de una ruptura en las prácticas.

Durante el recorrido teórico del que hablamos se realizan varias críticas a los dos modelos. La más importante en el modelo garantista se refiere a que no restituye a los niños en el lugar de sujetos plenos de derechos y en cambio los devuelve al ámbito penal. Por su parte la crítica más fuerte de la teoría tutelar se refiere a que no es un modelo diseñado para actuar en tanto cortes de justicia a los sujetos que violan las reglas, sino que su labor se orienta a controlar-reprimir a un sector de la infancia marginal o desfavorecida, a los que otorga el mismo trato que a los menores que han infringido normas penales. Durante la década de los ochenta fue calificada de ser un sistema autoritario y discriminatorio, empleado para controlar a ciertos sectores. Por tanto se hace un llamado para volver a la legalidad, a hacer de los niños sujetos de pleno derecho, establecer una serie de garantías para limitar el poder del Estado en la adjudicación de consecuencias legales a los adolescentes que infligen la ley.

En la práctica como ya se dijo un punto medular fue la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que actúa como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia que se encuentra a partir del reconocimiento de derechos y deberes de los niños. Finalmente se establece que éste es un primer esbozo que no puede considerarse plenamente representativo del garantismo. Proponiendo trabajar para sentar las bases para regular la relación entre los niños y el Estado, los niños y los adultos.

The purpose of this article is to name the different models that governs justice for minor criminals and the incidence of such models in the institutions for minor delinquents. For such effect, we go over the controversy developed upon two important models to a theoretical level, on one side the tutelary model and on the other "warranty". In a practical level we emphasize the great importance of the Children Rights Convention such as other international instruments on the subject. It speaks about a rupture of practices.

Throughout the theoretical study that we mentioned earlier, both models are being criticized. The most important critic made to the "warranty" model refers to the fact that does not restore the minors in the place of being invested with legal rights instead it takes them back to the criminal scope. On the other hand, the strongest critic to the tutelary model is that is not design to act as courts of justice individuals that break the laws, but instead it works by controlling and repressing a group of minors under poverty or limited, and they are given the same treatment as those who have broken criminal laws. During the 80's it was qualified as an authoritarian and discriminatory system used to control certain groups. It is necessary to return to legality, and make minors individuals invested with rights, and establish guaranties to limit the power of the government of the adjudication of the legal consequences to minor criminals that break the law.

In the everyday practice, as it was mentioned before, the Convention for the Rights of Children is a very important issue, which establishes order between the relationship of the government, the children and family, that is found based on the recognition of obligations and rights of minors. Finally, it states that this is an outline that does not represent the "warranty". Suggesting to work to create the foundation to regulate the relationship between the children and the government and the children and the adults.

¹ Conferencia impartida en la Reunión Nacional sobre Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Menores Infractores, celebrada en la Secretaría de Gobernación el 30 de agosto de 2000.

* Antropóloga y psicoanalista, investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.

Esta presentación gira en torno de dos temas sobre los cuales quiero proponer algunas ideas para la discusión. Se trata, por un lado, de algunos puntos de vista acerca de los paradigmas que se disputan el dominio del campo de la justicia de menores, por otro, de la incidencia que estos modelos tienen sobre la práctica de las instituciones para menores infractores.

En lo que se refiere a la teoría, me parece importante destacar que, durante casi diez años, hemos asistido al debate/polémica que ha colocado, en un lado, a los defensores del modelo tutelar y, de otro, a los del "garantista". Esta polémica ha entrampado la discusión y conducido a callejones sin salida en la medida en que se discute más acerca de las etiquetas y mucho menos en torno de los contenidos y los problemas de fondo.

En lo que se refiere a la práctica, se ha dicho que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño así como otros instrumentos internacionales en la materia a los que nuestro país se ha adherido libremente, representan una especie de ruptura epistemológica que delimitan con claridad un antes y un después. Esta ruptura no es, no debe ser, una ruptura sólo en las leyes, ni en los términos que usamos sino que, fundamentalmente debería observarse como una ruptura en las prácticas. Es ahí donde menos se le aprecia.

Hasta donde conocemos, sigue habiendo una continuidad en las mismas tanto en instituciones que se rigen por el modelo tutelar como en las que operan bajo el llamado garantista, lo que deja en claro que este último no ha permeado, no se ha traducido, como debería, en el modelo que restituya a los niños en el lugar de sujetos plenos de derechos. Los niños siguen siendo vistos, en buena medida, como sujetos de excepción, como sujetos para los que existe un derecho especial y distinto que los deja fuera de las garantías que rigen para los adultos.

En lo que sigue intentaré desarrollar por qué considero que el pasaje de un modelo a otro se justifica y por qué estimo que se trata de un pasaje que no se ha completado.

Una de las críticas que se ha dirigido al (mal) llamado modelo garantista es que pretende devolver a los niños al ámbito penal, del cual el modelo tutelar suponía haberlos "rescatado". Como ya lo han explicado los especialistas, se trata de que el adolescente que transgrede las normas de la convivencia social más amplia responda por sus actos como debería cuando transgrede alguna norma de la convivencia familiar o escolar. Como lo ha propuesto Gomes Da Costa:

Hacer que él responda por su acto es una actitud de elevado tenor pedagógico-social siempre que se le asegure el debido proceso con todas las garantías previstas por la ley, y siempre que él tenga derecho al pleno y formal conocimiento del acto que le esté siendo atribuido, a la defensa con todos los recursos a ella inherentes y a la presunción de inocencia, o sea, a las garantías procesales.²

La medida que se le imponga, agrega, debe ser una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por el adolescente y, al mismo tiempo, debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano. Concluye:

...a medida que el adolescente percibe que no fue víctima de un acto antojadizo, sino que tuvo, a través de la igualdad en la relación procesal, la condición de defenderse, se da cuenta de que la respuesta de la sociedad no es arbitraria. En este momento, él está frente a una dura pero eficaz oportunidad de comprender la justicia como un valor concreto en su existencia (1998: 63).

Al explicar la naturaleza de la dimensión jurídica de la acción socio-educativa que propone, apunta que

Es de ese enfrentamiento con la propia realidad, de la evaluación de sus actos y de sus consecuencias sobre el medio social y, en especial, sobre sus víctimas, que nace la conciencia acerca de la propia responsabilidad, sin la cual la especificidad de la acción socio-educativa no se consuma."

Por tanto, propone que:

El trabajo desarrollado junto al adolescente autor de un acto infractor de la ley penal debe ser parte de una pedagogía orientada a la formación de la persona y del ciudadano y, por ende, a la formación y desarrollo del sentido de responsabilidad del educando consigo mismo y con los otros.

En suma, señala que:

Crear las condiciones para que el adolescente se sienta responsable, no sólo de su pasado, sino de su presente y de su futuro, debe ser el objetivo central de la acción socio-educativa que desarrollamos junto a él (1998: 65-66).

² Antonio Gomes da Costa, "Pedagogía y Justicia", en: García Mándaz y Belof, comps., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Bogotá, Depalma-Buenos Aires, 1998.

Una de las críticas más difíciles de rebatir que en tiempos recientes han dirigido los especialistas en contra del modelo tutelar es que las instituciones orientadas por este modelo no están diseñadas para actuar en tanto que cortes de justicia sujetas a los principios que rigen los procedimientos para adscribir consecuencias legales a los sujetos que violan las leyes, sino que su labor se orienta a controlar-protger-reprimir a un sector de menores clasificados como abandonados, incorregibles, en estado de peligro o en situación irregular. Es decir, se dirige a sectores de la infancia marginal o desfavorecida a los que otorga el mismo trato que a los menores que han infringido las leyes penales.

Hoy día es difícil sostener un sistema así bajo el argumento de que se les otorgan medidas de protección y no de sanción, más aún cuando se ha evidenciado la distancia que existe entre sus propósitos manifiestos, las medidas que emplea y sus resultados.

Este modelo comenzó a ponerse en cuestión en buena parte de los países de Latinoamérica durante la década de los ochenta pero no fue sino hasta que se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que quedó en claro su falta de concordancia con los principios del debido proceso, de las garantías, así como se reveló como un modelo anticonstitucional, lo que puso en entredicho su legitimidad para seguir operando, dado que se trataba de un sistema autoritario y discriminatorio, empleado para controlar a ciertos sectores.³

De ahí que se llamara a volver a la legalidad, a hacer de los niños sujetos de pleno derecho, no de excepción, a establecer una serie de garantías para limitar el poder del Estado en la adjudicación de consecuencias legales a los adolescentes que infringen la ley. Entre estas garantías cabe destacar las de: determinación de una edad mínima y máxima de sujeción a procedimientos para menores; presunción de inocencia; celeridad del procedimiento; defensa; proporcionalidad de las sanciones; no obligación al careo judicial; contradicción y oralidad del procedimiento. Así mismo: la protección respecto de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; el trato diferenciado respecto de los adultos; el derecho al contacto permanente con la familia y la privación de la libertad sólo como último recurso.

Respecto al manejo laxo que hacemos de ciertas categorías y principios, Cillero (p. 73) ha hecho

notar que la única interpretación posible del principio de interés superior del niño es la de identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención; entre ellos los principios rectores de la no discriminación, de igualdad, de la vida en familia, de protección contra la violencia, de corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad y de tutela plena de los derechos y garantías de los niños y adolescentes como quedó establecido en la reciente reforma al 4º constitucional.⁴

Norbert Lechner, por su parte, ha formulado interesantes observaciones sobre el papel que juega la criminalidad juvenil en el imaginario social y de cómo se le emplea para canalizar temores sociales profundos y difusos, dado su carácter de irracional e impredecible. Esto da cuenta del impacto social de los actos delictivos cometidos por adolescentes y por la fuerza de su repercusión pública que en muchos casos se halla fuera de proporción, sobre todo si se le compara con la criminalidad de adultos, la corrupción, el tráfico de drogas u otras formas de violencia. Son temores difusos que hallan su concreción y se objetivizan en la delincuencia juvenil más allá de la validez objetiva.⁵

Ferrajoli, sin duda el teórico más sólido y lúcido del garantismo penal, ha hecho referencia a lo que denomina la "epistemología inquisitorial" y a sus distintas vertientes de pensamiento (teorías pedagógicas, terapéuticas y pragmáticas) que consideran a los actos delictivos como manifestaciones patológicas y, en este sentido, se oponen al garantismo y al régimen de derecho en tanto que se centran en el individuo más que en sus actos, si bien son teorías, señala, altamente consistentes.⁶

Así como anteriormente se intentó que la eficacia y legitimidad de las medidas estuviera fincada en su carácter educativo y correctivo o en la habilidad de prever y detener ciertas clases de comportamientos, la legitimidad y el valor de las medidas que se adopten en el modelo basado en la Convención, deben sostenerse en la efectividad para promover un sentido de dignidad personal, responsabilidad e integración social. esta última entendida como el ejercicio de sus derechos y obligaciones basada en la adherencia a los valores predominantes en la sociedad

³ Miguel Cillero, "Adolescents and The Penal System. Proposals Based on the Rights of the Child", inédito, p. 8.

⁴ Miguel Cillero, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" en: García Méndez y Belof, comps., *op.cit.*, p. 73.

⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Desarrollo Humano en Chile", Santiago de Chile, 1998.

⁶ Luigi Ferrajoli, Prefacio, en: García Méndez y Belof, comps., *op. cit.*, 1998.

democrática: respeto a la dignidad humana y de los derechos de otros y de los medios legítimos para expresar las diferencias. Es dentro de este marco que se considera que el concepto de responsabilidad es más eficiente que el de readaptación para promover un régimen de garantías (*Cfr. Cillero, op. cit.*).

Lo anterior por lo que se refiere a las teorías o marcos conceptuales que se debaten para orientar el curso de la reacción del Estado a las conductas infractoras de los menores. Por lo que se refiere a la dimensión de la práctica, considero que la distancia con respecto a un régimen de derecho respetuoso de la dignidad humana, es todavía más grande.

Vale la pena traer aquí a colación lo que, respecto a la necesidad de reconocimiento por parte de sus congéneres viene siendo una necesidad humana elemental de acuerdo con Todorov, quien recorre una larga cadena de pensamiento en este sentido. Ello porque a menudo me ha hecho pensar la falta de reconocimiento con la que suelen ser tratados los niños infractores. Dice Todorov (siguiendo a Rousseau):

La sociabilidad no es un accidente ni una contingencia; es la definición misma de la condición humana. El hombre accede a la existencia con una insuficiencia congénita, se halla marcado por la incompletud, de ahí que cada uno de nosotros tenga necesidad de los otros, necesidad de ser considerado, de ser reconocido por los otros.⁷

Para Adam Smith nuestro acceso a la humanidad consiste en la mirada que nos dirigimos unos a otros, lo que juega un papel central para explicar las motivaciones de las acciones humanas. ¿Cuál es la meta que se persigue en la vida?, se pregunta Adam Smith, y ¿en qué consiste esta mejora de nuestra condición a la cual todos aspiramos? Que nos observen, responde, que se ocupen de nosotros, que nos presten atención con simpatía, satisfacción y aprobación: ésa son, dice, todas las ventajas a las que podemos aspirar. Que nos tomen en consideración es la esperanza más amable y a la vez el deseo más ardiente de la naturaleza humana. Nadie puede permanecer indiferente al atractivo del reconocimiento público.

Así, y mientras que Rousseau habla de consideración y Adam Smith de atención, Hegel habla de reconocimiento. Para Hegel lo humano comienza donde el deseo biológico de la conservación de la vida se somete al deseo humano del reconocimiento. La necesidad de reconocimiento, apunta, es el

hecho humano constitutivo. Lo humano está fundado en lo interhumano.

Victor Hugo, por su parte, lo puso en estos términos: “los animales viven, el hombre existe”. La frontera que, entonces, separa al vivir del existir es la que distingue al hombre de los animales[...] La existencia puede morir antes de que la vida se apague.

Todorov concluye: tal vez el hombre vive en primer lugar en su propio cuerpo, pero sólo comienza a existir por la mirada del otro; sin existencia la vida se apaga. Y añade: la confianza en uno mismo es tan indispensable para nuestra vida moral como la respiración para nuestra actividad física; pero la confianza en uno mismo es esencialmente una imagen positiva que los otros tienen de mí y que yo he interiorizado. Así, señala que todavía más doloroso que la soledad física resulta el vivir en medio de los otros sin recibir de ellos ningún signo. El sí mismo social del hombre no es otra cosa que el reconocimiento que éste obtiene de sus semejantes. Nosotros no sólo somos animales gregarios, sino que también tenemos una inclinación innata a ser observados, y a ser observados con aprobación por los otros seres de nuestra especie.

De este modo existe toda una cadena de pensamiento que refiere el papel de la mirada de los otros como constitutivo para el ser humano: el niño quiere ser visto y no sólo ver, se ha dicho. Para Satre, mi vínculo esencial con el otro-sujeto debe poder referirse a mi posibilidad permanente de ser visto por el otro. El niño lo sabe: me miran por tanto, existo. En un primer momento es la mirada del padre o la madre la que introduce al niño a la existencia; posteriormente, es la de los otros que lo rodean los que confirman sus existencia.

En resumen, lo que Todorov postula es que la existencia no está amenazada por el aislamiento, pues ésta es imposible; está amenazada por ciertas formas de comunicación, empobrecedoras y alienantes, y por las representaciones individualistas de esta existencia que nos hacen vivir como una tragedia lo que es la condición humana misma: nuestra incompletud originaria y la necesidad que tenemos de los otros.

Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático (Cillero, 1998: 73). Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.

La Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona hu-

⁷ Tzvetan Todorov, *La vida en común*, Taurus, Madrid, 1995.

mana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia. Constituyen un conjunto de derechos —garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos—, prescripción que contempla. La Convención opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos (Ibidem: 73-74).

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención, en que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres como del Estado.

Los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. En este sentido, respecto al principio de interés superior del niño, nada más lejos que creer que éste debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio de interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades (Ibidem: 77).

Aplicar el principio de legalidad supone compartir la premisa de que los actos que ameritan penas no es porque se consideren inmorales, insanos o dañinos socialmente, sino porque son actos expresamente contemplados en leyes y cuya respuesta debe ceñirse a procedimientos establecidos.

Para terminar quisiera insistir en que, desde mi punto de vista, no basta con cambiar la ley, también es preciso someter a discusión las viejas prácticas y sus resultados. Es preciso que las instituciones, igual que en otros campos, se abran a la evaluación desinteresada y profesional, que, como toda institución pública, rinda cuentas, actúe de manera transparente, se someta a la crítica, a la discusión, al debate de las ideas. Y que también deje un espacio para que los niños puedan participar y sean escuchados. Recuérdese que, de acuerdo con la Convención, el niño tiene derecho a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado.

Para que las instituciones de menores puedan satisfacer y dar cumplimiento a los derechos de los

niños, se requiere que cuenten con los recursos necesarios. Ello obliga a las autoridades responsables de asignar estos recursos pero también obliga a que, siendo escasos, se distribuyan de una determinada manera en que se coloque en un primer plano el interés superior del niño. Es común que en el manejo de los recursos se privilegie el orden y la seguridad (puestos de control, rejas, aduanas) antes que el bienestar de los niños (baños, cocina, acondicionamiento de espacios educativos, etcétera).

Es tiempo de que nos pongamos a analizar, en aquellas entidades que consideran regirse bajo un modelo garantista, ¿qué ha cambiado en realidad?, ¿es satisfactorio este cambio?, ¿es suficiente?, ¿amerita que volvamos la mirada hacia atrás?, ¿el viejo modelo ofrecía mejores respuestas?

Desde mi punto de vista, no tenemos razón para mirar atrás con nostalgia: el modelo tutelar se agotó, mientras que algunas de las leyes que hoy tenemos son apenas un esbozo que no puede considerarse plenamente representativo del garantismo.

La presente exposición no ha querido ser sino una invitación para que, más allá de las etiquetas y de las preferencias de cada quien, nos pongamos a trabajar en la tarea sustantiva que nos unifica, que nos convoca a todos y que, partiendo de un análisis serio, sereno y sin complacencias, tracemos el camino que permita acortar las distancias entre lo que marcan los principios que gozan del grado más alto de consenso a nivel universal y que establecen nuevas bases para regular la relación entre los niños y el Estado, los niños y los adultos.

ANEXO ESTADÍSTICO

Consejo de Menores de la Ciudad de México. 1999

Porcentaje de menores según infracción

Robo (calificado, simple, tentativa)	82
Lesiones	5
Delitos sexuales	4
Daños en propiedad ajena	2
Homicidio	2
Delitos contra la salud	1

Número total de menores que ingresaron al Consejo de Menores durante 1999: 2,623

Hombres	23,91
Mujeres	232

Las resoluciones definitivas que se dictaron a los menores en 1998 y 1999, fueron:

	1998	1999
Tratamiento en externación	562	740
Tratamiento en internación	485	591
Medidas de orientación y protección	501	512
Libertad absoluta	235	220

Durante 1998 ingresaron al Consejo de Menores 1,783 por lo que entre 1998 y 1999 hubo un incremento del 20 por ciento en el número de menores que ingresaron.

Siendo que en la Ciudad de México la ley para menores infractores se aplica a los que tienen entre 11 y 18 años de edad y que hay casi 3 millones y medio de menores dentro de este grupo de edad que habitan en la Zona Metropolitana, mientras que cada año llegan al Consejo de Menores cerca de 3 mil,

ello quiere decir que uno de cada mil menores de entre 11 a 18 años son considerados como infractores.

De cada 100 delitos que en 1997 se reportaron diariamente en el D.F., uno fue cometido por algún menor de edad. Es decir que 7 de los 100 delitos que diariamente se denunciaron en promedio durante ese año, fueron cometidos por menores de edad.

En contraste, la Encuesta Nacional de Hogares de 1996 informó que 24 por ciento de los jóvenes de 16 a 18 años de la Ciudad de México no estudian ni perciben ingresos. Por otro lado, sólo 17 por ciento de los jóvenes en nuestro país tiene acceso a la universidad.

Ingresos de Menores Infractores en otras entidades federativas 1993-1998

1993 =	2,3002
1994 =	1,8395
1995 =	3,0291
1996 =	3,3739
1997 =	3,0521
1998 =	2,7043