

Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos -1-

Por Mary Beloff -2-

1. Introducción

En esta presentación analizaré algunos aspectos del tema de la responsabilidad penal juvenil y los derechos humanos, específicamente, en el marco que aporta la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) -3-

La estructura que daré al abordaje del tema es formal y los aspectos que me interesa destacar son los fundamentos de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina; los aspectos críticos de ciertas instituciones específicas de los sistemas de responsabilidad que considero importantes en el debate sobre la seguridad ciudadana y algunas conclusiones sobre la reforma penal juvenil en América Latina.

En el debate acerca de la relación entre derecho y cambio social aparecen, generalmente, dos clases de reacciones posibles que reflejan la opinión de dos clases de personas: por un lado, las que creen que el derecho siempre llega tarde al cambio social porque la realidad y los movimientos sociales toman la delantera y que torpemente el derecho diseña dispositivos para poder reproducir o estar a la altura de ese cambio social; por otro lado, están las reacciones de las personas que consideran que el derecho es el promotor y lidera el cambio social.

Las explicaciones dicotómicas son una forma de abordar la problemática, y aunque no soy particularmente afecta a ellas, plantearé la cuestión en estos términos de modo de simplificar inicialmente la exposición. Es posible decir que hay dos clases de personas: aquellas que creen que hay dos clases de personas y las otras. Y es entre esas “otras” que se ubica la discusión sobre el derecho y su vinculación con el cambio social en el contexto actual de América Latina.

No es posible sobrestimar la función de la ley ni subestimarla como históricamente se hizo en nuestra región, que estuvo al margen de la legalidad por décadas. Hay cosas que la ley puede hacer y entre estas cosas, sobre todo, destaco la posibilidad de crear mecanismos de exigibilidad para la vigencia de los derechos. En otras cuestiones, la ley puede proveer un marco para el camino que hay que andar, pero no basta.

Cuando abordamos el tema de la responsabilidad penal juvenil verificamos la existencia de esta vinculación entre el derecho y el cambio social. Es así que esta cuestión, que en principio es una cuestión jurídica, está emparentada para los latinoamericanos con la del cambio social. Esta vinculación cobra una vitalidad especial a la hora de las discusiones calientes que se están dando sobre la seguridad ciudadana.

La responsabilidad es uno de los argumentos que aún falta elaborar en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana en nuestros países. La CDN viene a solventar, de alguna manera, esta cuestión. Si tuviera que definir en una palabra la CDN, esa palabra sería “responsabilidad”.

El sistema preconvencción era el sistema de la irresponsabilidad: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se autocumplía porque era incapacitante de todos los involucrados. Incapacitante de la familia pobre; del Estado –que de paso justificó así su omisión en la implementación de las políticas adecuadas–; y de los adolescentes que cometían delitos y no respondían formalmente por ellos.

El tema de la responsabilidad fue y es un obstáculo muy firme en los procesos de reforma legal. Uno de los argumentos que se usó –y que de hecho es el argumento que los Estados Unidos usan formalmente para no ratificar la CDN– tiene que ver con el supuesto que considera que al reconocer derechos se debilitan ciertos deberes y ciertas nociones de responsabilidad. Sin embargo, a esta altura del desarrollo de nuestras democracias se sabe que es una falacia absoluta, pues negando sus derechos específicos y manteniéndolos al margen de su responsabilidad específica, lo único que se logró históricamente con los jóvenes y los niños fue mantenerlos al margen de la idea de sujetos de derecho.

2. Los fundamentos de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en la Convención sobre los Derechos del Niño

La CDN resuelve el tema de la responsabilidad penal de acuerdo con el autor involucrado.

Existe una responsabilidad propia del adulto y otra, propia de los niños y adolescentes. En América Latina el tema de la responsabilidad penal de los niños y los adolescentes no surgió como consecuencia de un intenso y preciso trabajo de técnicos o penalistas para quienes tradicionalmente el tema de los menores fue considerado, precisamente, un tema menor al que sólo trataron en un esfuerzo por traducir algunos dispositivos legales y resolver la cuestión de los niños infractores de la ley penal. El sistema de responsabilidad penal juvenil tiene que ver estrictamente con las formas de organización de la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por los adolescentes. Es en este sentido que no existe construcción doctrinaria acerca de lo que debería ser.

El concepto de responsabilidad penal juvenil se conforma así como un criterio que se construye cotidianamente y su punto de partida involucra la noción de sujeto. El ingreso al estatus de sujeto conduce a una aproximación a la noción de ciudadanía y a la idea de responsabilidad, una responsabilidad específica con estricta relación con los delitos que se cometen. Este punto de partida es algo que todavía no se logró comunicar bien en nuestros países. Aquí, el tema suele debatirse desde aspectos falaces de la problemática: que los jóvenes y adolescentes “entran por una puerta y salen por la otra” o la creencia de que la discusión tiene que ver con bajar y subir gradas de imputabilidad.

Esto no es así. Como concepto, el modelo de la responsabilidad penal juvenil procede –por lo general– de algún modelo copiado de Europa. No obstante, considero que la discusión acerca de este tema está mucho más avanzada en América Latina que entre los anglosajones y más aún que las que se dieron dentro del sistema continental europeo. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil sólo existen en América Latina y están dados en el marco del sistema de protección integral de derechos. En ese marco quiero anclar tres fundamentos de estos sistemas.

El primero es el fundamento filosófico, relativo a la concepción de lo que el derecho penal es y lo que resulta ser la única justificación posible a un sistema de responsabilidad penal juvenil. En el contexto de la protección integral de derechos este fundamento es el que se conoce como derecho penal mínimo. Para comprender este punto es recomendable la obra de Luigi Ferrajoli -4-, Derecho y razón,⁴ en la que se ocupa, primordialmente, de establecer la manera de disminuir la violencia de los sistemas penales. En esa dirección deben ser construidos los argumentos que fundamenten los sistemas de responsabilidad penal juvenil en nuestros países.

Cuando hablamos de un sistema de responsabilidad penal juvenil estamos hablando de algo que nada tiene que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Hay que asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Es de suma importancia reconocer que este sistema se encuentra dentro del orden de ideas en que opera el sistema penal, de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el viejo modelo tutelar en el que las cosas se llamaban de otro modo.

Hecha esta aclaración y asumiendo, entonces, que cualquier ejercicio estatal coactivo/punitivo lleva implícita la violencia, y en este sentido es un mal; el punto es cuándo se justificará esa violencia. En este contexto, sólo se justifica cuando la violencia que se evita con su ejercicio es mayor que la que se infringe. Ésa es la única justificación posible.

No obstante, si ella no está latente en forma clara durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia, si el adolescente no visualiza que infringió cierta violencia que activó el dispositivo coactivo estatal y, por ende, puede oponer todas las defensas que tiene a su disposición, se forma en una idea errónea de la real significación de este proceso y de su conducta. Por el contrario, se forma en la idea –que está presente en los procesos represivos/tutelares– de que por cometer un delito “lo mandan a la escuela”, es protegido. Esto así también es percibido por la sociedad.

Esta justificación lleva a considerar, erróneamente, que estos son sistemas blandos, ocultándose así su real carácter inquisitivo y lesivo de los derechos humanos.

Ahora bien, cuando la reacción estatal coactiva es mayor que la violencia del conflicto que pretende reprimir entonces, señores, no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil.

El segundo fundamento es el fundamento legal, y aparece en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), -5- que específicamente demuestran que las Naciones Unidas están adoptando el modelo de derecho penal mínimo. -6-

El tercero, es el fundamento criminológico del modelo, y en este sentido, son claros los instrumentos internacionales, en especial –nuevamente– las Directrices de Riad. Al comparar estas directrices con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) -7- resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona definitivamente toda idea sobre la existencia de tal cosa como una ontología del comportamiento desviado. -8-

Si uno es cliente del sistema de justicia penal esto resulta de la fórmula de haber sido tratado así por el sistema de justicia penal y no por alguna característica personal, por el tatuaje o por vivir en la calle. Esto quedó explícitamente expuesto en los instrumentos internacionales. Cualquier dispositivo jurídico que se aleje de esta concepción de la desviación está operando todavía en el modelo tutelar.

A partir de estas características podría entenderse que no existen mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales de menores. Esto lo aprendió la comunidad internacional de la dolorosa lección del caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño en los Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el pacto de ampliación de la ciudadanía a los americanos excluidos, los últimos en llegar a esta condición fueron los niños. El precio que pagó la infancia en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Éste es el motivo real por el que los Estados Unidos no ratifican la CDN. Así, por ejemplo, el sistema norteamericano permite la ejecución de personas menores de 18 años.

Pero la CDN no quiere decir esto. No pretende que los Estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto como la de los “salvadores del niño”-9-. Pero, como dije, la comunidad internacional aprendió la lección y estos sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen que ver con otra cosa.

La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la CDN.

Significa que niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más un “extra” de derechos específicos que se motiva en su condición de ser personas que están creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz, simplemente se trata de una persona en las circunstancias de estar creciendo. Las personas son completas en cada momento de su crecimiento.

En este contexto, el supuesto que pondría en funcionamiento el sistema de responsabilidad juvenil y de reacción estatal coactiva sería –por mandato de las constituciones nacionales, de todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, en especial, por mandato de la CDN -10- la comisión de un delito. En esto le hago una pequeña crítica a la CDN y a las Directrices de Riad porque se ve en ellas que todavía cuesta admitir que la reacción estatal coactiva sólo tiene que ver con la comisión de un delito.

Al leer estos instrumentos encontramos que se justifica alguna clase de intervención coactiva en el ámbito de la protección. Aunque los instrumentos internacionales todavía son un poco

tibios en ese tema, el principio de legalidad es categórico y, en consecuencia, lo único que habilita en el estado de derecho el ingreso de los adolescentes al dispositivo penal es una formal imputación por la comisión de un delito.

En el caso de contravenciones y faltas, dado que significan mínimas afectaciones al orden jurídico y regulan cuestiones de convivencia social, debe primar aquí la minimización de la violencia, que es precisamente la que justifica el sistema de responsabilidad penal juvenil. Los desórdenes entre vecinos, en mi opinión, son los típicos temas que deberían quedar excluidos y deberían ser administrados a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo y la lógica penal. Éste es también un aspecto que critico de todas aquellas leyes nuevas que incorporaron las faltas y las contravenciones en el sistema penal juvenil porque no responden a la pauta del minimalismo penal.

Otro tema para el debate es el de la justicia especializada, el de una justicia juvenil en América Latina. En este aspecto, sabemos que las Reglas de Beijing están a mitad de camino entre el modelo de la “situación irregular” y el de “protección integral” -11-. En la regla tres, que delimita el ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing, se establece que la justicia juvenil no es sólo para las infracciones sino también para todos los procedimientos relativos al bienestar. -12-

En cuanto al ámbito de aplicación en razón de la edad, del artículo primero de la CDN surge claramente que el límite superior o techo son los 18 años. El piso de la edad también lo encontramos en la CDN -13-, y lo contienen además otros instrumentos internacionales y las Reglas de Beijing -14-. De acuerdo con sus diversas circunstancias, los países han variado entre los 12 y los 14 años este piso.

Lo que se ve en las leyes nuevas es que están funcionando por fuera de ese piso dispuesto por estos instrumentos, por debajo del cual están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El punto es que cuanto más alto colocan el piso de edad más preocupante resulta. Lo que advierto en el funcionamiento de las leyes de muchos países es que se da una derivación automática al sistema de protección.

Vale aquí la observación de que si el Estado asumió renunciar a la intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, este capítulo debe darse por cerrado: lo único que lo habilita a intervenir –y no coactivamente– es que se trate de un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Ahora bien, presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a cierta concepción tutelar que por lo menos debe preocuparnos.

Entiendo que, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con esta derivación automática, habría que verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuar la derivación. Ocurre que cuando los delitos los cometen niños que están por debajo de la edad de responsabilidad penal hay mucha demanda social de que “algo hay que hacer”.

En el tema de subir o bajar la edad penal importa definir qué significa, en este contexto, ser inimputable. Este aspecto está muy confundido en la discusión en América Latina.

Considero que en las leyes nuevas, los conceptos de inimputabilidad e imputabilidad tienen dos posibles lecturas en el marco de los sistemas de responsabilidad penal juvenil.

La primer lectura es la que enseñó el Brasil y vemos ejemplos parecidos en Honduras y en algunos textos constitucionales en los que la inimputabilidad es entendida como una garantía constitucional. Esta garantía consiste en que las personas menores de 18 años son inimputables. Así lo manda la CDN, pero no lo hace en el sentido tradicional en que hemos comprendido la inimputabilidad sino como barrera político criminal, esto es, como prohibición del ingreso de personas menores de 18 años al sistema penal de adultos. Este es el significado del concepto en el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes del Brasil.

El segundo nivel en el que tradicionalmente se ubica el asunto de imputabilidad e inimputabilidad es el de la incapacidad para ser susceptible de reproche jurídico penal. De no

considerarse capaz de reproche jurídico a un joven o adolescente, no tendría ningún sentido un sistema de responsabilidad penal juvenil. El aspecto comunicacional del conflicto debe tenerse presente en esta discusión.

Cuando uno comunica los términos en esta cuestión, lo que debe establecerse es que la prohibición está como mandato en la CDN y que ningún país puede bajar la edad porque la CDN así lo manda (este aspecto será desarrollado más adelante).

El techo de los 18 años impone que los niños no son susceptibles de ingresar al sistema penal de adultos o de ser objeto de un reproche en términos del sistema penal de adultos. Pero esto, no es lo mismo que conocemos como su incapacidad histórica, en los mismos términos en que fuimos incapaces las mujeres o en que lo son los locos; pues en un sistema de responsabilidad penal juvenil es perfectamente plausible proclamar o predicar que un adolescente es capaz de ser sujeto de reproche jurídico penal.

Ese es el fundamento de las sanciones en este sistema, de otro modo careceríamos de fundamento alguno para aplicarles sanciones a los jóvenes. Y sólo para el caso de que algún joven sujeto a proceso penal padezca de una “alteración morbosa de sus facultades” o algún otro supuesto de inimputabilidad por demencia, diremos que es inimputable, lo que significa que debe ampliarse allí el ámbito de sus garantías.

3. Aspectos críticos

3.1. Sanciones penales juveniles o medidas socioeducativas

Se torna necesario diferenciar los conceptos de responsabilidad y culpabilidad; esto es muy complejo y denso de hacer desde lo que llamo el aspecto comunicacional. En América Latina se empezó a plantear la cuestión de la responsabilidad como algo diferenciado de la respuesta coactiva que se daba a los adultos en el sistema penal. Pero, si se sigue el entendimiento aquí desarrollado en un sentido estricto, se advierte que la idea de responsabilidad está vinculada con la de sujeto responsable y sujeto de derecho; la culpabilidad, en cambio, se relaciona con la capacidad para ser sujeto de reproche jurídico penal. No estamos hablando de una misma cosa.

Este discernimiento define, a su vez, las consecuencias de la conducta del transgresor. Primero, cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas son medidas socioeducativas o punitivas. Los instrumentos internacionales no hablan de penas sino de sanciones penales juveniles. En América Latina aún prima el fetichismo de la palabra y, desde el punto de vista comunicacional, hablar de sanciones más que de medidas beneficiaría a la discusión.

Es que, de otro modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que conlleva. Es por eso que las leyes más recientes ya están hablando expresamente de sanciones y sanciones penales juveniles.

El fundamento de la sanción, su finalidad, es la prevención especial positiva, lo que en términos penales tiene que ver con la resocialización y reeducación. Educar es una asignatura que, como concepto –en el ámbito del derecho–, aún tenemos pendiente.

Pero lo cierto es que en los instrumentos internacionales la justificación de la sanción sigue siendo la prevención especial positiva en su sentido clásico y sobre esto no hemos avanzado demasiado.

Si esto es así, entonces, hay que tener mucho cuidado con las diferencias entre las sanciones y las medidas de protección porque también éstas, en algún nivel, están operando para remover los obstáculos que hacen que los adolescentes o los niños tengan “problemas”.

El conflicto en los términos “sanciones” y “medidas” se ve cuando en algunas leyes se da la superposición entre ambas, es decir, se aplican medidas educativas por la infracción; pero si a su vez se visualiza que este adolescente tiene sus derechos vulnerados, también se prevén medidas de protección en el marco del proceso penal.

Con esta superposición se genera un problema para tener en cuenta en la administración de estas leyes, que nada tienen que ver entre sí en cuanto a los ámbitos que regulan una y otra, pero que a causa de sus fundamentos podrían dar lugar a confusión.

El ejemplo que aquí se tiene en mente es el de cuando la ley prevé como medida socioeducativa que el adolescente vaya al colegio. Nos encontramos, en verdad, ante una tradicional medida de protección porque la educación es un derecho del niño. Entonces, la sanción al niño se fundamenta en que sus derechos fueron lesionados y continuamos en el modelo tutelar.

Lo que hay que evitar es la confusión conceptual y que a la hora del debate acerca de la seguridad ciudadana es beneficioso, desde el punto de vista de las garantías, incorporar la idea de reproche. Y si de la reacción estatal coactiva, en forma concomitante, surgiera algún beneficio para los derechos del adolescente, esto sería un valor agregado de la sanción, pero no su corazón. Es que suponiendo esto se vuelve a la esquizofrenia de que la sanción es que el niño vaya al colegio, cuando ésta es una herramienta típica de la medida de protección.

Si el fundamento de la sanción está en el acto habría que ver entonces en qué sentido operan las circunstancias personales del niño a las que refieren todas las leyes. Siguiendo esta línea, las circunstancias personales sólo podrían operar en clave de vulnerabilidad como disminución del reproche por el acto. Ninguna circunstancia personal puede ir más allá, como lo hemos visto en algunas sentencias en nuestros países en las que el hecho no reviste gravedad, pero como el muchacho es conflictivo o violento se le aplica una medida que excede ampliamente el reproche por el acto. Esto es algo que en las normas internacionales no está claro y que debería ir construyéndose en la práctica.

En otro orden de ideas, las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas por lo que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la centralidad es la cárcel. En cambio en éste, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, seguimos considerando que la privación de libertad es el eje del sistema.

Esto, que en realidad es la práctica que todavía tenemos en América Latina, debemos trabajarlo también haciendo lenguaje en la semántica: dejemos de hablar de alternativas; aquí las sanciones son otras y lo alternativo, excepcional y por tiempo breve y determinado, es la privación de la libertad en un centro especializado. Como vemos, en este aspecto –una vez más– prevalece la confusión.

3.2. Alternativas al proceso penal y alternativas en el proceso penal

En cuanto al tema procesal debemos discriminar entre lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y alternativas dentro del proceso penal. La primera, digamos, que es una solución abolicionista -15-. En estos casos el conflicto directamente es administrado en otro ámbito. Si esto no es posible, podremos recurrir a las variedades con las que se cuenta dentro del ámbito judicial.

Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, como lo son la aplicación del principio de oportunidad -16-, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Quiero dedicarle un párrafo aparte al juicio abreviado. Este instituto –a mi entender– es al menos problemático en su aplicación porque riñe con la preservación cabal de las garantías.

Sobre todo porque está siendo agregado en todos los códigos penales de América Latina al solo efecto de descomprimir el sistema de justicia penal. Así, las garantías desaparecen. Me opongo enfáticamente a cualquier utilización de juicio abreviado para adolescentes. La dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central y esto es así especialmente en el caso de los adolescentes.

Sin rito de proceso, sin instancia simbólica de conflicto para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también se pueda desprender de esto. En el marco del juicio abreviado toda la temática pedagógica pierde sentido.

Otro punto conflictivo que me interesa destacar con relación a todos estos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de las negociaciones. ¿Cómo se ejerce allí el control de legalidad de esos acuerdos o medidas? Si no se establece acabadamente la necesidad de la asistencia técnica o si no se prevé el abogado defensor no hay control de legalidad y volvemos al problema de la derivación automática.

Este aspecto crítico de la implementación de las leyes en el tema de la defensa no sólo se advierte en estos institutos específicos. Si bien las leyes la prevén, vemos que el Ministerio Público aparece mencionado todo el tiempo y no es así con la defensa. En estos términos no hay acusatorio real y no hay derechos si no hay defensa. Y esto porque en países donde el Ministerio Público Fiscal trabaja en turnos de 24 horas y la defensa, que depende de la Corte, reduce su horario al turno de tribunales (como si los chicos no cometieran delitos o no tuvieran que ser defendidos también los sábados y domingos) debilitan así notablemente la garantía.

Por eso, otra cuestión central en todos los países es fortalecer la defensa pública y, eventualmente, donde no haya servicio de defensa pública, defender los patrocinios jurídicos gratuitos a través de ONG, colegios de abogados o quienes presten servicio legal, porque es evidente que los clientes de este sistema no son personas que puedan proveerse su defensa con recursos propios.

Estas son ideas para seguir trabajando en el marco de la reforma de la justicia penal juvenil en todos nuestros países en los que vemos que esta reforma se da junto con la de la justicia penal. En algunos casos la antecede, pero se la ubica en el marco de la reforma de la justicia en general que se da, casi sin excepción, dentro de los procesos de democratización de los países. Por eso, ubico la discusión de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en el contexto del debate en torno a la ampliación de la democracia en nuestra región.

4. Conclusiones: el sistema de responsabilidad penal juvenil y el cambio social

La implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil debe ser comprendido en el contexto de la ampliación de la democracia: ambas cuestiones se encuentran entre lo que serían dos consignas políiticoculturales. La tarea no sólo consiste en dismantelar el modelo tutelar como modelo cultural que determinó nuestro modo de percibir a la infancia durante cien años, sino que a esto debe sumarse el dismantelamiento del sistema inquisitivo que determinó y permeó nuestra forma de percibir la cuestión criminal y hasta la propia concepción de "la verdad".

En nuestro contexto, estas son dos tareas extremadamente complejas que no necesariamente tienen que ver con cambiar modelos de justicia sino modelos, prácticas, actitudes y patrones cognoscitivos, aquellos por los que conocemos y aprehendemos la realidad, vinculados directamente a patrones culturales. No puede pretenderse que sea modificado sólo por medio de la ley porque ya vemos que el problema que tenemos en la implementación de las leyes nuevas, por más garantistas que se propongan ser, está relacionado con el hecho de que están operando con unos modelos culturales por detrás que aún no cambiaron.

Otra asignatura pendiente es el desarrollo de programas de ejecución de sanciones penales juveniles y esto es importante al momento del lanzamiento de las campañas de ley y orden. No existen en la región experiencias sostenidas en este campo, quizás por el poco tiempo que llevamos, pero las experiencias exitosas y convincentes de la opinión pública sobre buenos programas de educación para infractores juveniles que ya han sido condenados son inexistentes. Al no trabajar sobre esto, el reclamo y la alarma social presionan a los jueces que recurren al instrumento tradicional que es la privación de libertad. Es así que la consecuencia directa de la ausencia de estos programas es el reclamo por más privación de libertad.

En cuanto al funcionamiento de sistemas penales juveniles, no existen indicadores precisos (en términos de cifras) referidos a infractores de estos programas, no existen estudios de medición de impacto de las sentencias. Considero que construir estos indicadores también es tarea de todos. Es que si no podemos medir, no podemos salir a dar respuesta y confrontar con una campaña de ley y orden porque carecemos de datos reales.

Finalmente, y entre las asignaturas pendientes, se encuentra la responsabilidad de construir un discurso convincente en la discusión de seguridad ciudadana desde la perspectiva de las garantías. La falta de este discurso convincente se advierte en los medios de comunicación. Cuando en un programa de televisión quien habla desde la perspectiva de “ley y orden” (propia de los conceptos de defensa social en que se erigió el modelo de la situación irregular) da respuestas más efectistas y simplifica la problemática.

Así, se produce un discurso más fácil de asimilar por la opinión pública, frente a aquel que pretende explicarlo desde las garantías y, por lo general, queda enredado en su discurso porque no se desarrolló una forma convincente de comunicarlo que dé respuesta a las preocupaciones que, ciertamente, se plantean en torno a este tema. A esto me refiero con la necesidad de construir un discurso. Es esto a lo que yo llamo el problema comunicacional.

Por fin, y conociendo la finalidad de la CDN, vale una última salvedad. Cuando un país inicia un proceso de adecuación legislativo y crea un sistema de responsabilidad penal juvenil, lo que está haciendo es adecuar su derecho a dos artículos del tratado que suscribió y que son los 37 y 40 de la CDN. En esos dos artículos se hace referencia a la responsabilidad penal juvenil. Ahora bien, por cumplir con ello no es posible que en ese país se crea que se está cumpliendo con todos los compromisos asumidos al firmarla. Si ese país no prediseña las instituciones y no reconvierte sus políticas en términos de garantías de derechos para todos los niños clientes del sistema, por más garantista que sea su sistema de responsabilidad penal juvenil, no está cumpliendo con todos esos compromisos.

La circunstancia de que esos niños sean clientes del sistema de justicia penal no responde a ninguna “normalidad”, a ninguna condición natural que les sea propia, sino que por lo general responde a que los que históricamente han sido clientes del sistema de justicia penal tienen sus derechos amenazados o violados. Entonces, si no se construye el sistema de responsabilidad juvenil en el marco de otras políticas para las garantías de todos los demás derechos previstos en la CDN, cada vez habrá más niños clientes del sistema de responsabilidad penal juvenil y este sistema colapsará en dos o tres o cinco años. Éstas son, de alguna manera, las demandas que se recogen hoy de ciertos países en donde se implementó la justicia penal juvenil en estos términos.

Derecho y cambio social. Si esto no es así, las leyes que estamos haciendo y los sistemas de responsabilidad penal juvenil que estas leyes están creando están predestinados al fracaso. Pero, es claro, este fracaso no es un fracaso de la ley.

NOTAS

-1- Basado en la ponencia de Mary Beloff en el marco del II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño” para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA entre los días 22 al 26 de noviembre de 1999.

-2- Mary Beloff es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires y LL.M. egresada de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Enseña Derecho Penal, Derecho Penal Juvenil y Derechos del Niño en la Facultad de Derecho, en el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo.

-3- Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

-4- Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Madrid, Trotta, 1995.

-5- Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

-6- Esta filiación con el derecho penal mínimo se advierte en la directriz número 5 que establece que “deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”.

-7- Aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

-8- En especial en la directriz 5.b, e y f, que establece que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir: la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien y el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad es con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tiende a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

-9- Sobre el movimiento de los “salvadores del niño”, véase Anthony M. Platt, Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia, México, Siglo Veintiuno, 1997.

-10- En especial el art. 40.2 de la CDN.

-11- Para un análisis y caracterización de estos modelos, véase Mary Ana Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999.

-12- La regla 3.2 de la Reglas de Beijing establece que “Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención del menor y su bienestar”.

-13- Art. 40.3: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

-14- Regla 4.1: “En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental”.

-15- Expresamente prevista en la CDN en el artículo 40.3 b) en cuanto establece que siempre que sea apropiado y deseable “se adoptarán medidas para evitar recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

-16- En el contexto latinoamericano no se entiende por principio de oportunidad lo mismo que

en el anglosajón, porque aquí se lo aplica en la medida en que la oportunidad es acordada y opera como excepción de la regla de legalidad procesal. En el sistema anglosajón, al ser acusatorio puro, el principio de oportunidad es la regla sin límite, no existe el principio de legalidad procesal. Creo que la legítima preocupación que se plantea en cuanto a la aplicación del sistema anglosajón, en el ámbito latinoamericano, no debería asustarnos y sí creo que sería un instrumento fundamental del que el Ministerio Público podría valerse para la administración de estos conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Madrid, Trotta, 1995.

Platt, Anthony M. Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia, México, Siglo Veintiuno, 1997.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.

Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 (sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990).

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Resolución 45