

ASPECTOS JURIDICOS, INSTITUCIONALES E IDEOLOGICOS DEL CONTROL PENAL DE MENORES

por

MARIA DE LOS ANGELES PEREZ FERREIRO

En la actualidad ha quedado definitivamente al descubierto la forma en que opera el sistema penal como instrumento de control social. Las escuelas sociológicas hablan de conductas desviadas, de procesos de inadaptación, de subculturas (1), de marginación, de etiquetamiento y estigmatización social (2). De esta forma la selectividad del sistema penal no capta todas las conductas desviadas y delincuentes, las que tampoco revistan en las estadísticas de las agencias estatales; consolidando un orden injusto y arbitrario.

El derecho como parte de ese orden contribuye en su sustentación a través de su discurso, de sus ficciones, símbolos, representaciones e ideología, dibujando el mapa del poder y sus relaciones.

Compartiendo estas coordenadas generales, aparece el Derecho de Menores, ocupando un espacio precisamente "menor" en el discurso legal, que lleva a encubrir sutiles formas de represión y violencia aparentemente minimizadas y que comprometen tres instancias estatales: el sector policial, el judicial y el poder administrador.

Partiendo de estas afirmaciones, proporcionadas por las teorías críticas del derecho que nos muestran como funciona el sistema; nos proponemos abordar algunos aspectos del control de menores y jóvenes infractores.

DEL DERECHO DE MENORES AL DERECHO PENAL JUVENIL.

Cuando advertimos que los instrumentos legales en general son de 1919 en adelante (Ley de Patronato 10.903 y sus modificativas, los edic-

(1) SUTHERLAND, E.; CHAPMAN, D., en Tamar Pitch. Sociología de la conducta desviada.

(2) BECKER, H., en Sociología criminal. *El estigma y su aplicación diferencial*. Liliana RIVAS. Publicación colectiva, Ed. Pensamiento Jurídico, Buenos Aires, 1987.

tos policiales que regulan los bailes públicos, las bebidas alcohólicas, la vagancia, mendicidad, etc. datan de 1936 en el caso de Argentina; el Código del Niño de Uruguay vigente desde 1934), es decir que desde hace setenta años pretenden regular esta realidad, entonces nos asombramos de la postergación a la que la sociedad ha sometido a los jóvenes y niños. (Dos grandes excepciones constituyen Brasil y Ecuador que han sancionado recientemente su Estatuto del Niño y del Adolescente y un nuevo Código del Niño en 1990 respectivamente).

Lo que en principio fue un movimiento procesalista que internacionalmente acordó sobre la necesidad de brindar al menor jueces y procedimiento especializado, se transformó en un instrumento de control que abarcó todos los aspectos de la vida de un chico y que dio en llamarse Derecho de Menores.

Nace con un contenido netamente tutelar y asistencial que pretende dar en todas las situaciones —ya sea abandonadas o infractoras— una respuesta educativa. La esencia de estos cuerpos es controlar la desobediencia familiar, escolar y social (3). La contracara a estos conceptos fue la ausencia de responsabilidad, de sanción y la aplicación de medidas educativas pretendidamente carentes de contenido retributivo.

En lo referente a los aspectos formales estas disposiciones preveían un Juez “padre de familia” que con amplias facultades y discrecionalidad suficiente, sin la presencia del defensor de Oficio (en algunas legislaciones ej. Argentina) y una debilitada y burocrática intervención del Ministerio Público, velara por la integridad moral, física e intelectual del menor.

Las consecuencias de este enfoque no tardaron en hacerse notar a través de las teorías críticas y más recientemente de algunas investigaciones científicas (4) que demostraron la gravedad de ciertos aspectos jurídicos y humanitarios: 1) La importante intervención policial en el control de menores así como en el procedimiento judicial (antecedentes, prueba) ocupando el espacio que correspondería necesariamente a la justicia, convirtiéndose en el “brazo ejecutivo” de los tribunales. “Los policías pretenden asumir el papel de descubridores del delito, capturadores del culpable, jueces del caso y en ocasiones, verdugos del reo, utilizando a los magistrados como sancionadores *a posteriori* de la legitimidad de sus diversas actuaciones” (5). 2) Los procedimientos de la justicia de menores se caracterizan por su flexibilidad y el exceso de la discrecionalidad judicial. 3) La escasez de instrucción, la falta de pruebas y la consiguiente violación de los principios del debido proceso e-

(3) GARCIA MENDEZ, Emilio, *Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social*, en Revista Lecciones y Ensayos, N° 53, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.

(4) PEREZ FERREIRO, Maria de los Angeles, *Derecho penal juvenil. Contra dogmática y realidad social*, en prensa, Montevideo, Uruguay.

(5) SAVATER, Fernando, *Policía y razón de Estado*, en Revista No hay Derecho, pág. 10, n. 3, Buenos Aires, 1991.

inocencia. 4) La confección masiva de diagnósticos y pronósticos psicológicos, sociales y psiquiátricos no son representativos en muchos casos de un efectivo seguimiento y evaluación del menor. 5) Se constata la violación constante a la prohibición de la prisión preventiva en aquellas legislaciones que la contemplan ej. Uruguay. 6) Para los modelos legislativos que contemplan la asistencia legal obligatoria, la presencia del defensor de oficio es exclusivamente formal, no recurriendo jamás las decisiones judiciales. 7) La consagración de una fórmula de inimputabilidad que se atiene a un criterio biológico-jurídico que le niega la posibilidad de discernimiento, de autodeterminación, haciendo del Derecho de Menores un peligroso mecanismo no garantista. 8) La aplicación de medidas de seguridad con contenido educativo, que pretenden trasuntar aquel primitivo paternalismo. 9) La ejecución de medidas "educativas" de carácter indeterminado (privación de libertad) en institutos, muchas veces en condiciones deficientes, delatan un verdadero derecho de autor con base peligrosista, situando al menor en peor situación jurídica que la del autor de un hecho penal.

Todo este gran elenco de prácticas judiciales podríamos catalogarlo de ilegal y señalar cada una de las disposiciones constitucionales e internacionales con las que se encuentran en contradicción y que darían lugar al cuestionamiento del estado de Derecho.

Resulta obvio que para los menores no rige la aplicación de ningún principio general de las garantías de fondo, ni procesales (legalidad o reserva de la ley, subsidiariedad, proporcionalidad, determinación de la sanción, etc.) (6).

Estas situaciones nos demandan respuestas inmediatas que aun parecen imposibles de bridar para algunas sociedades como las nuestras. Otras legislaciones (ej. Alemania) formularon nuevas leyes y nuevas instituciones procedimentales que comenzaron por reconocer verdades ineludibles: que el delito antes de ser una construcción jurídica se presenta como una realidad social, que será el producto de un sujeto libre pero también responsable y en el que la sociedad estructuralmente injusta debe reconocerse.

Esto fue llevando a la distinción de tres tipos de regulaciones que serían el Derecho los Niños (hasta 11 o 12 años), el Derecho de Menores de 12 a 16 años (quedando estos casos fuera de todo orden penal) y el Derecho Penal Juvenil para personas de 16 a 18 años. Como consecuencia de este proceso se comenzó a trabajar con un enfoque más garantista que tomara en cuenta: 1) El contenido retributivo en la sanción, "este principio juega un papel primordial al punto que el niño se desconcierta si al mal que él causa concientemente, no le sigue una respuesta con cierto contenido retributivo" (7). 2) El reproche, que en las infracciones de

(6) O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, pág. 327, 1988, Perú.

(7) RETA, Adela, *La atención estatal del menor desprotegido: nuevas tendencias*, en *Infancia*, Boletín del Instituto I. del Niño, julio 1990, N. 230, Montevideo.

menores y jóvenes corresponde a un reproche cuantitativamente y cualitativamente diferente que las llevadas a cabo por mayores de 21 años (8). 3) La necesidad de un procedimiento judicial que confirme al menor como titular de las garantías procesales reconocidas por los Pactos Internacionales, Reglas de Beijing y la Convención Internacional, ofrecerán un marco de certeza, de seguridad jurídica frente a su futuro incierto. 4) En las respuestas a las infracciones se debe evitar la dimensión punitiva, la privación de libertad y sustituirla por un criterio socializador que frecuente tratamientos ambulatorios e instrumente alternativas suficientes a la internación (ej. Holanda, Países Escandinavos, Alemania).

En sustancia, la tendencia actual del Derecho de Menores procura distinguir el derecho protector del derecho sancionador y de exigir para este último plenas garantías que caracterizan al Estado de Derecho, sin que esto lleve a confundir el Derecho Penal de adultos con el Derecho Penal de los jóvenes.

DETRAS DE LAS REJAS.

El sistema judicial constituye uno de los segmentos del sistema penal a través del cual se ejerce el control punitivo, mediante la aplicación y creación de normas de fondo, procesales y de administración penitenciaria. En efecto, en materia de menores son de aplicación las previsiones propias del Derecho de Menores, las que como ya señaláramos no se alejan en nada del resto del discurso jurídico y en todo caso en su funcionamiento y en sus consecuencias (ejecución de medidas) se acercan inexorablemente al orden punitivo.

El discurso judicial pretende esconder tras una apariencia de asepsia, de apego a la ley, de apoliticidad, de imparcialidad, de juegos exegéticos, del culto a lo mítico del "decir justicia", las innegables implicancias del plano axiológico e ideológico en sus pronunciamientos. Así el Juez en su tarea de decisión de conflictos sociales y jurídicos va reconstruyendo la realidad en la que él también vive e imprime en los fallos los valores existentes en la propia organización judicial, así como también plasma aquellos valores extrajurídicos que le vienen dados por su origen social, cultural, religioso, situación económica, política, etc. (9).

En este sentido un análisis de las ideologías y valores representados en las sentencias de los Jueces de Menores llevado a cabo en Uruguay en 1990 (10) muestra cómo el orden y la seguridad (no precisamente jurídica), integran el elenco de las decisiones como valores primarios. Teniendo en cuenta como opera el rol judicial en las expectativas sociales, en los

(8) BERISTAIN Antonio, *Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles*, en Jornadas de Estudio de la Legislación del Menor, San Sebastián, 1984, pág. 198.

(9) LAUTMAN, Rudiger, *Sociología y jurisprudencia*, Ed. Sur, 1974.

(10) PEREZ FERREIRO, María de los Angeles, *ob. cit.*

medios de comunicación y en la legitimación del discurso jurídico (criterio defensista-peligrosista), asistimos a la respuesta acorde de las autoridades administrativas (INAME —Instituto Nacional del Menor—): la reapertura de una de las cárceles más viejas de América —Miguelete— para encerrar menores.

Todas estas características de la justicia contribuyen a lograr esa sustancia conservadora de sus decisiones, lo que unido a su aislamiento provocando el quiebre del proceso de comunicación entre sus actores, lleve a decir a Bergalli una vez más que la "justicia de clase" pone de manifiesto la discriminación respecto de los sectores marginados de la sociedad protegiendo los intereses del grupo dominante (11).

Sobre los horrores del encierro ya sea en institutos de menores, cárceles o psiquiátricos mucho se ha dicho (12), habiendo actualmente una fuerte corriente limitativa del internamiento como medida de protección (en caso de abandono) o sancionatoria. Sin embargo aun quedan bastiones de aquellas viejas prácticas carcelarias que albergan menores, ya sea porque se reabren, porque se remodelan o en definitiva por la incapacidad de generar otras formas de control y contención que no sea jerarquizando el aislamiento o institucionalizando la violencia.

La restricción del derecho a la libertad ambulatoria implica la pérdida de muchos otros derechos: de expresión, de reunión, de desarrollo de la personalidad, de continuidad laboral, hasta del desarrollo de su sexualidad. A estos efectos deben sumarse aquellos propios de las prácticas de encierro: el trato degradante, la despersonalización, la destrucción paulatina del Yo (a través de la ceremonia de iniciación —baño, corte de pelo, despojo de ropas y pertenencias—) desidentificación; todo lo que permitirá la continuidad del orden, la disciplina y fundamentalmente del poder-autoridad que allí se ejerce. La mezcla de la población internada, junto a las requisas periódicas son vividas como nuevas formas de desprotección y avasallamiento. Poco a poco se va construyendo la sociedad carcelaria, propia de las instituciones totales.

Al cabo del tiempo el interno se va adaptando a esta forma de vida, a los códigos de cooperación o rechazo, comienza a desarrollar nuevos vínculos de pertenencia al punto de institucionalizarse e impedir la posibilidad de egreso.

No menos importante es considerar las consecuencias de la sanción sobre el núcleo familiar (padres, hermanos, esposas, concubinas, hijos), la traslación de los efectos de la pena se viven como un nuevo estigma.

(11) BERGALLI, Roberto, *La instancia judicial*, en *Pensamiento criminológico*, t. II, pág. 84, Barcelona, 1983.

(12) FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1975.

RUSCHE, Georg y KIRCHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984.

GOFFMAN, Irving, *Internados*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

Finalmente no podemos dejar de señalar en todos los casos la falta de medios, de instalaciones adecuadas y de personal capacitado para llevar adelante una internación (si de eso se trata), medianamente eficaz. Las construcciones edilicias privilegian la seguridad y el aislamiento (celas o dormitorios oscuros, húmedos), baños en ubicación estratégica que permitan su constante observación, carencia de espacios comunes, de lugares de trabajo y de esparcimiento. Instalaciones sanitarias deterioradas al igual que las cocinas, dificultan la provisión de agua. La carencia de medios lleva a que las tareas ocupacionales que se realizan sean escasas: instrucción escolar, aprendizaje de algún oficio, artesanías o manualidades y de vez en cuando algún deporte.

En cuanto al personal de custodia y a los técnicos su deterioro, desgaste, frustración y falta de capacidad en muchos casos condicionan negativamente el funcionamiento de cualquier intento de cambio y por ende la pérdida del poder que a la manera feudal detentan.

Sabemos que no estamos refiriendo nada nuevo en este abordaje de las instituciones totales pero en tanto estas continúen encerrando menores, no hemos de olvidar ese olor ácido a adrenalina que por años continuará impregnado en las paderes viejas e inundadas del S.E.R. (Servicio de Evaluación y Rehabilitación de menores infractores de la Colonia Berro, en Uruguay), y con él la capacidad de asombro y denuncia de la miseria humana, que sabremos mantener mientras una sola de estas cárceles se tenga en pie.

“El gran problema es el encierro, el tiempo de los niños y adolescentes pasa mucho más lentamente. Yo me acuerdo y todos nos acordamos, cuando éramos chicos nos aburríamos... ¿Cómo elabora un adolescente las frustraciones, las ansiedades propias del tránsito de la certeza de la infancia proyectándose sobre un futuro incierto?. Tres meses de condena para un mayor no tienen la misma entidad de sufrimiento y aflicción que para un menor” (13).

Es por eso que si bien será imposible hacer desaparecer estas instituciones del día a la noche, la propuesta de su transformación deberá encarar varios aspectos: el postulado del menor como ser humano, como persona en desarrollo, como sujeto de derechos, en una dimensión propia (con discurso propio), donde se hable de “trato” en lugar de tratamiento, donde se jerarquicen las prestaciones en términos de Derechos Humanos y no de asistencialismo (14).

Las experiencias de los últimos años en caso de resultar necesario el internado aconsejan la sustitución de los macro-establecimientos por pequeñas unidades de internación que permitan un abordaje y acercamiento individual y personalizado al chico. Experiencias realizadas en Uruguay

(13) URIARTE, Carlos, *Discurso penal en el ámbito de la minoridad*, en Revista Criminología y Derecho, Nº III, Cárcel, drogas, minoridad, F.C.U., 1992, pág. 65.

(14) BARATTA, Alessandro, *Resocialización o control social*, en Revista No hay Derecho, nº 3, 1991, Buenos Aires, pág. 31.

hace ya años (desde 1969) en colonias abiertas con doscientos chicos. autogestionadas y controladas por un grupo de técnicos comprometidos en su proyecto que convivían con el grupo, arrojaron excelentes resultados. Actualmente y desde 1985 este programa continúa desarrollándose conjuntamente con sistemas de pequeños hogares (casas en régimen abierto) para chicas jóvenes infractoras.

Para las situaciones que ameriten la posibilidad de sustitución de las medidas de internamiento, habrá que dotar a la legislación de mecanismos que lo permitan: la obligación de someterse a un tratamiento pedagógico-curativo o psicoterapéutico externo; la no concurrencia a determinados lugares; el seguimiento a través de equipos técnicos de programas de libertad asistida o vigilada; mecanismos de custodia familiar; la obligación de reparar los daños o bien la prestación de ciertos trabajos en favor de la comunidad.

Los problemas en la consecución de estas propuestas legales no solo son de costo económico e ideológico, sino también como señalan los alemanes (15), de falta de apoyo empírico sobre la eficacia de ciertos modelos teóricos antes de ser aplicados.

En nuestro medio la falta de monitoreo de los programas en funcionamiento hace que muchas veces éstos con el tiempo fracasen, y la escasez de estudios empíricos dificulta la posibilidad de ensayar propuestas alternativas, situación que hace pensar a muchos operadores del sistema de minoridad en un estadio comunitario inapropiado para el desarrollo de nuevos modelos desprovistos de contenido punitivo.

EL PERMISO PARA PENSARSE.

Es indiscutible la función del derecho como ordenador y estructurador de la sociedad. A través de él se expresan las relaciones de poder y sometimiento existentes, de tal manera que la posesión de conocimientos jurídicos supone la detentación de alguna forma de poder. De ahí que el poder político opte por utilizar al derecho para lograr la realización del modelo social que se pretende implantar. "El discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que vérselas con las normas que atribuyen los poderes o con las menciones normativas de los hombres transformados en sujetos de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama de poder establecido en y por las prácticas sociales" (16).

El derecho es también una importante fuente de planteos y fundamentos ideológicos, precisamente a través de su discurso "produce y re-

(15) SCHÖNE, Wolfgang, *Derecho penal juvenil de la República Federal de Alemania*, en Jornadas de Estudio de la Legislación del Menor, San Sebastián, 1974, pág. 220.

(16) ENTELMAN, Ricardo, en *Teorías jurídicas alternativas de Carlos Cárcova*, en Revista No hay Derecho, N° 3, pág. 15, Buenos Aires, 1991.

produce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos, de sus relaciones con los demás. Los estatuye como libres e iguales escamoteando sus diferencias efectivas, disimulando la existencia de un saber monopolizado por los juristas..." (17).

Oculto, convence, impone, persuade, a través de su contenido justificador que legitima la necesidad del sistema de control legal, en todo el grupo social. Precisamente esta función legitimadora presenta al derecho de menores junto al derecho penal como una de las tantas formas de socializar al individuo.

Ahora bien, no solo se trata de que la dogmática jurídica deje de garantizar la ideología dominante a través de la aplicación del derecho, sino también en desjuridizar el discurso, que induce a pensar a los hombres y sus manifestaciones como inexorable producto del orden jurídico (18).

El comienzo de esta decodificación jurídica consiste en reconocer el conjunto de procesos de interacción social que ocurren en la realidad, y comprometer el saber jurídico con el espacio social, con los hombres. La tarea no es la de acordar o impugnar la imposición de un ordenamiento sino de forjarlo, crearlo sus propios ciudadanos, contribuyendo en la construcción de las pautas valorativas que el derecho como instrumento de ordenación social deberá recoger.

Esto es, ser actores en los procesos de organización e inserción social (lo que es difícil en América), instalando en el seno de los movimientos sociales y las organizaciones intermedias varias preguntas: ¿cuál es el proyecto de hombre que queremos?, ¿cuál es el lugar que dentro de este proyecto social los niños y los jóvenes tendrán?. Esta imagen antropológica deberá situarse en un contexto económico, y político que reconociendo los niveles de marginalidad y violencia de que son objeto los menores hoy, brinde una propuesta filosófica que contemple en definitiva la continuidad de vida de los mismos.

Es indudable que el derecho de menores también deberá encarar para el siglo XXI un proyecto que además de redimensionar los contenidos éticos de igualdad, libertad y justicia, incluya otros valores que hacen a la esencia de lo humano y lo social: la solidaridad (para Elías Díaz), el mutualismo y la responsabilidad generacional (para el filósofo japonés Umehara).

Si admitimos el criterio sobre "el desarrollo inacabado del proyecto político de la modernidad" (19) o "el estancamiento de la sociedad hu-

(17) RUIZ, Alieta, *Idem* en Revista No hay Derecho, Nº 3, pág. 16, Buenos Aires 1991.

(18) FERNANDEZ, Gonzalo, *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pág. 38, Trilce, 1988.

(19) HABERMAS, Juergen, en *Texto legal y función utópica de Courtis Christian*, Revista No hay Derecho Nº 5, pág. 13, Buenos Aires, 1991.

mana moderna" (20), entonces vemos porque se hace imprescindible el solidarismo o la ética de la responsabilidad interpersonal. Ambas tienen en su base la idea de unión, colaboración, de sustitución de los autoritarismos por el *compromiso* de la sociedad con la vida, con el progreso humano y el respeto a los menos favorecidos.

Lejos de imposiciones, la militancia cívica permitirá pensarnos: cuestionar el derecho y su valor en sí mismo como expresión de una comunidad libre (y no puesto al servicio de minorías políticas), elaborar las instancias comunitarias necesarias para generar nuestras propias construcciones, así como democratizar los procesos de discusión y producción de política criminal.

Es precisamente en este momento en que la Comisión de Reforma del Código del Niño se encuentra avocada al tema, que la sociedad civil no puede ser indiferente a estos planteos, debiendo reclamar la participación en el proceso de construcción de esta nueva legitimidad jurídica.

Solo de esta forma nos aseguraremos leyes aptas para regular nuestra realidad.

(20) UMEHARA, Takeshi, *New Perspectives Quarterly*, Los Angeles Times Syndicate, en Diario "La República", Montevideo, 19-VII.992.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions.

2. It is essential to ensure that all entries are supported by appropriate documentation and receipts.

3. Regular audits should be conducted to verify the accuracy of the records and to identify any discrepancies.

4. The second part of the document outlines the procedures for handling and storing financial records.

5. It is recommended that records be stored in a secure and accessible location, such as a dedicated filing cabinet or digital storage system.

6. Proper labeling and indexing of records will facilitate easy retrieval and organization.

7. The third part of the document provides guidelines for the retention and disposal of financial records.

8. Records should be retained for a minimum of seven years, unless otherwise specified by applicable laws or regulations.

9. Disposal of records should be done in a secure and confidential manner to protect sensitive information.

10. The final part of the document concludes with a summary of the key points and a call to action for all stakeholders.

11. It is the responsibility of all employees to adhere to these guidelines and to maintain the highest standards of accuracy and security.