

MEDH

Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos

Movimiento Ecuménico
Por los Derechos Humanos
Servicio Solidario de
Defensoría de Menores

La defensa del menor en
conflicto con la ley

Hace poco más de 40 años, un informe de la Organización Mundial de la Salud hacía notar que "*existen pocos campos en que se apliquen medidas coercitivas más severas, sobre tan vaga evidencia objetiva, como en el de la delincuencia juvenil*". Y esta situación no parece haber cambiado sustancialmente en la Argentina de hoy, teniendo a la vista situaciones en que los menores permanecen privados de su libertad en institutos que no difieren mayormente de las cárceles, sin condena y por períodos a veces más prolongados que la pena que les hubiera correspondido en el caso de ser mayores de edad.

Una visión panorámica del estado de situación del conflicto entre los me-

nores transgresores y el sistema minoril permite comprobar que existe una realidad compleja en la cual se manifiestan una serie de tensiones.

Alrededor de los menores se despliega una multiplicidad de demandas sociales contradictorias.

(a) Algunas de ellas están dirigidas directamente al sistema minoril (muy especialmente, sobre la justicia de menores), del que se reclama, por una parte, mayor eficacia en términos de control, y por otra la realización de una misión rehabilitadora. Es obvio que estos objetivos se contradicen, pero de este modo se expresa la necesidad social de delegar la misión de segregar y castigar la criminalidad de los menores, dando lugar al mismo tiempo a la conciencia difusa de que el joven transgresor debe poder reintegrarse a la sociedad, no recibir violencia, debe recibir educación, etc.

(b) Otras están dirigidas a los menores mismos, a través de la fijación de un "umbral" cualitativo de exigencia de conductas que no se compadece necesariamente con la evolución de los niveles de responsabilidad. De un lado de este umbral, los hechos disvaliosos se consideran genéricamente "*travesuras infantiles*"; del otro, se exige una comprensión absoluta de la norma, como si fuera posible un "*salto*" en el proceso de internalización.

La reacción social al nivel de transgresión está ligada fuertemente al contexto socioeconómico:

(a) Si damos por cierto que cuanto mayor es la marginación de un estrato social mayor es el control institucional

"secundario" que sufre, comprobamos que a medida que los jóvenes como área social se ven afectados por procesos de marginación, se tornan cada vez más objeto de atención de las instituciones encargadas del control social, incluso en sentido penal. En el interior del área juvenil, los estratos más afectados por este proceso son también aquellos situados más al margen.

(b) Por otra parte, a medida que las condiciones de contexto socioeconómico empeoran, se verifica un incremento del nivel de transgresión (tanto en los estratos marginales como en los pauperizados) y, correlativamente, una menor disponibilidad de medios para responder adecuadamente a la situación.

El "*efecto umbral*" que antes señalábamos se formaliza en la entrada de los jóvenes transgresores en el sistema judicial, coincidiendo el efecto del reproche social con el deseo de la sociedad de que se materialice efectivamente una sanción a la transgresión dentro del sistema judicial.

¿A partir de qué momento las conductas antisociales comienzan a generar la acción del sistema judicial? El Art. 1076 del Código Civil considera a los menores de diez años no responsables por los perjuicios causados por hechos calificados como delitos. Por otra parte, la experiencia cotidiana muestra que las acciones del sistema judicial por hechos calificables como delitos comienzan a producirse formalmente en la franja etaria de 12 a 14 años.

Cuando un menor es imputado de un delito, de acuerdo con la Ley 22278,

sólo será perseguido penalmente si tiene más de 16 años, pero en todos los casos será dispuesto por los jueces, en virtud de la función tuitiva que la ley otorga.

¿Qué implica la función tuitiva? La disposición judicial derivada de causas penales y contravencionales tiene su origen en el ejercicio del Patronato de menores por parte del Poder Judicial, que actúa en los supuestos en que un menor acusado o víctima de un delito se encuentra «material o moralmente abandonado o en peligro moral». Se extiende a los casos de aquellos menores que en razón de su edad y atendiendo a políticas criminales no son sometidos a proceso debiendo verificarse si se hallan en dichas condiciones de riesgo. En todos estos supuestos el juez debe disponerlos provisionalmente, pudiendo hacerlo en forma definitiva, por tiempo indeterminado y hasta la mayoría de edad.

La disposición judicial tiende, en teoría, a la protección de la persona y de los bienes del menor de edad, y en función de ello el juez puede adoptar las medidas que crea convenientes respecto del menor.

La implementación de este aspecto tuitivo que, también en teoría, se halla disociado del proceso penal (y que en adelante llamaremos "proceso tutelar") se basa en un difuso criterio protector y educativo pero entraña en la realidad serios riesgos de error cuyas consecuencias imprevisibles pueden resultar en un daño a la personalidad del menor mucho más grave que el se pretendía conjurar mediante su aplica-

ción. Los supuestos de esta intervención tuitiva están especificados en la legislación con un sentido tan vago que, en la práctica, la concepción protectora y educativa inserta en el proceso minoril desde su aparición como categoría ad hoc dentro del derecho ha servido, más allá de la intención del legislador y de los magistrados, para poner al margen de estos procesos todo el sistema de garantías que rige en los demás.

Es claro que el menor debe ser considerado como sujeto procesal activo del proceso tutelar, y no como un mero objeto de mensura. En general, nada puede decirse en favor de la estructura mecanicista que lleva a considerar al menor como un subordinado y recipiente de la ley, convirtiéndolo en objeto de protección y no en sujeto de creatividad e iniciativas libres.

La dinámica de la sociedad contemporánea ha convertido en una falacia el argumento de la protección o la asistencia del menor como justificativo de una subordinación total, asignándole el supuesto carácter de receptor de las decisiones más o menos arbitrarias de los adultos, basándose en una supuesta falta de madurez. Esta actitud de menosprecio por la capacidad autónoma del menor requiere una profunda modificación. Para ello, es necesario un cambio radical en la concepción y la instrumentación de las respuestas adecuadas a la problemática del menor infractor que, para entender y reordenar los comportamientos antisociales, parta del reconocimiento de la persona del menor como sujeto de derecho, no a través de expresiones

programáticas de buenos deseos, sino en normas legales concretas, para que tal reconocimiento pueda ser exigido en las prácticas de los individuos y entidades encargadas de la defensa de dicho menor.

En efecto, no es posible, ni ética ni jurídicamente, imaginar al menor como un objeto al que se mide, pesa y somete mecánicamente a un supuesto tratamiento que apunta a modificar pautas de su conducta. Y para evitar que esto suceda en la realidad, es necesario respetar, con las formalidades del debido proceso, las características personales y los derechos individuales del menor.

En consonancia con el reclamo social punitivo y facultados por la legislación vigente, los jueces adoptan medidas tutelares tendientes a la tan mentada y polémica "resocialización" o "rehabilitación" del menor, constituyéndose en el núcleo al que tiende todo el régimen de la minoridad.

Estas medidas, además de atenerse estrictamente a un marco de admisibilidad ética por encima de la utilidad social, deben necesariamente ceñirse al marco de la seguridad jurídica.

Puesto que las medidas adoptadas en el transcurso del proceso tutelar pueden conducir (y en la práctica es verificable que lo hacen) a restricciones en los derechos fundamentales del menor aún mayores que las que implicaría la aplicación de sanción penal, no es admisible su uso discrecional. En efecto, la aplicación de tales medidas, además de basarse en la evaluación detallada de las condiciones personales del

menor sometido a tutela, debe respetar las exigencias del debido proceso (que garanticen mediante su directa intervención el respeto a sus intereses); si ello fuera posible, mucho más cuidadosamente, en atención a la influencia negativa que sobre el posterior desarrollo de la personalidad del menor puede tener la aplicación de una medida errónea.

El aspecto más grave de la restricción de libertades individuales, la internación, opera en el sentido de la despersonalización del sujeto, es decir, no tiende a la integración de su personalidad, precisamente por apartarlo de su comunidad y no permitirle elaborar sus propias dificultades. Este sistema incoherente, con sus premisas de "reeducción" y "rehabilitación", segrega y estigmatiza a los menores más débiles desde el punto de vista social, "castigando" más a los que mayor protección requieren.

Pero también las restricciones menos graves, que implican mandatos de sujeción a las disposiciones del magistrado, pueden resultar, por su criterio despersonalizado, en daños trascendentes a la personalidad del menor.

Debe señalarse, por otra parte, que si las medidas adoptadas en el ejercicio de las facultades de disposición se llevan a cabo con fines de tratamiento del menor, este adecuado tratamiento es requisito esencial para la validez de aquellas medidas. Por consiguiente, debe reconocerse el derecho del menor a impugnar las medidas de custodia a las que esté sometido, sobre la base de que no recibe en la práctica ningún trata-

miento especial.

El efectivo reconocimiento del menor como sujeto de derecho y de las consecuencias que comporta la restricción de sus libertades individuales, implica el reconocimiento del derecho a defensa en el proceso tutelar. Aún cuando se pretenda que las medidas adoptadas como parte de las facultades dispositivas del magistrado estén absolutamente desligadas de su correlato en el proceso instaurado alrededor del hecho ilícito, es necesario advertir que la garantía de defensa debe estar presente en toda circunstancia en que haya posible afectación de derechos. Ello es así porque dicha garantía no se refiere exclusivamente al poder penal del Estado; al contrario, la fórmula comprende también al proceso civil, laboral o administrativo, pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) susceptible de ser intervenido o menoscabado por la acción del Estado.

La garantía de efectiva defensa ante las medidas que puedan afectar los derechos del menor no halla solución en la simple aceptación de este principio. En este terreno, es indispensable la intervención del letrado defensor, puesto que el conjunto de garantías y actividades procesales sólo adquieren significado sustancial para la abrumadora mayoría de las personas puestas ante un tribunal si están asistidas por letrados competentes que puedan invocar efectivamente esas garantías. Por mayor buena intención que se ponga en ello, los procesos judiciales resultan necesariamente técnicos: **"pocos adultos**

sin capacitación legal puede influir en ellos o siquiera entenderlos, y ciertamente los menores no pueden"

Adherimos en este sentido a los argumentos expresados por la Comisión a que pertenece la cita anterior, la que señalaba al elaborar su informe final en 1967 que **"ninguna acción singular contiene mayor potencial que la provisión de asistencia letrada para logra justicia procesal para los jóvenes ante los Tribunales de menores"**; reconocía la presencia del representante legal del menor como **"piedra basal de toda la estructura de garantías que requiere un sistema de mínima justicia procesal"**; y señalaba que **"en la etapa de disposición es donde aparece la oportunidad de ofrecer planes de tratamiento individualizado, y donde subyace el peligro de que el poder coercitivo del Tribunal sea aplicado sin adecuado conocimiento de las circunstancias"**.

Es indispensable formalizar el respeto por la autonomía de la voluntad de los jóvenes. Ello contribuirá a:

(a) sentar mayores bases éticas en el tratamiento de menores, proporcionando un marco de garantías de respeto a la dignidad humana coherentes con el nivel de demanda social sobre el comportamiento de niños y adolescentes;

(b) moderar las tensiones contradictorias de demanda existentes entre la autodefensa de la sociedad y la protección de los jóvenes, permitiendo que la voz de éstos se oiga efectivamente en el sistema judicial; y

(c) generar un sistema de protección concreta y efectiva de las garantías individuales de los menores ●



Un jovencito transporta agua desde una fuente pública hasta su casa en Guayaquil, Ecuador. En América Latina, el 87% de los habitantes de las ciudades tienen acceso a agua potable.