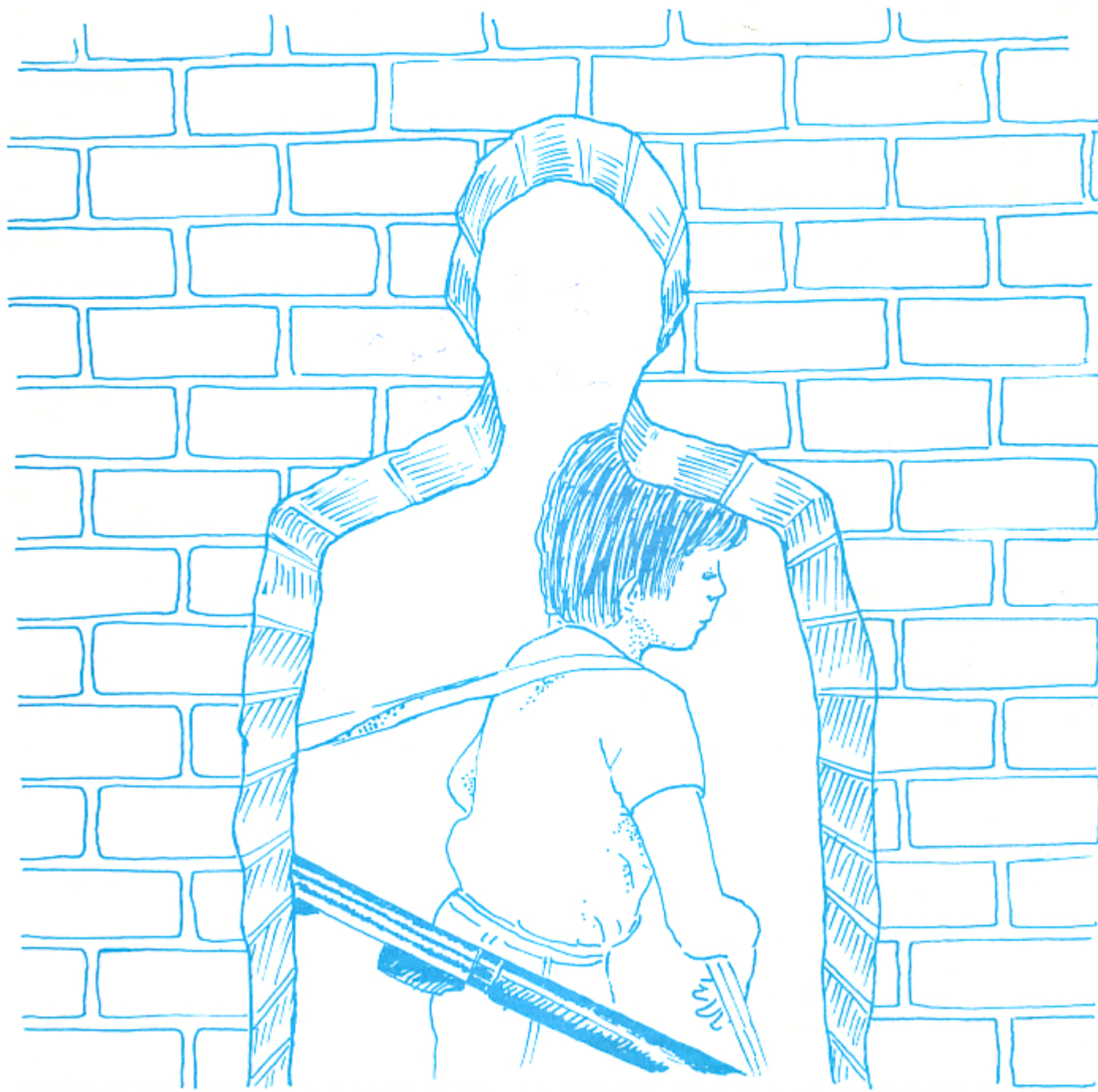


Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la Ley Penal

A COMPARATIVE STUDY OF THE DIFFERENT REGIMES
ON JUVENILE OFFENDERS
(ARGENTINA, COLOMBIA, COSTA RICA, MEXICO AND VENEZUELA)



por Enrique Bacigalupo
(Experto Asociado ILANUD)
con la colaboración de
Sonia Navarro y Ricardo Ulate
(Departamento de Investigaciones ILANUD)

RESUMEN

Algunas legislaciones tratan la materia en forma anexa a las leyes penales, otras en una codificación especial. Desde el punto de vista de la organización de la Justicia, la mayoría de los países incluyen tribunales especiales dentro de la Organización del Poder Judicial, otros utilizan organismos de la Administración. Se analiza el contenido de las legislaciones en cinco aspectos: Los autores (edades que fijan su inimputabilidad). Los presupuestos de las medidas (las legislaciones reemplazan el principio del hecho por el principio del autor y el hecho cometido es sólo un síntoma del grado de peligrosidad del menor). Las medidas (se acuerda al juez la posibilidad de aplicar inclusive medidas no previstas). El procedimiento (su característica es el alto grado de discrecionalidad del juez y la ausencia de distintos roles procesales). La ejecución de las medidas de internación (en general se reserva la ejecución a la Administración).

En los hechos, las medidas del derecho de menores y las del derecho penal criminal tienen idéntica finalidad y afectan idénticos derechos, por lo que la acción del Estado debería estar siempre limitada por los principios de legalidad y culpabilidad y presuponer un proceso con todas las garantías del Estado de Derecho.

ABSTRACT

Some legislations consider the juvenile offenders matters together with the criminal laws and some other offer an especial code. From the point of view of the Organization of Justice, most of the countries do include especial tribunals for the juvenile within their justice organizational system, while others use internal organisms for the same purpose. The paper analyses the contents of the legislations in five different fields: The authors (minimum age for criminal responsibility). The basis of the measures to be taken (the legislations replace the principle of fact by the principle of author, and the fact is only a symptom of the degree of dangerousness in a minor). The measures (the Judge is reminded of the possibility for applying even not-provided measures). The procedures (being its main characteristic a high degree of discretionality from the Judge and an absence of the different procedural roles). The execution of internment measures (the execution of these measures is usually left to the Administration).

As a matter of fact, the measures for the rights of minors and juveniles and those for Criminal Law share the same finality and affect identical rights; therefore, the field of action of the State should be always limited by the principles of lawfulness and culpability and a process fully warranted by the State of Law should be present.

I. INTRODUCCION

El presente documento procura definir los problemas que deberían ser objeto de un más exhaustivo proyecto de investigación, sobre los regímenes vigentes en materia de menores y jóvenes autores de delitos en América Latina, así como de sugerir una línea posible de solución.

No es posible hacer aquí un análisis de todas las legislaciones vigentes en esta materia y de su dinámica en la aplicación y ejecución de las consecuencias jurídicas que las caracterizan. A los fines

de este documento, por lo tanto, se tomarán en cuenta solamente **Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela.**

Hay buenas razones para suponer que la imagen que puede obtenerse de la justicia de menores en materia penal de estos países puede servir para obtener "mutatis mutandis" una visión general de toda América Latina.

En una segunda etapa de la investigación será posible completar el análisis de los demás países y verificar hasta qué punto es factible operar sobre la base de lo que podríamos llamar "casos típicos"

para una caracterización de situaciones concretas dentro del área de América Latina y que podría incluir también los países del Caribe.

La estrategia de la investigación puede definirse por el intento de obtener las líneas fundamentales del sistema de justicia de menores en materia penal, en primer lugar, en el nivel de sus **ideas fundamentales de política criminal**; en segundo lugar, en lo referente a su **realización legislativa** y, finalmente, en lo que toca a su **funcionamiento práctico**.

El aspecto que resulta problemático de esta investigación es el que se refiere al estudio de la praxis de la justicia de menores. Los datos necesarios para llevar a cabo este punto requieren una elaboración (por lo general estadística) que —en el estado actual de las publicaciones oficiales al respecto— es sumamente difícil de obtener. En principio, la presente investigación sólo se limita a la criminalidad juvenil registrada. Pero no sólo nos encontramos aquí con el conocido y reconocido problema de la **falta** de estadísticas, sino también, con que, las estadísticas a veces disponibles, están confeccionadas en función de criterios muy diversos y, frecuentemente, dudosos.

Es de suponer que la obtención de datos por medio de encuestas realizadas con jueces y funcionarios especializados en materia de menores, tanto de la justicia como de la administración, pueden brindar una compensación del déficit apuntado. Estas encuestas, sin embargo, no alcanzan a brindar datos suficientes para una evaluación del sistema vigente, pero pueden permitir corroborar, en su caso, ciertas deficiencias que, por otra parte, tienen ya carácter público (falta de medios adecuados para la investigación psicológica y social; carencias graves en lo que se refiere a establecimientos y personal, etc.).

Todo ello demuestra, ante todo, la necesidad de investigaciones fácticas orientadas por criterios previamente definidos con claridad. Precisamente no sólo se carece de datos sino también de los criterios para recolectarlos y más tarde interpretarlos: no cualquier dato fáctico es importante, sino sólo aquellos que, según una ponderación previa, tienen capacidad explicativa respecto de una situación social determinada y del sistema jurídico que la rige. Es casi seguro que el mayor problema que enfrentarían las futuras investigaciones será la ponderación previa de qué datos poseen la capacidad explicativa.

La finalidad de la presente investigación es la de servir para la formulación y proposición de **reglas mínimas** referentes a la administración de justicia y a la ejecución de las medidas en el ámbito del derecho de menores. Por este motivo tiene aquí un rol fundamental todo lo referente a evaluación de

la situación actual y a los criterios para realizarla. La elaboración de tales reglas mínimas requiere, como es lógico, determinar si lo que se desea es fijar una política criminal concreta o, por el contrario, sólo los límites legítimos de la realización de tal política criminal (principio de legalidad, principio de inocencia, derecho de defensa, etc.). En materia de justicia de menores en el ámbito penal ciertos aspectos —como se verá— ofrecen múltiples cuestionamientos posibles. De cualquier forma, parece plausible dar preponderancia a la idea de fijar tales límites a la realización de la política criminal, toda vez que se manifiesta como la de mayor estabilidad, también, probablemente, en los próximos años. Las cuestiones de política criminal no disponen en la actualidad de un consenso tan estabilizado como para que se considere prudente cristalizar las ideas fundamentales de un programa político-criminal concreto en reglas mínimas.

II. LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE POLÍTICA CRIMINAL DE LAS LEGISLACIONES SOBRE MENORES EN MATERIA PENAL

Las legislaciones vigentes en lo referente al tratamiento de menores incapaces de culpabilidad (inimputables) que cometen hechos punibles provienen de una época relativamente reciente (**Argentina 1954**, con una nueva redacción de 1976, **Costa Rica 1963**, **El Salvador 1974**, **Ecuador 1976**, **México 1973**, **Venezuela 1976**). Sin embargo, son reflejo de ideas de política criminal que fueron dominantes en los años 20 y 30, pero que sólo excepcionalmente y en forma muy restringida llegaron a ser vigentes en relación a los adultos.

Sustancialmente se trata de una política-criminal basada en una exacerbación de la idea de **prevención especial**. Consecuentemente con ello las **medidas del derecho de menores deben ser indeterminadas**, tanto respecto de las especies, como en su duración; además estas consecuencias jurídicas no se consideran penas, dado que, en todo caso, las penas sólo podrían aplicarse legítimamente a imputables, calidad que el menor no posee. Pero además, en este programa de política criminal, la distinción entre penas y medidas es directamente inaceptable, pues ya la diferenciación entre imputables e inimputables carecería de toda justificación.

Consecuentemente, con esta exacerbación de la prevención especial, el **aspecto sintomático del comportamiento** tiene una significación preponderante respecto de la comprobación formal de la ejecución del hecho punible. En verdad se juzgan, fundamentalmente, autores reales o potenciales, mien-

tras que la calificación jurídica del hecho que revela sus características peligrosas es, en principio, secundaria. Esto explica que las legislaciones más ortodoxas consideren equivalentes la situación de un menor abandonado (del que se piensa que es un autor potencial) y la del que ha cometido un hecho punible: ambos son objeto, en este sistema, de idénticas medidas (ver el caso paradigmático del Estatuto del Menor en Venezuela, art. 110). La equiparación de los autores potenciales de ilícitos punibles con los que ya los han cometido, sólo se explica en la medida en que la idea central del sistema legal es la defensa de la sociedad frente al delito.

En lo referente al **derecho procesal** este programa político criminal requiere un significativo aumento de la discrecionalidad del juez o tribunal, lo que convierte al proceso judicial contra menores autores de hechos punibles en un proceso más cercano al administrativo que al judicial.

La figura del defensor, e incluso del fiscal, pierden en principio toda significación, en gran medida porque se piensa que no se trata de un derecho **contra** el autor, sino protector del menor, tal como se lo expresó en la idea básica de la Escuela Correccionalista española (confr. Pedro **Dorado Montero**, el Derecho Protector de los Criminales, 1911). El rol del juez en el proceso presenta, por lo tanto, rasgos muy diversos en comparación con los del juez penal para adultos.

Finalmente, la idea de prevención especial deberá tener importantes efectos en la **ejecución de las medidas** que implican privación de libertad. Como veremos, sin embargo, este aspecto no ha merecido mayor atención por parte de quienes han propugnado esta tendencia en el ámbito del derecho de menores. Ello se debe en parte a la acentuada inclinación de los teóricos y prácticos de las ciencias penales a considerar las cuestiones de ejecución de penas y medidas como una área reservada a la administración. En cierto sentido, las leyes de ejecución penal o de medidas privativas de la libertad son la excepción en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y cuando estas leyes existen traslucen, en general, el poco desarrollo de esta problemática en nuestro medio y consagran la idea de reserva administrativa de la ejecución penal.

Una concepción de esta naturaleza subordina **totalmente** la posición del individuo con relación a los fines sociales.

La máxima prioridad se acuerda a la "defensa de la sociedad", y frente a esta necesidad de toda sociedad constituida, los intereses individuales ocupan un lugar subalterno. Ello explica el considerable retroceso del principio de legalidad dentro de este programa de política criminal.

La legitimización de esta subordinación completa del individuo a los intereses sociales proviene, básicamente, de un alto grado de optimismo respecto de la capacidad de las ciencias del comportamiento en lo referente a la predicción de la conducta futura. La suposición de una explicación causal del fenómeno del delito, carente de fisuras y objetivamente comprobable, está en la base teórica del programa de política criminal que alentó el positivismo, en la versión dominante en América Latina. La utilidad fundamental del sistema propugnado estribaría, entonces, en su capacidad para prevenir la reincidencia.

Estas ideas de política criminal no llegaron a imponerse sustancialmente sino en una forma muy reducida en los Códigos Penales Latinoamericanos posteriores a 1920 (Código de Defensa Social de Cuba de 1936, Código Penal Colombiano de 1936, Código Penal Mexicano de 1931), aunque no puede negarse la influencia ejercida sobre los mismos en materias de suma importancia (por ej. en el tratamiento de la reincidencia). Una idea de las dificultades que enfrentaron puede verse en la suerte corrida por los proyectos de ley sobre "estado peligroso" en la Argentina (confr. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t. 1, 1964, pág. 1061 y s.s.).

En lo referente al derecho penal de adultos sólo excepcionalmente pudo imponerse el modelo especial de la Ley de Vagos y Maleantes llamada más tarde de "peligrosidad y rehabilitación social" (por ej. en **Venezuela, Costa Rica**), que procuró corregir el sistema de los Códigos Penales de orientación más tradicional, dándole cabida al "estado peligroso sin delito" en el sistema penal.

Sin embargo, el programa de política criminal del positivismo latinoamericano encontró una amplia resonancia en lo referente a menores. El derecho de menores que estamos estudiando, codifica en forma más o menos acentuada, según el caso, el programa político-criminal del positivismo latinoamericano: se trata de un puro derecho de medidas, dirigido a un tipo de autores, antes que a hechos punibles concretos, que no distingue, en principio entre autores potenciales y autores reales, con un procedimiento en el que predominan los poderes discrecionales del juez y en el que el principio de legalidad sufre considerables restricciones.

En la legitimización de este sistema de justicia de menores, sin embargo, aparece en primer término no ya la cientificidad del mismo (como ocurrió en el derecho penal común de adultos), sino el **carácter tutelar** que se le asigna: La finalidad del sistema no será reprimir, sino tutelar. La idea de tutela quiere expresar el carácter exclusivamente educa-

tivo, socializador o resocializador, en su caso, de las consecuencias jurídicas que se prevén en las legislaciones de menores. Consiguientemente, las medidas serían un "bien", a diferencia de las penas, que serían un "mal". El carácter beneficioso de tales medidas tutelares, resulta ya suficiente justificación de las características del "derecho de menores infractores" y sobre todo una compensación del drástico retroceso de los derechos del menor implicados en la reducción del significado del principio de legalidad, en la práctica procesal y en la ejecución de las medidas presentadas por estas legislaciones. Puede decirse que, en general, el programa codificado por las leyes de menores aparece legitimado en una confusa mezcla de supuesta científicidad y humanitarismo, en la que predomina este último.

En otras palabras: un sistema útil a la sociedad, porque tendría capacidad para prevenir la reincidencia y además podría satisfacer el sentimiento humanitario hacia los niños y los jóvenes.

III. CARACTERES FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS VIGENTES EN MATERIA DE MENORES AUTORES DE DELITOS

La codificación de esta política criminal se presenta externamente en dos formas básicas:

- a) Legislaciones que tratan la cuestión en leyes o disposiciones especiales más o menos anexas a las leyes penales (por ejemplo: **Argentina; Costa Rica; México**).
- b) Legislaciones que incluyen la cuestión de los menores autores de delitos en una **codificación especial** del derecho del menor (**Bolivia**, Código del Menor, 1975; **El Salvador**, Código del Menor, 1974; **Ecuador**, Código del Menor, 1976; **Venezuela**, Estatuto del Menor, 1976). Estos últimos tratan el tema de los delitos cometidos por menores junto a cuestiones referentes al derecho de familia, a la adopción, a medidas asistenciales para la maternidad, etc. Por otra parte, desde un punto de vista del tipo de organización de la justicia se encuentran también dos sistemas:

- a) La mayoría de los Estados incluyen Tribunales especiales dentro de la organización del Poder Judicial.
- b) **Bolivia y México**, por el contrario, aplican las disposiciones referentes a menores que son autores de delitos mediante organismos de la administración.

La cuestión de la vinculación formal o no del derecho de menores autores de delitos con la legislación penal, tiene que ver con el mayor grado de alejamiento del derecho de menores respecto del

derecho penal y, por lo tanto, de sus principios garantizadores. Las legislaciones recientes de carácter global sobre el niño reflejan de una manera extrema las posiciones que postulan un mayor retroceso de las garantías del derecho penal en relación al derecho de menores. En estas, el derecho referente a los menores autores de delitos adquiere la forma de un "derecho de subrogación" del Estado en los poderes de los padres, pero con la diferencia de que las medidas que aquel puede aplicar superan ampliamente en gravedad a las que provienen de la patria potestad.

La segunda cuestión, es decir, la inclusión de los organismos de aplicación del derecho de menores en la administración o en el poder judicial, no se traduce en diferencias que afecten fundamentalmente al programa de política criminal referido a menores. La tendencia preferible es la que los incluye en el poder judicial, dada la importancia de los derechos que resultan afectados por las medidas previstas como consecuencias jurídicas. En verdad, hoy puede considerarse totalmente superada la idea, según la cual, las medidas de seguridad (género al que pertenecen las que prevé el derecho de menores) son materia propia de la administración.

El contenido específico de la legislación que es objeto de esta investigación puede analizarse separadamente en cinco cuestiones diferentes: a) los autores; b) los presupuestos de las medidas; c) las medidas; d) el procedimiento y e) la ejecución de las medidas de internación. En este análisis nos limitaremos a los textos legales del derecho vigente en razón del material disponible. Naturalmente, sería muy importante comprobar de qué manera son usados en la práctica estos textos por los jueces, cosa que excede los límites de este documento.

a) Los autores:

Lo que caracteriza al autor relevante para el derecho de menores que infringen la ley penal es, en principio, su falta de imputabilidad, consecuencia de no haber alcanzado el límite de madurez requerido por la ley.

La edad que se fija varía en las distintas legislaciones (**Argentina**: 14 años, Art. 1, ley 22.278; **Costa Rica**: 17 años, Art. 1, Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores; **Colombia**: 16 años, Art. 34 del Código Penal; **México**: 18 años, Art. 1, Ley de los Consejos Tutelares de los Menores del Distrito Federal; **Venezuela**: 12 años, Código Penal, Art. 69). Es frecuente que no se especifique una edad mínima (así por ejemplo: el caso de Costa Rica, Venezuela, etc.). **Argentina y Venezuela** consagran un régimen que algunos autores han llamado —con impropiedad— de "imputabilidad relativa" para los

considerados "menores adultos". En realidad, se trata de una atenuación abligatoria de la pena y, en su caso, de una exclusión de la imputabilidad, respecto de ciertos hechos punibles cometidos en los años inmediatos a la edad mínima de responsabilidad penal. En este sentido, la actual **Ley Argentina** (No. 22.278) reitera, en líneas generales, la distinción que ya preveía (con redacción más clara y pulcra) el Código Penal de 1921 (Art. 36 y sigtes.). De acuerdo con ello, el joven de más de 14 años y menos de 18 no es penalmente responsable "respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación". En los demás casos el menor de 14 a 18 años es punible (Art. 2), aunque con una pena atenuada y luego de una verificación especial de la necesidad de la misma (Art. 4).

En el Código Penal **venezolano** se prevé que el autor responsable mayor de 12 años, pero menor de 15 será sancionado con pena atenuada en la mitad (Art. 70). El autor que tuviere entre 15 y 18 años será castigado con una pena disminuida en un tercio (Art. 71). La posibilidad de una exclusión completa de la pena no está prevista en el Código Penal Venezolano.

b) Los presupuestos de las medidas:

El punto más crítico del derecho de menores que estamos analizando es el que expresa su carácter de **derecho penal de autor**, en el que —como se dijo— el hecho cometido sólo tiene el carácter de un **síntoma de la peligrisidad** del menor.

En el derecho **argentino** este carácter se prolonga hasta que el autor haya cumplido los dieciocho años. Sin embargo las disposiciones que lo establecen distinguen: a) los menores de 14 años, no responsables o inimputables en todos los casos y los de 14 a 18 no imputables cuando el delito cometido tenga una pena que no supere los dos años, que sea de multa o inhabilitación, respecto de los cuales establece que "si de los estudios resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta" se dispondrá su internación (Art. 1); y b) los menores de 14 a 18 (punibles) para los que dispone: "cualquiera fuese el resultado de la causa (¡por lo tanto también en casos de absolución!), si de los estudios realizados apareciera que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta" recibirá igual trato que los anteriores (Art. 2). El texto legal es muy poco claro pues no especifica si respecto a los menores de la primera categoría, la internación es posible tam-

bién en los casos de absolución por el delito acusado, como indica expresamente el art. 2. Probablemente en los casos del Art. 1 se quiere extender también la potestad judicial a los casos de absolución, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una diferencia de difícil explicación dentro del sistema de la misma ley.

Una estructura similar presenta el derecho **costarricense**. Aquí se afirma inclusive que "las infracciones atribuidas a los menores de edad no serán apreciadas sólo bajo su aspecto legal sino, preferentemente, con un criterio **jurídico-social**" (Art. 48 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores). Es evidente que estas expresiones quieren señalar que el objeto del proceso de menores no es, en primer término, la comprobación del hecho típico en el sentido del derecho penal, sino de un conjunto de circunstancias ajenas al hecho y que como es claro no pueden sino pertenecer al autor.

La disposición se completa con otra regla característica de un derecho penal de autor: "la participación de un menor en un hecho que se le atribuye, no suspenderá forzosamente la acción tutelar" (Art. 47). Este principio es ratificado además por el Art. 61 que otorga al juez la facultad de decidir "si ha de proseguirse la acción tutelar" cuando "los hechos no constituyen delitos, cuasidelitos o falta, o si hubiese operado prescripción o perdón del ofendido o los representantes en favor del menor".

De esta manera, queda totalmente relativizado el Art. 2 de la Ley que parecía limitar la acción tutelar a los supuestos en los que se atribuya al menor una "infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta". (Art. 2).

En **Colombia**, el Código de Procedimientos Penales establecía (hasta su reemplazo en 1981 por el nuevo Código) reglas referentes a los menores de 16 años, mientras que la Ley 83 de 1946 se refería a los casos de menores en estado de abandono o peligro (Art. 41 y sigtes.) que afectaba a los de 12 a 18 años, respecto de los que la discrecionalidad judicial es muchísimo mayor. En 1968, se expidió la Ley 75, cuyo Art. 48 redujo la edad de responsabilidad penal a 16 años.

La amplitud en caracterizar los presupuestos de la intervención de la jurisdicción tutelar es también en México signo del reemplazo del principio del hecho por el del autor. El Art. 2 de la Ley de Consejos Tutelares para Menores (1974) atribuye a este organismo facultades para intervenir "cuando los menores (de 18 años) infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno o manifiesten otra forma de conducta que haga presu-

mir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad". La extensión de esta disposición y su significado respecto del principio del autor se percibe con claridad, si se tiene en cuenta que, prácticamente, cualquier infracción reglamentaria permite abrir la investigación sobre la personalidad del joven y aplicarle las medidas que la ley prevé.

El Estatuto de Menores de **Venezuela** considera equivalentes las situaciones de **abandono** (moral o material), la infracción de las leyes penales y ordenanzas policiales y las situaciones previstas en la Ley de Vagos y Maleantes (Arts. 110 y 111).

Resumiendo, cabe señalar: las legislaciones vigentes reemplazan el principio del hecho por el principio del autor; en ciertos casos equiparan expresamente el estado de abandono a la comisión de un delito (**Argentina-Venezuela-Colombia** en cierto sentido); en otros casos, la continuación de la acción "tutelar" queda íntegramente librada a la discrecionalidad judicial (**Costa Rica**).

No cabe duda que estas disposiciones legales no cumplen ninguna de las exigencias del principio de legalidad (básicamente la de la *lex stricta*). En gran parte, ello se intenta explicar por el carácter "tutelar" que se asigna al derecho de menores. Sin embargo, en la medida en que este derecho de menores implica restricciones de derechos, no parece posible sustraerlo a los límites impuestos por el principio de legalidad, pues este constituye actualmente una garantía que puede considerarse "general" del Estado de Derecho. El principio de legalidad rige, por lo tanto, no sólo en el Derecho Penal, sino también en el Administrativo y, en forma genérica, en todo lo que importe privación o restricción de derechos, cualquiera que sea la finalidad con que ello se lleve a cabo. Este punto de vista comienza a reflejarse ya en las Constituciones más modernas (ver Art. 9 de la Constitución Española de 1978).

Es de señalar que la jurisprudencia costarricense parece tender a introducir alguna limitación en esta materia, restringiendo la amplitud en lo referente a los presupuestos que definen la competencia del Juzgado Tutelar.

c) Las medidas (consecuencias jurídicas)

La característica más sobresaliente en lo que se refiere a las medidas previstas como consecuencias de la comisión de un hecho punible o de un estado de abandono, peligro, etc. es la posibilidad que se acuerda al juez de aplicar, inclusive, medidas no previstas (expresamente en el derecho costarricense el Art. 29, f de la Ley Tutelar). Fuera de ello, parece que en la práctica las medidas se reducen a

la **libertad vigilada o asistida** y a la **internación**, sobresaliendo el carácter indeterminado de la duración de las mismas. En principio, este carácter indeterminado resulta también de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad, ya que este alcanza, como se dijo, a todas las consecuencias jurídicas restrictivas de derechos fundamentales. La determinación de la duración máxima no es —como se creyó en una época— (ver por ejemplo el Proyecto de Código Penal Argentino de 1960, Exposición de Motivos) sólo esencial para las penas, sino también para las medidas de seguridad (género al que pertenecen las medidas del derecho de menores); un ejemplo de ello son las legislaciones recientes en la materia. La determinación indirecta que proviene del cumplimiento de la mayoría de edad no cumple con este requisito del principio de legalidad.

d) El procedimiento

La característica principal del procedimiento es el alto grado de discrecionalidad otorgado al juez o tribunal y la ausencia de distintos roles procesales. La teoría ha procurado fundamentar esto caracterizando, por ejemplo, al derecho procesal mexicano de menores como un procedimiento "tutelar-inquisitivo" en el que "en modo alguno existe contradicción de intereses; no hay litigio" (Sergio **García Ramírez**, en *Derecho Penal Contemporáneo*, 34 (1969), página 34). De ello se deduce que "carecen de razón de ser los actos de acusación y defensa y, por ende, las figuras del actor y el defensor" (loc. cit. pág. 34 y sgte). Se estima, por lo demás, que esta caracterización es también aplicable a **Argentina, Bolivia, Costa Rica, Brasil, Panamá y República Dominicana** entre otros. El problema de la constitucionalidad de este procedimiento se discute en Latinoamérica desde hace muchos años, más precisamente, desde hace medio siglo. De ello es prueba parte del debate en el Senado Mexicano, durante la discusión de la actual Ley de Consejos Tutelares. En esa oportunidad, volvió a plantearse el problema y se recordó que desde 1931 el tema había reaparecido en forma recurrente (ver Sergio **García Ramírez** en *Criminalia*, año XXXIX, No. 7-8 (1973), página 241).

Sólo en parte se observa una limitación de esta tendencia en la introducción de la figura del "Promotor" en la ley tutelar mejicana o en la participación que acuerda al defensor la ley costarricense.

De todos modos, es evidente que la informalidad y el alto grado de discrecionalidad procesal se basan en el **principio del autor** y en el carácter secundario del hecho. Por este motivo, la prueba fundamental está constituida por los dictámenes peri-

ciales de trabajadores sociales, médicos, psicólogos, etc. A ello suele hacerse referencia expresa en las leyes (por ejemplo Art. 145 del Estatuto de Menores, de Venezuela; Arts. 1 y 2 de la Ley 22.278, Argentina) estableciéndose inclusive organismos especiales (judiciales o administrativos) para la producción de estos informes sobre la personalidad (México, Art. 35 de la Ley de Consejos Tutelares: "Centro de Observación"; Costa Rica, Arts. 19 y sgtes: "Departamento de Servicio Social" y "Departamento Clínico"). Según informaciones recogidas en Costa Rica y Panamá, es frecuente que los juzgados competentes en provincias carezcan de medios adecuados para la confección de estos dictámenes. Es de suponer que esta situación se repite en otros estados latinoamericanos.

En la práctica el principio del autor tiene, probablemente, una considerable influencia en lo que se refiere a la **prueba de los hechos** que condicionan la acción "tutelar". Es posible que cuando los diagnósticos de personalidad sean negativos, la inexistencia de pruebas concluyentes respecto al hecho imputado resulte compensada con el significado otorgado a dicho diagnóstico. De esta manera el principio del autor adquiere un dominio total en el proceso "tutelar" de menores. Hasta tal punto llega dicho dominio que, por regla general, las leyes del derecho vigente analizado determinan que la sola imputación o la denuncia del hecho son ya presupuesto suficiente para iniciar la investigación de la personalidad (inclusive mediante internamiento) (Argentina, Ley 22.278, Art. 1; Costa Rica, Arts. 2-6 y 56 de la Ley Tutelar; México, Ley de Consejos Tutelares, Arts. 35-44 y sgtes; Venezuela, Estatuto de Menores, Arts. 144 y 145).

Los cuestionamientos referentes a la compatibilidad de este procedimiento con los principios del Estado de Derecho se derivan, como es lógico, de los que ya han sido formulados respecto a la definición legal de las infracciones y a la caracterización de las medidas.

e) La ejecución de las medidas de internación

Como lo hemos señalado en otra parte, la tradición de América Latina ha reservado, por lo general, la cuestión de la ejecución penal a la administración. Esto ha tenido incidencia también en lo que se refiere a la ejecución de medidas del derecho de menores. Como ejemplo, la Ley de Consejos Tutelares de México dispone que "la ejecución de las medidas impuestas por el Consejo Tutelar corresponde a la Dirección Nacional de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, la que no podrá modificar la naturaleza de aquellas" (Art. 43). Las modificaciones de las sanciones pueden ser

sugeridas al Consejo Tutelar por la Dirección General (Art. 43) y aquel las revisará cuando lo estime conveniente (Art. 53 y sigtes).

En Costa Rica se cuenta con un "reglamento sobre tratamiento de menores" de naturaleza administrativa (Decreto No. 12.813-J/1981), que crea también un organismo administrativo cuya función es lograr objetivos mediante un plan educativo reforzado intensamente por el tratamiento terapéutico, en forma similar a como se conciben los "Institutos de Terapia Social" para adultos en los países que los han implantado.

f) Conclusiones

La revisión de los diversos sistemas legislativos que son objeto de esta investigación permite reconocer que, básicamente, han recogido el programa político-criminal del positivismo latinoamericano en una forma extremadamente ortodoxa.

En general, tanto el programa como sus codificaciones han sido sometidos a críticas intensas en los últimos años. Un ejemplo de ello son las conclusiones de la Comisión de las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social (INACIPE México 1983, pág. 183 y sigtes):

"Primera: Un balance objetivo del sistema actual de menores obliga a reflexionar seriamente sobre la conveniencia de introducirle reformas significativas, pues es dudoso que estén cumplidos los extremos que legitiman la consagración de un derecho especial.

"Segunda: La discusión del relato general ha puesto de manifiesto la sospecha, científicamente fundada, de que las medidas, especialmente las de internación que implican privación de libertad que se presentan en la Legislación de Menores Latinoamericana Comparada, en muchos casos, sólo se diferencian de las penas del Derecho Penal de adultos en el rótulo con que se les denomina.

"Tercera: En consecuencia, es conveniente una urgente profundización del análisis crítico del derecho vigente, incorporando al mismo los resultados de una seria investigación de los aspectos empíricos de la ejecución de esas medidas, con miras a una reforma de las que aparecen disfuncionales.

"Cuarta: Se recomienda aplicar al derecho de menores el principio según el cual las medidas que suponen restricción de derechos deben ser el último recurso de política social. En este sentido, parece innegable que la colaboración del Estado, la comunidad y la familia son un presupuesto fundamental de toda política de tutela y de protección de menores.

"Quinta: El abandono de ideas retributivas en el ámbito del derecho de menores debe mantenerse,

privilegiando la educación como pauta fundamental.

"Sexta: Se recomienda no reducir las garantías del Derecho Penal de fondo, ni las del Derecho Procesal, en la aplicación de las medidas propias del derecho de menores. Para ello, es necesario formular los presupuestos que condicionan la aplicación de medidas a los menores; fijar criterios que permitan establecer plazos máximos de duración, que en ningún caso excederán de la pena prevista para el adulto, y consagrar un sistema procesal que proteja las garantías individuales en general y el derecho de defensa del menor en particular.

"Sétima: Asimismo, es recomendable una investigación muy seria y urgente de las técnicas de ejecución de todas las medidas del derecho de menores, para evitar que se mantengan, en las legislaciones, técnicas y términos que, en realidad, no tienen un fundamento acorde con los modernos conceptos pedagógicos o que se fundan sólo en creencias sin sostén científico suficiente.

"Octava: Se advierte la necesidad de una política social orientada a una especial vigilancia de los medios de comunicación masiva, para convertirlos en instrumentos positivos de la educación. De igual manera, se hace necesaria una política tendiente a abatir la miseria y la insalubridad a la que están expuestas cantidades alarmantes de menores en América Latina.

"Novena: Es indudable que no habrá una adecuada reforma del derecho de menores infractores sin partir del principio de humanización de las leyes de este tipo. Sin embargo, es preciso advertir que el principio de humanización es insuficiente, por sí sólo, para lograr la instauración de medidas que cumplan sus fines eficazmente. La consideración técnica y científica de las medidas que se propongan no puede reemplazarse".

La compatibilidad de las legislaciones analizadas con las declaraciones y resoluciones de Naciones Unidas y otros organismos especializados es, por otra parte, por lo menos cuestionable. La circunstancia de que la resolución No. 4 del VI Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente comience recomendando "el establecimiento de protecciones jurídicas bien definidas para los menores que se encuentran en dificultades con la justicia" (A/Conf. 121/Paper 1/New York 1983, pág. 25), presupone recomendar el abandono del principio del autor, pues este se caracteriza por su poca capacidad para brindar una protección jurídica segura.

Asimismo en el "Informe de la Reunión Preparatoria Europea..." (A/Conf.87/DP/1, párrafo 31) se encuentra un pronunciamiento que cuestiona pro-

fundamente la tendencia a extender el derecho de menores infractores a los casos de abandono y del llamado "peligro material o moral". Los participantes en dicha reunión observaron que "hay que tratar en forma muy cuidadosa a los adolescentes que se cree en peligro, pero contra los cuales aún no haya cargos criminales, ya que existe el peligro de violar sus derechos humanos..."

"El establecimiento de formas obligatorias de supervisión o incluso apoyo podrían socavar el principio básico de legalidad".

Más aún, ya desde 1960 se recomendó en el II Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que no se crearan, ni siquiera para efectos de protección, nuevas formas legales que tipificaran manifestaciones de conducta por las cuales no se acusaría a los adultos (cfr. II Cong. Doc. A/Conf. 17/20 (Final Report) London, 1960. P. 8 y s.s.).

IV. PROBLEMATICA DEL PROGRAMA DE POLITICA CRIMINAL DE LAS LEGISLACIONES DE MENORES INVESTIGADAS

En el estado actual de las investigaciones, la legitimidad del programa de política-criminal para menores codificado en las legislaciones estudiadas depende, sin embargo, de la respuesta a cuestiones que son altamente problemáticas. Ante todo cabe preguntarse por la capacidad del sistema para evitar la reincidencia. Además debería aclararse un problema sumamente oscuro en la fundamentación de dicho programa: ¿En qué se diferencian realmente (es decir, sobre todo en la ejecución) las medidas tutelares de internación de las penas privativas de la libertad del derecho penal de adultos? y por último, ¿desearíamos cuestionarnos hasta qué punto nuestra sociedad será capaz de renunciar totalmente a la utilización del castigo en lo que se refiere a infracciones graves, como son los delitos del Derecho Penal común. En otras palabras: si todo recurso al castigo es ilegítimo en un derecho "tutelar". De las tres cuestiones nos ocuparemos enseguida.

a) La capacidad del sistema para evitar la reincidencia:

Una legislación referente a los delitos que parta de una concepción preventiva especial y reduzca su finalidad, consecuentemente, a evitar la reincidencia, determina implícitamente cuál es el criterio con que debe evaluarse. La cuota de reincidencia será, por lo tanto, la medida de la eficacia de tal legislación, pues es la que permite establecer el grado de fracasos respecto del fin principal perseguido.

Esta cuota de reincidencia es, naturalmente, la que podemos extraer de los casos registrados estadísticamente; por lo tanto, no es la que refleja el total de la reincidencia. Sin embargo, nuestro problema no es exactamente conocer la totalidad de la reincidencia, sino evaluar, mediante las cifras conocidas, la eficacia de una determinada política criminal. Por lo tanto, cabe afirmar que los datos proporcionados por las estadísticas son perfectamente adecuados para la evaluación que queremos llevar a cabo: en todo caso, la totalidad de la reincidencia será **mayor** que la registrada y, por lo tanto, sólo sería de tomar en cuenta en el caso en que la reincidencia registrada no permitiera por sí misma una evaluación de los resultados de la política criminal codificada en las leyes estudiadas.

La obtención de las cifras de la reincidencia en los países estudiados no es fácil. En parte se carece de datos y en parte, como ya se señaló, los datos son de difícil comprensión.

La impresión que se extrae de los funcionarios judiciales y administrativos vinculados a la aplicación de las leyes sobre menores, expresa una gran coincidencia en lo referente a la considerable magnitud de las cifras de la reincidencia.

De todos modos, del análisis de las cifras publicadas oficialmente pueden extrapolarse los siguientes datos para **Costa Rica, México y Venezuela**.

Costa Rica: Tomando como base las estadísticas del Juzgado Tutelar de Menores de San José correspondientes a los años 1977-79 y 81 se puede determinar una cuota de reincidencia del 44 % (aproximadamente). Resulta significativo subrayar que el promedio de menores que reinciden en un lapso no mayor de un año a partir de la comisión del primer delito es un 20 % para esos períodos.

México: Según los datos brindados por Alfonso Quiroz Cuarón en "El Tratamiento del Menor en Estado Antisocial" (Criminología, No. 10, Año I, octubre 1978, pág. 31), entre los años 1960 y 1970 se detectó una cuota de reincidencia de un 32.7 %, a diferencia del 25.66 % correspondiente a los años 1956 a 1965. En ambos casos las cifras se refieren al Distrito Federal.

Venezuela: Sólo se dispone de los datos proporcionados por Carmen Alcalá y otros (Capítulo Criminológico, No. 3-1975, pág. 80) referidos a la ciudad de Maracaibo para el período 1969 a 1973. En él la cifra de reincidencia registrada alcanzó al 37.25 %.

Los pocos elementos empíricos con que se cuenta para evaluar desde este punto de vista la eficacia de las legislaciones estudiadas dan base, de todos modos, a suponer que el juicio no puede ser sino negativo. Es recomendable que las futuras in-

vestigaciones tomen en cuenta estos aspectos para proporcionar datos de mayor significación.

b) La diferencia entre las medidas de internación para menores y las penas privativas de la libertad del derecho penal criminal:

El tratamiento de esta cuestión excluye completamente, como es claro, una respuesta puramente **nominalista**. El diferente nombre con que se designan estas consecuencias jurídicas —medidas de internación del derecho de menores y penas privativas de la libertad en el derecho penal criminal— no tienen, por lo tanto, valor argumental. Se trata, por el contrario, de averiguar en qué consistiría la diferencia **real**, capaz de explicar la ausencia de elementos propios del castigo en las medidas tutelares en general, y de las que requieren internación, en particular.

Ante todo, el criterio referido al presupuesto de la medida es totalmente inadecuado: una respuesta en el sentido de que las medidas no presuponen un delito y que, por lo tanto, no son penas, dado que estas sí lo presuponen, no permitirá una comparación en el sentido aquí perseguido.

En primer lugar, se comprueba que las medidas del derecho de menores y las del derecho penal criminal tienen **idéntica finalidad**: la readaptación o resocialización del autor de un hecho determinado en la ley. (confr. **Colombia:** Código de Procedimientos Penales, art. 651, No. 6, Ley 83/1946, Art. 35; **Costa Rica:** Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, Art. 1o.; **México:** Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del D.F., Arts. 1 y 2; **Venezuela:** Estatuto de Menores, Art. 1, f).

En segundo lugar, **afectan idénticos derechos**: las medidas de internación importan, lo mismo que la pena privativa de la libertad una reducción drástica de la libertad ambulatoria y el sometimiento al régimen de un establecimiento de ejecución, cuyas características no difieren esencialmente (educación obligatoria, régimen disciplinario, etc.).

En cierto sentido, incluso, las medidas de internación para menores pueden considerarse más graves que las penas privativas de la libertad porque tienen una duración indeterminada (confr. **Argentina:** Ley del Gob. Militar 22.278/80, Art. 1, 111; **Costa Rica:** Art. 42 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores; **México:** Art. 61 de la Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del D.F.; **Venezuela:** Art. 115 del Estatuto del Menor). La indeterminación de la medida de internamiento puede implicar que un menor sufra más tiempo de privación de libertad que un adulto por la comisión del mismo hecho punible.

El derecho de los niños, y también de los jóvenes, a la libertad está fuera de toda duda; la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-nov. de 1959 establece en su principio 2 que: "el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios para que pueda desarrollarse, física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, **así como en condiciones de libertad y dignidad**" (confr. ILANUD, Capacitación para Personal en Centros de Menores Infractores, 1980, pág. 153).

Los datos disponibles permiten comprobar también que la intensidad con que las medidas de internación afectan a los menores en su derecho a la libertad es similar a la de una pena del derecho criminal, sobre todo en los delitos de gravedad media (hurto, robo), que suelen constituir la mayoría. La circunstancia de que en otros casos la intensidad pudiera no ser del grado que la correspondiente a un adulto (por ejemplo en un homicidio doloso) no elimina la coincidencia esencial que estamos verificando pues, en todo caso, la pena atenuada en nada se diferencia de la pena en general: también es una pena.

En Costa Rica, por ejemplo, las medidas de internamiento para menores (que como se dijo son de duración indeterminada) se aplican en mayor porcentaje cuando se trata de delitos contra la propiedad (20 % de los casos). Téngase presente que los hurtos atenuados se castigan en el Código Penal con prisión de un mes a un año o multa de diez a sesenta días (Art. 210) y que el robo simple tiene amenazada una pena de uno a seis años de prisión (Art. 212, No. 1). Asimismo en Argentina, según la estadística criminal del Ministerio de Justicia entre los años 1977 a 1981, las condenas a menores aplicaron medidas de internación con una duración de 2 a 5 años en el 20 % de los casos; por otra parte se recurrió en el mismo período a la medida de internación en el 90 % de los casos.

Fuera de esto, cabe señalar que inclusive en la **ejecución**, se dan situaciones en las que el régimen en los establecimientos de menores tienen un carácter **más gravoso** que en los destinados a los adultos. Si se comparan ciertos establecimientos abiertos de adultos con los establecimientos cerrados para menores se obtendrá un resultado francamente favorable a los adultos. Por otra parte, la experiencia recogida demuestra que los establecimientos para menores tienen todos las mismas deficiencias que los de adultos (super población, corrupciones de toda clase, etc.). En este sentido, no faltan denuncias autorizadas.

La conclusión que es posible deducir del análisis realizado es que las medidas de internación del derecho de menores no difieren de las penas del derecho penal de adultos ni en los derechos que afectan, ni en la intensidad con que lo hacen. La única diferencia digna de ser señalada se encuentra en lo referente a sus efectos en relación a la reincidencia. Pero esta diferencia no modifica el carácter de castigo que está implícito en las penas, es decir, no es de la esencia de la pena que tenga efectos agravantes sobre la pena de hechos posteriores.

De esta manera se puede considerar confirmada la segunda conclusión de la mesa No. 5 de las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social (México, 1979) (Confr. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, "Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social", 1983, página 183 y siguientes) en la que como vimos, se expresó que "la discusión del relato general ha puesto de manifiesto la sospecha, científicamente fundada, de que las medidas, especialmente las de internación que implican privación de libertad, que se presentan en la legislación de menores latinoamericana comparada, en muchos casos, sólo se diferencian de las penas del derecho penal de adultos en el rótulo con que se las denomina".

La conclusión que es inevitable derivar de esta comparación es la siguiente: nada autoriza a reducir en el derecho de menores las garantías del principio de legalidad, de culpabilidad y las que se consideran esenciales en el Estado de Derecho para el proceso penal. Las consideraciones teóricas en que la tradición del llamado "Derecho de Menores" latinoamericano ha fundamentado sus puntos de vista referentes al retroceso de tales garantías resultan teóricamente dudosas y, sobre todo, controvertidas por los datos empíricos que hemos señalado.

c) ¿Está dispuesta nuestra sociedad a renunciar totalmente a alguna forma de castigo frente a menores inimputables que cometen delitos graves?

La respuesta de esta pregunta no es difícil una vez que hemos comprobado que la internación del derecho de menores y las penas privativas de la libertad del derecho penal criminal no se diferencian **esencialmente**. En la medida en que existe la internación en todos los derechos vigentes de menores no cabe duda de que, en verdad nuestra sociedad no ha renunciado ni está, por lo tanto, dispuesta a renunciar, a la utilización del castigo en el control social del delito de menores. Las legislaciones más recientes en esta materia, continúan regulando la internación por tiempo indeterminado (ver, por ejemplo, además de los derechos específicamente

tratados en esta investigación: el Código de Menores de Ecuador, 1976, Art. 101 y siguientes; Código de Menores de El Salvador, 1974, Art. 82; Código de Menores del Perú, Art. 108; Código de Menores de Bolivia; Art. 183) y ello parece ser un testimonio claro de que —por lo menos en relación a infracciones graves— no se está dispuesto a prescindir del castigo.

Esta comprobación puede corroborarse mediante el peligro siempre latente de una extensión del derecho de menores y, por lo tanto, de sus "medidas tutelares". En el documento de trabajo preparado por la Secretaría de Naciones Unidas (A/Conf 87/5,4.6.1980) se hace referencia en el punto IV-A, a la insistencia de los expertos en la necesidad de establecer "programas de individualización temprana" y en el tratamiento de la cuestión de la "justicia de menores antes del comienzo de la vida delictiva". Estos expertos, según el informe (No. 51), entienden que se trata de "medidas adecuadas en favor de los niños y jóvenes que parecían en peligro de convertirse en delincuentes". Sin embargo, como hemos visto, una "individualización temprana" importará, en realidad, una extensión de formas encubiertas de castigo, cuya eficacia —por lo demás— es extremadamente problemática.

Resumiendo: no parece que pueda contarse con una auténtica renuncia de nuestra sociedad a prescindir de medidas sancionatorias en el control social de la delincuencia de menores. El encubrimiento de este hecho mediante la promulgación de un derecho "puramente tutelar", no debería llamarnos a engaño. El Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no podría invocarse en favor de una conclusión contraria. En efecto, la disposición mencionada declara que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, por parte de la familia, de la sociedad y del Estado". Es cierto que las leyes vigentes que hemos estudiado, y sobre todo las que se orientan en la línea de una codificación del derecho del niño, hablan a menudo de "protección" (el Estatuto de Menores de Venezuela utiliza inclusive la expresión "protección **correcional**", libro IV). Sin embargo hemos visto que las medidas de protección no se diferencian esencialmente de las sancionatorias. En consecuencia, el Art. 19 del Pacto de San José no significa nada en contra de la conclusión a que hemos llegado: su materia son las medidas de protección en sentido estricto y excluye, por lo tanto, todo cuando se refiere al derecho de menores que han cometido delitos. Para estos la protección son las garantías del principio de legalidad, del principio de culpabilidad y las garantías procesales del Estado de Derecho.

X. CONCLUSIONES

De lo antedicho no debe deducirse, sin embargo, la postulación de un reemplazo del sistema legal vigente por otro puramente sancionatorio idéntico al de adultos. Tal reemplazo sería, ante todo, equivocado desde el punto de vista de una política racional del control social del delito. Que nuestras sociedades no estén dispuestas a una renuncia **total** de la sanción en el control social del delito de menores y jóvenes no impide que —previamente al uso de la sanción— deban agotarse las soluciones de carácter educativo en el tratamiento del problema y que esto tenga su correspondiente reflejo en la ampliación de las medidas de esta naturaleza que permitirían reemplazar las consecuencias sancionatorias, fundamentalmente las privativas de la libertad. La amenaza de sanción y la sanción misma, deberán tener caracteres **especiales**, sobre todo si implica privación de libertad, pero tendrían la misma función social que en el resto del sistema penal: señalar y ratificar lo que está prohibido frente a lo permitido. Todo el control social del delito se basa en esta función de las amenazas penales o sancionatorias en general. Dicho en otras palabras, en el refuerzo coactivo que las sanciones adicionan a las normas sociales impuestas por el ordenamiento jurídico. En principio, no se percibe razón alguna que justifique otro proceder en el caso de los jóvenes de más de catorce años, que, salvo excepciones, tienen ya conciencia de lo prohibido y lo permitido en la vida social.

Desde el punto de vista sociológico es posible suponer que la ideología que rodea los sistemas legales vigentes constituye un verdadero estímulo para la neutralización de la eficacia de las normas sociales fundamentales en sus destinatarios, en un sentido semejante a las "**técnicas de neutralización**" de Sykes y Matza ("Techniques of Neutralization: a Theory of Delinquency", en Amer. Soc. Rev., vol. 22, 1957, págs. 664/670). De acuerdo con ello, la propia legislación se estaría haciendo cargo de los argumentos (técnicas de neutralización) que servirían para crear un grupo social diferenciado en el que las normas fundamentales perderían su eficacia frente a los valores del grupo o de los individuos que lo componen. Este efecto real de las legislaciones aquí investigadas no pudo ser percibido dentro del marco teórico en el que se las elaboró, pues en los límites del mismo no caben las normas sociales ni las jurídicas: el positivismo criminológico, que inspiró los modelos criticados, sólo registraba relaciones de causa a efecto en las que las normas carecían de lugar.

En consecuencia, la tarea fundamental que se presenta para el diseño de una política de control

social del delito frente a jóvenes autores es la de lograr un **equilibrio adecuado entre lo educativo y lo sancionatorio**. Para ello es imprescindible promover una tarea de rectificación de la orientación de la política criminal dominante en materia de menores autores de delitos.

Esta rectificación exige ante todo una radical separación del **problema del menor abandonado respecto del menor autor de delitos**. Se trata de cuestiones absolutamente diferentes, que sólo han podido unificarse para su tratamiento a partir de la suposición, no comprobada, de que todo menor abandonado es un autor potencial. Cuestiones diferentes requieren tratamiento diferente. Proporcionar al menor abandonado un hogar, medios de subsistencia y educación, son fines que deben lograrse a través de medios que para nada requieren una acción jurisdiccional. Se trata de un problema **asistencial** y debe mantenerse completamente aparte de los problemas de política penal. La idea de que todo menor abandonado debe ser tratado como un delincuente potencial y, por lo tanto, con las mismas medidas que el menor autor de hechos delictivos, hierde los más elementales sentimientos humanitarios y carece de todo fundamento razonable. En consecuencia, el caso del menor abandonado debe eliminarse totalmente de la justicia de menores infractores de la ley penal, pues en verdad, como problema social tiene caracteres similares a los restantes problemas asistenciales que generan los necesitados en general.

Otra cuestión que también debe considerarse ajena a la jurisdicción del derecho de menores autores de delitos es la de los llamados **"estados de peligro moral y material"**. Estas cuestiones tampoco deben identificarse con el problema del menor que ha cometido un delito, como lo sugiere la idea del autor potencial. Con este falso fundamento se ha extraviado completamente la óptica adecuada para un problema social de mayor gravedad. En primer lugar, porque la noción de "estado de peligro" carece de todo contorno preciso y, en la práctica, ha permitido que **cualquier desviación juvenil** pueda ser objeto de medidas que —como vimos— encubre verdaderas sanciones de privación de libertad por tiempo indeterminado. Esta solución del problema resulta completamente disfuncional en un sistema en el que uno de sus postulados es la renuncia a la ejecución de las penas cortas privativas de la libertad para evitar un "contagio criminológico" prematuro (el supuesto de la pena de ejecución condicional). En segundo lugar, porque ha favorecido en los Estados la omisión respecto de programas serios en materia de política social para la juventud, o, lo que es peor, ha favorecido el reemplazo

de la política social por la política supuestamente "tutelar" y verdaderamente penal. Tampoco, estos programas de asistencia social a la juventud requieren formas jurisdiccionales y, por ello, deben quedar fuera de la competencia de los tribunales de menores y orientarse hacia las formas de ejecución de la política social general.

Finalmente, la rectificación debe alcanzar a la estructuración de la base de principios del derecho referente a los menores autores de delitos. La revelación de que los elementos fundamentales de la sanción penal no han sido eliminados de los derechos vigentes priva de toda legitimidad a la reducción drástica de las garantías que rigen la aplicación del derecho vigente. Es preciso subrayar una vez más que el principio de legalidad y el de culpabilidad tienen un carácter general y que, por lo tanto, no limitan su acción al ámbito del derecho penal material, es decir, que son principios cuya vigencia se extiende a todos los campos en los que el Estado, mediante órganos judiciales o administrativos, puede restringir derechos o privar de ellos a alguien. En la medida en que no es cuestionable que los menores y jóvenes **tienen derechos** y que tales derechos no consisten —como a veces parece entenderse— en ser sujetos pasivos de la discrecionalidad tutelar de los adultos, es claro que toda intervención del Estado que restrinja coactivamente esos derechos en forma grave, debe estar limitada por el principio de legalidad y el de culpabilidad y debe presuponer un proceso con todas las garantías del Estado de Derecho. Por lo tanto, se requiere superar el alto grado de arbitrariedad que fundamenta la actual legislación, que bajo el manto de lo "tutelar" ha encubierto un verdadero desconocimiento de derechos.

Resumiendo: el derecho vigente de menores y, sobre todo, las tendencias más recientes en la legislación latinoamericana de esta materia exige una urgente revisión en sus ideas fundamentales de política criminal y en lo referente a sus principios legitimantes. Esta revisión tendrá que llevarse a cabo previa la realización de estudios que aborden la problemática aquí señalada y la que pueda sugerirse por otras investigaciones especiales.

En todo caso, es imprescindible obtener una documentación fáctica suficiente. Los datos con que se cuenta en la actualidad apenas permiten suponer situaciones que sería conveniente verificar con la mayor exactitud. Dada la complejidad de esta fase de las investigaciones que es recomendable iniciar, la elaboración de la estrategia de la investigación exigirá una cuidadosa discusión en la que se fijen los criterios necesarios para la selección de datos, tal como ya se ha expresado en la introducción.