

BRASIL, ADOLESCENTES INFRACTORES GRAVES: SISTEMA DE JUSTICIA Y POLÍTICA DE ATENCIÓN

Emilio García Méndez

1. Aclaración necesaria

Una reflexión específica y autónoma sobre adolescentes infractores graves sólo puede ser realizada con seriedad y propiedad en el contexto legal dispuesto por el "Estatuto del Niño y el Adolescente" del Brasil (Ley Federal 8069/90). En el resto de América Latina, imperan aún viejas y "nuevas" leyes de menores, que basadas en la falsa ideología tutelar contenida en la doctrina de la "situación irregular", se convierten de hecho en instrumentos que legitiman la criminalización de la pobreza.

La negación de las garantías, constitucionales, penales y procesales, convierten al derecho de "menores" en una caricatura de un derecho entendido como instrumento de protección del individuo frente a las diversas formas de la arbitrariedad. Bajo las múltiples facetas de un paternalismo funcional a una cultura de la "compasión-represión", miles de niños y jóvenes se encuentran "internados" o "ubicados institucionalmente" en instituciones totales, muchos de ellos en penitenciarías para adultos. La infinita gama de medicalización de los problemas sociales ha demostrado ampliamente el carácter doblemente odioso de privaciones de libertad, que ni siquiera son asumidas como tal por los propios órganos encargados de su ejecución.

El texto que aquí se presenta, para un público no brasilero, pretende constituirse en un aporte más para la discusión en curso en nuestro continente, acerca del niño y el adolescente como sujetos plenos de derechos.

2. La importancia del tema

No hacen falta informaciones estadísticas detalladas, para confirmar la dimensión cuantitativa reducida de los adolescentes infractores graves (sometidos a la medida de privación de libertad), sobre todo si es comparada con otras categorías de la infancia-adolescencia en situación de riesgo.

Esta cifra no supera la centena en la mayoría de las unidades federales, siendo de aproximadamente 400 y 1250, en los estados de Río de Janeiro y San Pablo, respectivamente.

Se presume en este texto, que el adolescente infractor grave es todo aquél a quien le ha sido aplicada la medida de privación de libertad prevista en el art. 122 del Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA). Sin embargo, la experiencia concreta demuestra que en el momento actual de implementación del ECA, no todo infractor grave resulta realmente privado de libertad¹ y, lo que es mucho peor aún, no todos aquellos adolescentes privados de libertad resultan infractores graves.

En el primer caso, formas privadas y extralegales de violencia tienden a completar la diferencia del menor número. En el segundo caso, privaciones de libertad ilegales o ilegítimas, aumentan,² ilegal y/o ilegítimamente, la dimensión real de los problemas existentes, creando una alarma social que empuja hacia un aumento ulterior del número de los privados de libertad.

En este contexto real resulta evidente la paradoja que una política para los infractores graves constituye una POLÍTICA PARA LA VIDA Y UNA POLÍTICA PARA LA LIBERTAD.

Más específicamente, tres razones de naturaleza diversa refuerzan ulteriormente la importancia de este tema: una razón jurídica, una razón política y una razón ética.

La razón jurídica: se deriva de la obligatoriedad del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el ECA (considérese a modo de síntesis el art. 125 del ECA).

La razón política: resulta de la capacidad contaminante negativa, sobre el conjunto de las políticas gubernamentales y no gubernamentales, que implica la falta de respuesta adecuada a este ítem particular.

La razón ética: puede resumirse en el potencial de pedagogía ciudadana contenida en una respuesta adecuada a la cuestión. Sólo una sociedad que aprende a respetar a los "peores", aprende a respetar a todo el mundo (la frase es de Antonio Carlos Gomes da Costa).

3. Los parámetros de la discusión

Desde su aparición específica y autónoma, el problema de la "Delincuencia Juvenil", constituye un tema recurrente, que cíclicamente impone su presencia dominante en el conjunto de las políticas dirigidas a la infancia-adolescencia en el contexto latinoamericano.

En coyunturas de crisis manifiesta, su existencia puede darse por descontada. El Brasil actual no constituye una excepción.

Hasta ahora, las respuestas al problema han transitado por dos canales igualmente equivocados.

3.1. El Retribucionismo Represivo:

Consiste en el aumento indiscriminado de la represión a través de la propuesta de reducción de la edad de la imputabilidad penal. Esta respuesta, no sólo se ha demostrado completamente inútil, sino que ha contribuido a agravar ulteriormente el problema.

El hecho de que, como resulta demostrado, en un número significativo de infracciones penales graves cometidas por adolescentes, aparezcan involucrados adultos como instigadores, posee como consecuencia automática un reclutamiento de adolescentes para fines criminales, de edad inferior a la propuesta como nuevo límite de la inimputabilidad penal (generalmente 16 años), ensanchando la dimensión cuantitativa del universo de los infractores graves (piénsese en toda la gama de delitos vinculados con el tráfico de drogas).

Más allá de su inutilidad, esta propuesta resulta ilegítima para aquellos países que han ratificado y promulgado la Convención Internacional convirtiéndola en ley nacional (prácticamente todos los países latinoamericanos).

3.2. El falso paternalismo anticiudadano:

Consiste en el rechazo del reconocimiento de la posibilidad de infracciones penales graves cometidas por adolescentes, amparándose en una falsa y eufemística ideología tutelar.

Esta posición, acepta además implícitamente como cierta, la existencia de un vínculo automático (falso) entre pobreza y criminalidad. Su resultado concreto consiste en aceptar internaciones que de hecho implican una verdadera privación de libertad, despojadas de todas las garantías que una medida de tal gravedad debe necesariamente incluir.

Esta falsa polémica se ha desarrollado en un territorio jurídico-cultural, cuyos límites y parámetros han sido sutilmente impuestos por la ideología tutelar producto de la llamada doctrina de la "situación irregular". Su resultado concreto son los millares de jóvenes internados en América Latina -una buena parte incluso en prisiones para adultos- en instituciones totales quienes "oficialmente" no se encuentran privados de su libertad.

3.3. El garantismo ciudadano del ECA:

Por primera vez en la historia latinoamericana, el "Estatuto da Criança e do Adolescente" (ECA), muda radicalmente los parámetros jurídicos de la discusión ofreciendo las bases para el desarrollo de un debate que permita colocar el problema en su justa dimensión. En correspondencia absoluta con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el adolescente infractor ha dejado de ser, en el Brasil, una vaga categoría sociológica a quien puede imponerse medidas (penas-sufrimientos) de carácter indeterminado, para convertirse en una precisa categoría jurídica sujeto de los derechos establecidos en la doctrina de la protección integral.

Las páginas que siguen constituyen un conjunto de reflexiones destinadas a superar el debate estéril que encuentra en el binomio IMPUNIDAD-REPRESIÓN su manifestación más acabada.

4. Los orígenes

La inexistencia del problema de la delincuencia juvenil como tema específico y autónomo con anterioridad a fines del siglo XIX, constituye una indicación preciosa e imprescindible para una abordaje desprovisto de preconceptos.

En primer lugar, los estudios históricos más serios y profundos sobre la categoría infancia demuestran que ésta aparece -como sujeto diferenciado respecto del mundo de los adultos- sólo con posterioridad al siglo XVII (Ph. Ariès 1987).

Luego de este período, un nuevo tipo de organización familiar, y la escuela como momento público específico de la vida social, dan inicio a un largo y complejo proceso de consolidación y reproducción ampliada de este nuevo sujeto. Hacia fines del siglo XVIII, se materializa un proceso que puede ser sintetizado con la expresión: de la indiferencia a la centralidad subordinada.³

Sin embargo, no todos los sujetos pertenecientes a esta nueva categoría poseen un referente familiar y/o tienen acceso a la institución escolar. Las diferencias que se establecen al interior de esta categoría, entre incluidos y excluidos, es tal que un concepto único no podrá abarcarlos. La infancia escuela-familia se transformará -en un ulterior proceso de diferenciación- en niños y adolescentes. Los excluidos se constituirán en "menores". Para niños y adolescentes, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización, requisito imprescindible de integración al cuerpo social. Para los excluidos será necesario la creación de un instrumento específico que desarrolle esas funciones.

En este sentido, no parecen existir dudas acerca de que, los Tribunales de Menores, tal como fueron concebidos y puestos en práctica, intentaron llenar este vacío de socialización.

Creados por primera vez en Illinois, EE.UU., en 1899, esta hipótesis encuentra confirmación en un trabajo clásico sobre el tema cuyo título exige de mayores comentarios. Nos referimos a la obra de A. Platt, "El descubrimiento de la Infancia. La invención de la delincuencia" (1969).

Rápidamente, la idea de los tribunales de menores se extiende por el continente europeo. Desde la aparición del primer tribunal (1905 en Inglaterra), para 1921 todos los países europeos, con excepción de Italia, habían completado su creación. Un proceso similar ocurre en América Latina, comenzando en 1919 en Argentina y culminando en 1939 en Venezuela. Resulta importante señalar, que la característica "latinoamericana" de este órgano específico de control reside en el hecho de que las nuevas disposiciones normativas (leyes de menores) se convirtieron sólo en mínima medida en una nueva realidad institucional (tribunales de menores).

Dos ejemplos son suficientes para ilustrar este proceso. La primera Ley de Menores en América Latina fue la ley "Agote" de Argentina de 1919, que obviamente preveía la creación de un tribunal de menores en el ámbito nacional. Hasta 1992, dicha institucionalización no se ha concretado, quedando dicha competencia en manos de algunos jueces correccionales ordinarios. Recién en 1939, se creó el primer tribunal de menores de Argentina aunque sólo con competencia en la Pvcia. de Buenos Aires. El segundo ejemplo, se refiere a Colombia, donde la ley 98 de 1920, que crea la figura del juez especializado de menores se materializa exclusivamente en Bogotá. Para 1926, sólo 4 juzgados existían en Colombia. Ambos casos son altamente representativos de las tendencias generales en el continente.

De aquí, puede deducirse fácilmente el hecho, de que si la retaguardia jurídica se concreta sobre todo en el plano de las ideas sin llegar a materializarse, mucho más acentuada resulta esa tendencia en el plano de las retaguardias sociales de atención directa a la infancia propiamente dichas.

Resulta importante subrayar además, que la centralización que adquiere la categoría infancia durante el proceso de su "descubrimiento", posee una contrapartida de no poca importancia que se manifiesta en la declaración previa de algún tipo de incapacidad, independientemente que la intención consista en reprimir o proteger.

Estas dos características -incapacidad y no materialización concreta de las políticas sociales y jurídicas- impregnarán definitivamente el derecho y la política de "menores" en América Latina.

5. El problema: fenomenología y percepción

Los eufemismos, los "como si", el desentenderse de las consecuencias reales de las políticas adoptadas y en definitiva la no verificación de las decisiones, determinaron las características esenciales del llamado derecho de menores. Un derecho, que basado en la ambigüedad antijurídica de la doctrina de la situación irregular⁴, acabará por construir un monstruo bicéfalo indiferenciado: el menor abandonado-delincuente. En este contexto jurídico que se mueve dentro de los parámetros de una cultura de la protección-represión, resulta imposible identificar la especificidad de los comportamientos delincuenciales⁵.

Diversamente del derecho penal de adultos, donde el delito constituye una acción típica, antijurídica y culpable, el derecho de menores convertirá al delito en una vaga categoría sociológica. La inexistencia de parámetros objetivos para medir la dimensión cuantitativa real de la delincuencia juvenil, será colmada y sustituida por instancias externas, tanto al sistema de la justicia, cuanto al de las políticas sociales: una opinión pública que se mueve a golpes de alarma social. Si el propio concepto de opinión pública es de por sí problemático, constituyendo muchas veces la menos pública de las opiniones⁶, la alarma social se caracteriza por un movimiento donde la dimensión cuantitativa real de los hechos que la originan se constituye en variable independiente de la

reacción social. El llamado teorema de Thomas, ayuda a entender mejor esta situación cuando establece que, "si un evento es definido como real (independientemente de su existencia) sus consecuencias son reales".

Cualquier enfoque racional sobre el tema de la llamada delincuencia juvenil, debe admitir que existen sólo tres fuentes posibles de información potencialmente capaces de medir la dimensión -y eventualmente la gravedad- de la misma:

- 1) las estadísticas oficiales,
- 2) las investigaciones sectoriales específicas
- 3) la opinión pública

Más allá de las dificultades intrínsecas que las dos primeras fuentes deben afrontar, aun en situaciones político-económico-institucional ideales, existe el problema adicional de los parámetros objetivos para realizar tal medición. Por ello, las deficiencias parciales o totales de las dos primeras fuentes, tienden en un movimiento casi fisiológico a ser cubiertas por la menos objetiva y más distorsionable de las fuentes, que es la denominada opinión pública.

Es posible que a partir de hechos graves cometidos por adolescentes, de dimensión cuantitativa incierta o reducida, se creen situaciones de alarma social cuyas consecuencias en términos de políticas específicas suele estar signada por la arbitrariedad, ilegalidad y/o la inutilidad. Siguiendo esta línea de razonamiento, puede defenderse seriamente el rechazo a cualquier concepción ontológica de la delincuencia juvenil. En otras palabras, esto significa afirmar que el perfil concreto de la delincuencia juvenil, depende en buena parte del sistema (legislativo-ejecutivo) que la define y controla.

Esta posición no implica en absoluto negar importancia y entidad real a problemas sociales graves, significa más bien admitir que los distintos grados de la problemática social pueden ser percibidos construidos desde ángulos absolutamente diversos: enfermedad, desajuste emocional, perturbaciones propias de la edad, tendencias criminales innatas, etc.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, es posible entender la necesidad imperiosa de encarar el tema de la delincuencia juvenil desde el ángulo de la relación específica entre los jóvenes y el sistema de la justicia.

En el debate relativo a la llamada "delincuencia juvenil", dos variables de naturaleza diversa pero de central importancia deben ser detenidamente consideradas:

- a) las condiciones materiales de la infancia-adolescencia
- b) las condiciones jurídicas de la infancia-adolescencia

Se trata obviamente de dos variables dinámicas que es necesario captar en su permanente evolución.

6. Del niño abandonado al adolescente infractor

En este momento, no es necesario detenerse exhaustivamente para demostrar el deterioro creciente de las condiciones materiales de la infancia inserta en el contexto de una profunda crisis estructural, de la cual "la década perdida" de los 80 constituye su más acabada expresión.

Este deterioro creciente de la condición material de la infancia se manifiesta en forma nítida en el sector de los excluidos dentro del universo infancia: los "menores". Tres momentos de preocupación, sobre los cuales puede inferirse coyunturalmente la alarma social, marcan el nivel de deterioro de la condición material de la infancia a la par que indican la percepción social del problema:

a) *El niño abandonado de la década del 60*, objeto de una visión y explicaciones donde imperan las causas individuales de corte psicologista. En este caso, las soluciones se expresan tímidamente en forma dicotómica: adopción (previa declaración de estado de abandono) o estrategias de manutención y refuerzo de los vínculos familiares. Los motivos estructurales -y por ende las propuestas de solución- resultan inexistentes o permanecen en un segundo plano.

b) *El niño de la calle de las década del 70 y del 80*, es objeto de dos visiones que se suceden en los períodos 1980-1985 y 1985-1990. Hasta el fin del primer período, impera todavía una visión místico-política dominada por un paradigma de las necesidades. El niño de la calle constituye alternativamente en estas visiones, una anticipación de una nueva era o el signo inequívoco del deterioro y contradicciones de un sistema próximo a su colapso definitivo.

Las propuestas de superación producto de este enfoque no consideran ni remotamente el plano jurídico, limitándose a tomas de posición de corte ético-individual. Conviene recordar que esta posición, ampliamente ya superada en el Brasil, perdura con mayor o menor intensidad en algunos países latinoamericanos. Durante el segundo período señalado, surge una visión radicalmente diversa de la anterior, que tiene indudablemente como epicentro de origen el Brasil, y resulta dominada por una lectura de las necesidades en términos de derechos. El niño de la calle como "una isla rodeada de omisiones" (la frase es de Antonio Carlos Gomes da Costa), posibilita el problema en términos tales, que permite percibir con nitidez la importancia y calidad del vínculo entre las condiciones materiales y jurídicas de la infancia. El contenido y el proceso concreto de producción del ECA, constituye la síntesis más acabada de esta inversión radical de paradigma.⁷

c) *El adolescente infractor o el problema de la delincuencia juvenil*. Este tema impone cíclicamente su presencia en la opinión pública, más como resultado de campañas exitosas de alarma social que como crecimiento cualitativo y

cuantitativo de la entidad real del problema. Su consideración nos conduce directamente a un análisis sereno de la actual coyuntura nacional.

En primer lugar, es posible afirmar que la alarma social frente a la delincuencia juvenil carece de existencia autónoma. Ella resulta invariablemente dependiente de una política de orden público (o de un clamor por una nueva política de orden público), que tiene su origen y proyecta soluciones de y para el conjunto de la sociedad. Sin embargo, y considerando nuevamente el teorema de Thomas, sus efectos reales resultan indiscutibles. Ante la ausencia de investigaciones específicas, las estadísticas (policiales y judiciales) constituyen potencialmente el único contrapeso -más o menos objetivo- importante al movimiento de la opinión pública que está en la base de la alarma social. Más allá de las deficiencias intrínsecas de las estadísticas policiales (las condenas judiciales en general, y no sólo para el contexto brasileiro, no superan el 10-15% de las detenciones), impera todavía para la categoría adolescencia, el conflicto explícito entre una cultura de la "protección-represión" y un marco jurídico, que rompiendo definitivamente con la doctrina de la situación irregular, coloca definitivamente a la categoría adolescencia como sujeto pleno de derechos.

En el viejo contexto de la doctrina de la "situación irregular", las fuerzas policiales eran colocadas institucionalmente, para realizar el trabajo "sucio" de la ausencia de políticas sociales básicas y de protección especial. En el contexto actual, determinado por el ECA, la ausencia o debilidad de retaguardias sociales adecuadas suelen provocar intervenciones policiales signadas por la ILEGALIDAD y/o la INUTILIDAD,⁸ intervenciones que contribuyen a aumentar ulteriormente las estadísticas oficiales. He aquí una parte no despreciable de las bases "reales" de la alarma social a nivel de la opinión pública.

7. El adolescente infractor: sujeto de derechos y deberes

Realizadas estas consideraciones previas, es posible enfrentar con seriedad del tema de las infracciones penales que con diverso nivel de gravedad son cometidas por adolescentes, sujetos de derechos pero de igual forma, sujetos de obligaciones precisas. Tres son los motivos principales que determinan la consideración prioritaria de este problema.

a) la existencia indiscutible de hechos de relevancia penal grave, aunque cuantitativamente reducidos, atribuidos a adolescentes (una media real estimada de homicidios cometidos por adolescentes en Río-São Paulo, no llega de ninguna manera a 8 por mes -considerados los dos estados conjuntamente)

b) el derecho indiscutible de toda sociedad a la seguridad pública e individual.

c) el hecho, como lo demuestra la coyuntura actual de São Paulo y en menor medida de Río de Janeiro, que en tiempos de crisis, y alarma social de por medio, el tema sectorial de los adolescentes infractores y la seguridad pública, contamina definitivamente el debate del conjunto de las políticas públicas para

la infancia. El marco jurídico que proporciona el ECA, elimina definitivamente el debate estéril sobre la relevancia penal de los comportamientos sociales negativos atribuidos a adolescentes. El contenido del art. 103 permite eximirse de mayores comentarios. El art. 103 define taxativamente como acto infraccional "aquella conducta prevista en la ley como contravención o crimen". La capacidad jurídica para asumir la responsabilidad por la conducta anteriormente descrita comienza a los 12 años, tal como lo prevé la interpretación a contrario sensu del art. 105 (art. 105, "Al acto infractor practicado por niño le corresponderán las medidas previstas en el art. 101").⁹

El hecho de que el Estatuto haya superado las hipocresías y los eufemismos de la vieja cultura minorista que irrogaba (e irroga en el resto de América Latina) privaciones de libertad encubriéndolas bajo el eufemismo de la internación, implica una mayor severidad del nuevo ordenamiento legal. Esta severidad debe interpretarse simultánea y conjuntamente con la totalidad de las garantías de que dispone el adolescente a quien se le atribuye la autoría de un acto infraccional: prohibición de detenciones ilegales o arbitrarias (art. 106), reafirmación de garantías y del debido proceso (arts. 110-111). Verificada judicialmente la práctica de acto infractor, corresponde a la autoridad (judicial), la aplicación de alguna de las medidas previstas en el art. 112.

No es éste el momento de ocuparse del resto de las medidas socioeducativas que no implican privación de libertad¹⁰ Conviene, en cambio, recordar brevemente que de acuerdo a la letra y espíritu del Estatuto, la esfera municipal y la sociedad civil organizada en este ámbito, se encuentran perfectamente legitimadas para intervenir -en los términos de la ley- en la aplicación de dichas medidas. Y lo que es más importante aún, en la práctica! el no funcionamiento correcto de las medidas alternativas a la privación de libertad, provoca un crecimiento ilegal -e inútil- del uso de la misma.

La utilización no eufemística del término privación de libertad (art. 121), para designar a la medida de internación, constituye una excepción única y saludable en el contexto de las legislaciones minoristas latinoamericanas* Ello indica la intención inequívoca del espíritu del Estatuto, de superar el falso dilema IMPUNIDAD-ARBITRARIEDAD, sustituyéndolo por la combinación armoniosa del binomio SEVERIDAD-JUSTICIA. El trazado de una política de privación de libertad, debe constituir necesariamente el resultado de una interpretación correcta de lo dispuesto por el Estatuto en sus arts. 121 a 125, a la luz del conjunto de las otras disposiciones del Estatuto, así como de los otros instrumentos internacionales que conforman la "Doctrina de la Protección Integral".¹¹ La urgencia por dar respuesta a este problema, resulta confirmada por el hecho de que en el mejor de los casos, incluso un conjunto de programas exitosos no resultan suficientes a mediano plazo para conformar una política global.

En coyunturas de crisis manifiesta, la falta de una respuesta adecuada a infracciones graves cometidas por adolescentes contamina y compromete el conjunto de acciones emprendidas en la totalidad del área específica de la

infancia. El art. 121 define el carácter de la medida privativa de libertad, en absoluta concordancia con la Doctrina de la Protección Integral, como estrictamente sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo.

Por su parte, el art. 122 establece taxativamente que la medida de internación puede ser aplicada sólo cuando:

I. Se trate de acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia a personas

II. Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves;

III. Por falta de cumplimiento, reiterado e injustificado, de la medida impuesta anteriormente.

1º El plazo de internación en la hipótesis del inciso III de este artículo no podrá ser superior a tres meses.

2º En ninguna hipótesis se aplicará la internación, habiendo otra medida adecuada.

Más allá del carácter inequívoco de estas disposiciones, las mismas deberán interpretarse rigurosamente a la luz del párrafo 2º del art. 122 arriba citado.

Puede afirmarse que esta última disposición, "invierte la carga de la prueba", obligando al juez competente a demostrar -fundamentalmente- los motivos que imposibilitaron la aplicación de una medida diversa de la internación. Sin embargo, si se considera el conjunto de las disposiciones del Estatuto, estos motivos sólo podrán referirse a aquello taxativamente establecido en la propia ley.

La no aplicación de una medida alternativa a la privación de libertad, por motivos de deficiencias institucionales, podrá originar las acciones pertinentes para corregir tal situación, pero de ningún modo constituir un motivo para justificar la privación de libertad. La omisión de las instituciones, no podrá jamás constituir justa causa para la aplicación ilegal de una medida.

En cuanto a lo dispuesto por los arts. 123 y 124, su claridad exime de mayores comentarios, permitiendo vincular su imposibilidad de dar cumplimiento, sólo a una omisión deliberada de la autoridad responsable.

Tal vez, el párrafo único del art. 123 merezca un comentario adicional, en el sentido de que la obligatoriedad de actividades pedagógicas -en condiciones de privación de libertad- constituye una obligación ineludible para la institución responsable por la ejecución de la medida.

8. Adolescente infractor y competencia institucional

En lo que hace a la ejecución concreta de la medida de privación de libertad, es necesario atenerse primordialmente a lo dispuesto por el art. 125 y el párrafo 1º del art. 121.

Contrariamente a lo establecido en otras disposiciones del Estatuto y hasta en preceptos constitucionales fundamentales (art. 227 CN), en el art. 125 designa exclusiva e inequívocamente al Estado, como responsable absoluto para "velar por la integridad física y mental de los internos, cabiéndoles adoptar las medidas adecuadas de contención y seguridad".

Considerando las disposiciones constitucionales en materia de seguridad pública, la palabra "estado" designa en este contexto, también inequívocamente a las unidades federadas (equivalente a las provincias).

Conscientes de la posibilidad de la existencia de infracciones penales graves cometidas por adolescentes y al mismo tiempo de su reducida dimensión cuantitativa, el legislador ha previsto una única y acertada excepción al principio de municipalización de la atención directa previsto en el Art. 88. La descentralización municipal de la implementación de la medida de privación de libertad, acarrearía la creación de una oferta desmesuradamente superior al máximo potencial de la demanda. Se deja aquí deliberadamente de lado, los problemas financieros ulteriores de la dimensión e irracionalidad que esta atomización provocaría.

Muy distinto resulta en cambio, respetando los principios ya señalados, la posibilidad de establecer excepcionalmente consorcios municipales, allí donde la demanda real lo hiciera estrictamente necesario.

En lo relativo a la dimensión cuantitativa de las unidades de internación, el respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo reconocido al adolescente (art. 121), exige que éstas no sobrepasen la cantidad de 40 a 50 internos por unidad. Tal vez no sea ocioso recordar aquí, que un número excesivamente bajo de internos conspira de la misma forma que la sobrepoblación, en las actividades pedagógicas de reinserción social.

Las unidades de internación deberán formular su política detallada de reinserción social, con base a dos principios básicos irrenunciables:

- a) el principio del incompleto institucional
- b) el principio del incompleto profesional

9. Principios básicos de atención al adolescente infractor

El primer principio consiste en tornar a la institución responsable por la ejecución de la medida, lo más dependiente posible de los servicios normales del mundo exterior (educación, salud, recreación, etc), ello como forma de anticipación concreta de la finalidad declarada de plena reinserción social. Este

principio encuentra su fundamento y legitimación, tanto en experiencias exitosas concretas (caso Italia), cuanto en las normas específicas de la doctrina de la protección integral, encontrando además fundamento a nivel de derecho positivo nacional en lo dispuesto por el parágrafo 1º del art. 121.

El segundo principio (incompleto profesional), se refiere a la necesidad de quebrar la cultura de la "solidaridad negativa" que invariablemente se establece al interior de las instituciones totales. Se trata de proporcionar bases estructurales para impedir la tendencia a la complicidad antipedagógica entre educadores y educandos. Con excepción del mínimo personal de dirección, administración e infraestructura imprescindible, el grueso de los educadores deberían compartir la experiencia de trabajo con infractores, con otras actividades similares o diversas en el mundo de la "normalidad". Se aconseja, por tanto que esos educadores no posean un vínculo administrativo, ni total ni permanente con la institución, no superando la cifra de 10 a 15 horas semanales en la misma.

10. Seguridad

Para afrontar este tema es necesario liberarse de eufemismos y preconceptos, colocando como principio superior a ser respetado, la integridad física y mental de los internos (art. 125). Este tema debe ser, por lo tanto, considerado a la luz del hecho irrefutable de que una proporción de no poca importancia de adolescentes asesinados en circunstancias diversas, constituyen el resultado concreto del desmantelamiento irresponsable de instituciones de internación y/o de falta o ausencia de una adecuada política de contención y seguridad.

Por este motivo, y en los casos en que las circunstancias lo aconsejen, la institución que se repute competente (Policía Militar, la Policía Militar en Brasil, es el cuerpo de seguridad uniformado responsable por el mantenimiento del orden público. De ningún modo debe ser confundido con la Policía interna del ejército) debe garantizar la seguridad externa de las unidades de internación, pudiendo intervenir internamente, sólo en la hipótesis de expresa solicitud escrita del responsable de la unidad y previa consulta con la autoridad judicial responsable por la ejecución de la medida.

11. La utopía necesaria

Por último, es necesario recordar que una visión no eufemística de la práctica e ideología del tratamiento obligan a reconocer que una legitimación sincera de la práctica de la privación de libertad radica, primordialmente, en minimizar las consecuencias negativas de la misma. Por ello conviene agregar, que todos los esfuerzos de implementación de esta medida -excepcionalísima- deberán combinarse con un empeño cultural sobre el conjunto de la sociedad para ayudarla (nos) a liberarse (nos) progresivamente de la necesidad del secuestro de conflictos sociales, que una sociedad más justa pondría en evidencia como absurda.

La medida de privación de libertad debe ser permanentemente CONSTRUIDA-DECONSTRUIDA a la luz de la utopía positiva que establece que la única prisión ideal es aquella que no existe.

Notas

* Considérese aquí lo expuesto en la nota 21 bis. ("Con posterioridad a la finalización de este ensayo, han surgido en América Latina nuevos textos legislativos que representan una verdadera adecuación sustancial al espíritu y al texto de la Convención Internacional. A pesar de serias definiciones técnico-legislativas en algunas leyes, sin lugar a dudas pueden incluirse en esta corriente, las leyes de Ecuador, Perú y Bolivia".)

¹ La gravedad de la infracción aparece taxativamente regulada en el Art. 121 del ECA, estando relacionada a la existencia de "grave amenaza o violencia contra la persona". El uso del término "podrá" (art.121) obliga a una interpretación ponderada y fundamentada del juez. La jurisprudencia en este campo es todavía escasa e incipiente.

² El carácter ilegal de la privación de libertad puede derivar de una violación flagrante de las disposiciones del Estatuto (ej: privación de libertad ordenada por autoridad no competente o privación de libertad violadora de las expresas garantías formales dispuestas en la ley). El carácter ilegítimo puede resultar de la falta del mínimo de ponderación adecuada para la determinación de la medida.

³ Esta expresión hace referencia al hecho de que, en el proceso de su "descubrimiento", la infancia pagará un precio muy alto por su nueva centralidad. Su incapacidad, primero social y luego sancionada jurídicamente, constituirá la contrapartida de su existencia "autónoma".

⁴ Presente en todas las legislaciones latinoamericanas, basadas invariablemente en la doctrina de la situación irregular. Con excepción del ECA de Brasil. (Ver nota 21 bis).

⁵ Sobre el tema de los orígenes y desarrollo de la cultura de la "compasión-represión", cfr. E. García Méndez (1992).

⁶ Sobre el carácter problemático del concepto de opinión pública cfr. Jürgen Habermas (1962).

⁷ Sobre este proceso histórico específico y sobre la construcción de la ciudadanía de la infancia, cfr. Antonio Carlos Gomes da Costa (s/f).

⁸ La hipótesis de la "inutilidad" se refiere específicamente, a diferentes operativos de aprehensión coactiva de "niños de la calle", realizados con una fuerte cobertura de los medios de comunicación -en flagrante violación de la ley vigente- destinados a construir una imagen frente a la opinión pública, de que

algo está siendo hecho para enfrentar el "problema". En muchas oportunidades la verificación de las acciones efectivamente realizadas demuestra que - independientemente de la ilegalidad- estas intervenciones no proporcionan ni mínimamente la oferta de protección en las cuales se basan y legitiman.

⁹ Una redacción técnicamente más adecuada del art. 105 y más acorde con el espíritu de la ley debería establecer "cometido por un niño un acto que cometido por adolescente sea considerado como acto infractor, corresponderán las medidas previstas en el art. 101".

¹⁰ Existen dos excelentes trabajos sobre el resto de las medidas socio-educativas. Uno realizado por la coordinación de promotorías de la infancia y la juventud del Ministerio Público de São Paulo y el otro por el equipo técnico del juzgado para la infancia y la juventud de Porto Alegre.

* Hecha la salvedad contenida en la nota 21 bis.

¹¹ Específicamente, "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad", y "Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil".

Bibliografía

Ariès, Philippe (1987) *"El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen"* Ed. Taurus, Madrid.

García Méndez, Emilio (1992), *"A História da Criança como História do seu Controle"* em "Liberdade. Respeito, Dignidade" do mesmo autor Ed. FCBIA.

Gomes da Costa, Antonio Carlos (s/d), *"De Menor a Cidadão"*, Ed. FCBIA.

Habermas, Jurgen (1962), *"Strukturwandel der Oeffentlichkeit"* Ed. Luchterhand, Darmstadt.

Platt, Anthony (1974). *"El Descubrimiento de la Infancia: la invención de la delincuencia"*, Ed. Siglo XXI, México.