

DOSSIER: JUSTICIA DE MENORES

La innovación en los sistemas de la justicia de menores en Europa: necesidad de nuevas formas de garantía

Gaetano DE LEO

En Europa, durante las últimas décadas, se han propuesto diversos modelos de solución al problema de los menores, en los repetidos intentos promovidos con objeto de hacer más equilibrada la relación entre la idea-guía de la tutela de los derechos de aquéllos y los resultados prácticos, subjetivos y sociales, que los sistemas de justicia de menores producen, no obstante las mejores intenciones. Cabe registrar indudables cambios y progresos, a los que me referiré en este escrito, pero el nudo problemático de base de la cuestión permanece tenazmente activo y continúa suscitando desafíos y contradicciones. Se trata de una especie de paradoja que, en términos muy simples, puede exponerse de este modo: puesto que la menor edad, como condición social y jurídica, no tiene una representación directa de los propios derechos e intereses, las políticas sociales y la atención jurídica, no tiene una representación directa de los propios derechos e intereses, las políticas sociales y la atención jurídica a favor de estos sujetos son necesariamente mediadas, filtradas por otros sujetos sociales. Así puede suceder que el aumento de atención y la innovación en el campo de los derechos de los menores, lleve como consecuencia inevitable un aumento de los sujetos sociales (jueces y juristas, trabajadores sociales de diverso tipo) que median, seleccionan e interpretan los nuevos derechos del menor. Esto a menudo provoca efectos de atenuación, de «confusión» de las garantías formales y la certeza de la relación entre los menores y sus derechos.

Es verdad que se puede intervenir incluso a través de la innovación jurídica —con otras leyes y nuevos derechos— pero es probable (y con frecuencia predecible) que ello suponga una subsiguiente ampliación del campo de los sujetos que median e interpretan los derechos. De ahí que la cuestión de las garantías se convierta cada vez de forma más decisiva en una variable que depende, más que de las

leyes en sí mismas, de la cualidad del trabajo de tales sujetos mediadores, de sus competencias, y de los controles técnicos, sociales, jurídicos que pasan sobre su actividad. Las garantías tienden por tanto a desplazarse del plano del reconocimiento formal de los derechos, al de los procesos aplicativos, cognoscitivos, decisionales, ejecutivos, sociales.

En la actual fase histórica, en Europa, es preciso afrontar este problema. Es obvio que carece de sentido pensar en una vuelta atrás o en contener la innovación en el campo jurídico. La relación menores-familia-instituciones ha cambiado de manera irreversible, y no puede pensarse que la ley y las instituciones sociales vayan a retirarse de un área en el que por consiguiente ya no va a ser posible replantear una relación exclusiva menor-familia. Se trata por el contrario de buscar soluciones que permitan, de una parte proseguir en el camino de la afirmación legislativa de los derechos de los menores, en una sociedad que exhibe continuamente viejas y nuevas formas de amenaza y provocación en tal sentido, y por otro lado redoblar el esfuerzo en el plano de las garantías procesales, cognoscitivas, aplicativos.

Querría detenerme en este aspecto, que permite tanto analizar algunas estrategias para hacer frente al progresivo y peligroso aumento de la complejidad de los sistemas de la justicia de menores, como, por esa vía, evaluar algunos modelos de la misma que se están afirmando en Europa, y en particular en países como España e Italia.

El riesgo de atenuación de las garantías, que hemos visto es típico y estructural en los modernos sistemas de justicia para menores (más derechos = más mediación = más riesgos de incertidumbre, incoherencia, arbitrio operativo para sujetos que no pueden actuar directamente en favor de sus propios intereses) debería ser afrontado al menos a distintos niveles relevantes:

A) En el campo de los procedimientos judiciales, con un control y un seguimiento continuo de las decisiones, las sentencias, con el fin de valorar lo que en criminología se conoce por *sentencing* (de Leo, 1987), es decir determinar a que variables aparecen ligadas las diferencias que se dan en las decisiones judiciales en la presencia de configuraciones jurídicas similares (el ejemplo más simple es el del mismo delito ejecutado por sujetos de la misma edad, que recibe respuestas penales diversas). Estos controles tendrían que llevarse a cabo desde dentro de la propia magistratura, puesto que la independencia de esta institución es una garantía fundamental.

B) En el ámbito de los procesos técnico-operativos de conocimiento de las situaciones particulares que entran en relación con la justicia de menores (responsabilidad, estados de necesidad, de desamparo, de riesgo, condiciones sociales y psicológicas) que preparan, llenan de contenido y sirven de soporte a las decisiones judiciales. Aquí el objetivo es encontrar garantías contra la frecuente arbitrariedad de los correspondientes modos de actuación, y el amplio espectro de diferenciaciones ligadas no a la diversidad de las situaciones tenidas en cuenta sino a la diversidad de los modelos de conocimiento, a menudo ideológicos o propuestos sin el menor control científico. La búsqueda de garantías pasa aquí a través del incremento de la competencia profesional, de la verificabilidad de los procesos de conocimiento, del modo en que se lleva cabo la formación y la supervisión de los operadores. La garantía de certeza que representa la adquisición de conocimientos no puede considerarse como expresión automática y directa de los roles institucionales, sino como resultado de procesos intersubjetivos, interprofesionales, intersistemáticos en permanente verificación.

C) El mismo planteamiento vale para el nivel técnico-operativo ligado a la producción de las intervenciones de colocación ambiental, comunitaria, institucional y de tratamiento. Hoy sabemos que las expectativas y las percepciones en orden a los recursos de colocación y de tratamiento existentes retroactúan sobre las decisiones judiciales al extremo de condicionarla a menudo más que los propios conocimientos relativos al sujeto, a su responsabilidad, a sus condiciones socio-ambientales. Es por consiguiente de fundamental importancia incrementar las garantías sobre la cualidad, la eficacia, los resultados de las colocaciones y de las intervenciones de tratamiento. Esto puede procurarse tanto a través del establecimiento de «reglas mínimas» públicas y verificables sobre los requisitos de las colocaciones (comunidades de acogida, hogares, acogimiento familiar, instituciones, etc.), como mediante tareas de evaluación y control de las intervenciones y de los tratamientos.

Una garantía cuya necesidad se siente cada vez con mayor fuerza es la de la integración, la coordi-

nación entre operadores y servicios sociales, judiciales y otros centros de decisión, puesto que las disfunciones a estos niveles producen como consecuencia confusión e inhibiciones en los niveles operativos y decisionales de los sujetos implicados.

D) Un objetivo de mayor alcance es el de modernizar y hacer más flexible y homogénea la cultura sobre la infancia y la adolescencia, la cultura sobre la justicia de menores. En efecto, los progresos de orden legislativo, aun cuando se vieran acompañados de las precisas garantías en el plano aplicativo y en el que se producen los diversos tipos de intervención, podrían resultar frustrados en sus efectos sociales e individuales si la opinión pública, la gente, el sentido común, se mantuvieran lejanos, hostiles o reactivos a aquellos cambios. En Italia, es bien sabido, leyes importantes de contenido innovador, como la psiquiátrica, tuvieron efectos problemáticos que les pusieron al borde del fracaso, no sólo por las carencias aplicativas y técnicas, sino también por la distancia existente entre el sustrato cultural que había servido de fondo a la ley y la cultura de masas sobre el problema concreto, en este caso sobre la enfermedad mental y los modos de afrontarla. Una nueva cultura de la infancia, de la adolescencia y de la justicia de menores no constituye solamente un trabajo fundamental de prevención en tal sentido, sino un requisito de base para garantizar la continuidad necesaria entre los cambios legislativos, las transformaciones operativas e institucionales y la modificación en las actitudes y las respuestas de la sociedad civil.

Es evidente que las soluciones para hacer frente a los riesgos derivados del aumento de la complejidad de los sistemas de justicia de menores, son a su vez notablemente complejas. Pero, en este como en otros campos, las simplificaciones pertenecen al pasado y sólo permanecen como peligrosos residuos nostálgicos del mismo, de la época en que no existía más que una forma de intervención en relación con los menores: la institucionalización utilizada de modo indiferenciado para acometer los problemas de asistencia, inadaptación y transgresión de las leyes penales. Por el contrario, desde hace varias décadas, se trabaja en una perspectiva que apunta hacia la marcada diversificación entre tales niveles. Los problemas asistenciales y de tutela civil tienen un carácter difuso y generalizado y deben ser rigurosamente mantenidos en el ámbito de la comunidad de origen: la intervención jurídica puede ser aquí útil únicamente como instancia externa que ofrece garantías a un sujeto —el menor— que no puede hacer valer directamente sus intereses, sobre todo en presencia de intensos conflictos en el ámbito familiar o entre los operadores sociales.

Acerca del problema de la inadaptación no existe en Europa una homogeneidad de perspectivas. En la mayor parte de los países (entre ellos Inglaterra, Alemania Federal, España) se trabaja en la materia

en términos de prevención secundaria respecto a la delincuencia de menores. A menudo se trata de modos de actuación quizá avanzados y sofisticados, en los cuales la importancia de la comunidad local resulta seriamente tenida en cuenta, pero el hecho de que la inadaptación aparezca considerada en sí misma sólo como una categoría que comporta alto riesgo de reincidencia, confiere a este sector características reeducativas más que socializadoras y conlleva por lo general una elevada tasa de institucionalización. En Italia, a partir de 1978, se ha intentado una vía diversa, la que pasa por considerar la inadaptación como un problema de socialización y de asistencia, sin crear una diferenciación respecto de las intervenciones socio-asistenciales de primer nivel. No han faltado problemas y dificultades de distinta índole, pero aunque trabajosamente van surgiendo acciones comunitarias más adecuadas, y en todo caso se ha producido un continuo descenso de las institucionalizaciones y de las medidas penales de privación de libertad.

Sigue vigente en fin el problema de la intervención penal sobre los menores, a propósito de la cual cabe constatar todavía un sensible nivel de heterogeneidad entre los diversos países europeos. Sin embargo, en el plano de las filosofías y de los objetivos afirmados en los organismos comunitarios (tal es el caso del Consejo de Europa, 1987), comienza a perfilarse una notable convergencia sobre cuestiones de fondo que trataré de apuntar.

1. El objetivo que tiende a guiar y a organizar todos los otros es quizá reducir progresivamente al mínimo la necesidad del derecho y la intervención penales para los menores (aunque no sólo para los menores). Esta cuestión, de gran relevancia teórica (Ferrajoli, 1985), puede ser entendida tanto en el sentido de la descriminalización (excluir del derecho penal sustancial tipologías de comportamiento transgresivo y problemático), como en el sentido de la despenalización (excluir de la intervención penal directa y reforzada comportamientos relevantes para el derecho penal). La razón de fondo que informa esta perspectiva es tratar de evitar en lo posible que los problemas sociales devengan problemas criminales y penales, con objeto de procurar que los mismos resulten afrontados, como tales problemas sociales, en los contextos en que se producen. El criterio minimalista, que se opone críticamente al abolicionista (Hulsman, 1983); (Christie, 1985) propone precisamente, según un criterio histórico-social, que pueda reducirse el derecho y la intervención penal al nivel mínimo posible en relación al desarrollo —en sentido cultural e institucional— de la capacidad de la sociedad civil para hacer frente directamente a los comportamientos transgresores, de desviación, de conflicto, manteniendo por tanto para el derecho penal la función residual de garantía.

En el campo que nos ocupa, esta perspectiva busca tratar de favorecer desplazamientos del dere-

cho/intervención penal a los campos civil y administrativo para la mayor parte posible de las conductas problemáticas y transgresoras de los menores, incluso cuando se encuentran tipificadas como delictivas. En Italia, por ejemplo, el nuevo proceso penal para menores prevé una forma de «no haber lugar a proceder» por la «escasa relevancia social del hecho» aún cuando interese al derecho penal sustancial.

2. El segundo objetivo es el «minimalismo» de la respuesta institucional, es decir dejar convertido en algo residual el internamiento de los menores en instituciones, y buscar en cada caso formas alternativas, no-institucionales, comunitarias, de intervención, incluso en un marco jurídico-penal. En Europa se ha avanzado bastante en este sentido (Junger-Tas, 1985, 1987; Rutherford, 1986; Ponti, 1987), pero las potencialidades no parecen todavía adecuadamente exploradas ni utilizadas, y los trabajos de verificación no son constantes en sus resultados. Por lo demás, la convicción científica y operativa fundada en la negatividad de la respuesta institucional es en cualquier caso un factor de potente estímulo para la búsqueda de soluciones alternativas. Es precisamente éste el plano en el que el problema de las garantías debe reafirmarse en términos más claros.

3. Un corolario inexcusable del segundo objetivo es el constituido por la exigencia de activar e inventar una variedad de respuestas que se sitúen en el espacio potencialmente amplio entre la institución y la familia (formas de residencia que van desde el modelo familiar al de la pequeña comunidad abierta), y paralelamente de suscitar la máxima activación de las respuestas de la comunidad local (acogimientos, soporte educativo a las familias, actividades de formación-trabajo, etcétera).

4. Uno de los objetivos de mayor significación —y de más dificultad— es ciertamente el que propone la máxima activación del menor —también y sobre todo en el sistema penal— y de su relación con la víctima, con el daño causado, etc. Es el modelo que postula al menor como sujeto activo y responsable más que como sujeto-víctima pasivo. Es también el modelo que tiende a superar la concepción retributiva de la pena en la búsqueda de lógicas más modernas en sentido restitutivo-compensador-conciliatorio (no el sufrimiento personal para retribuir abstractamente el daño social e individual, sino comportamientos activos para restituir socialmente, compensar en concreto, descubrir formas de conciliación grupal, colectiva).

También aquí, parece innecesario insistir, el problema de las garantías es de fundamental importancia para que no resulte desvirtuado el sentido de estas medidas.

En general, en efecto, para todos estos nuevos objetivos —que constituyen un importante desafío a la creatividad en campo tan problemático— de no

aparecer bien clara la presencia del *confin normativo*, jurídico-penal, de no mantenerse permanentemente activas las garantías y los derechos específicos inherentes a la posición jurídica de los menores, puede producirse lo que cabría definir una «distorsión del sentido» de la respuesta social por confusión de contexto.

Es decir, se trabajará sobre problemas y conflictos de orden penal *como si* se estuviera en un ámbito asistencial, terapéutico, consensual. Es un nivel de mistificación del cuadro normativo de referencia capaz de producir graves efectos paradójicos: por ejemplo la multiplicación de identidades desviadas asistidas y la difusión subsiguiente de un control asistencial de contenidos jurídico-penales expandiéndose en el medio social.

Tales riesgos existen pero no deben paralizar la innovación: el antídoto es poner hoy en primer plano la cuestión de los controles y las garantías en el ámbito de los cada vez más complejos procesos aplicativos, cognoscitivos, operativos, socio-cultura-

les, en relación con las dimensiones y a las propuestas brevemente apuntadas en este escrito. (Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Christie, N. (1982), «Limits to pain», Martin Robertson, Oxford.
- Consejo de Europa (1987), «Recommandation sur les reactions sociales et la delinquance juvenile», Strasbourg.
- De Leo, G. (1987), «Appunti di psicopsicologia della criminalità e della devianza», vol. II, Buizoni, Roma.
- Ferrajoli, L. (1985), «Il diritto penale minimo», en «Dei delitti e delle pene», n. 3/85. (Hay traducción española de R. Bergalli, H. C. Silveira y J. L. Dominguez, en «Poder y Control», n. 0/1986, pp. 25 y ss.)
- Hulsmann, L. (1983), «Abolire il sistema penale», en «Dei delitti e delle pene», n. 1/83.
- Junger-Tas, J. (1985), «Alternative Sanctions», Ministry of Justice, The Hague, Netherlands.
- Junger-Tas, J. (1987), «La justice des mineurs: hier et demain», Barcelona, diciembre, (intervención en unas jornadas).
- Ponti, «G. (1987), «Giovani, responsabilità e giustizia», Giuffrè, Milano.
- Rutherford, A. (1986), «Growing out of crime», Penguin Books, Middlesex.

ALIANZA EDITORIAL

Día del Libro

Solicite nuestro Boletín de Novedades gratuito

Milan, 38
28043 Madrid
Tel. 200 00 45

Historia de Lanzarote del Lago



(4)
Edición de 1988

La novela artúrica más importante de cuantas se escribieron en la Edad Media. Se han publicado: **La búsqueda del Santo Grial, La muerte del rey Arturo** y los cuatro primeros tomos de **Lanzarote del Lago**. Están en preparación los tres últimos.

(Edición de Carlos Alvar)

novedades

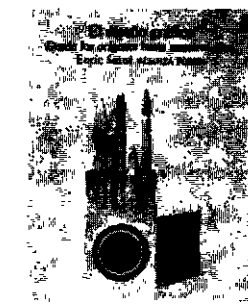
JOSEF SKVORECKY El saxofón bajo



«Josef Skvorecky es una de las grandes figuras literarias de nuestro tiempo» George Steiner

ENRICO SATUE El diseño gráfico

Desde los orígenes hasta nuestros días



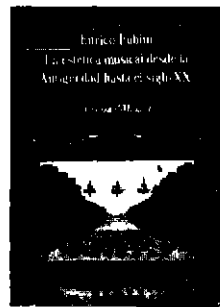
Enrico Satue es Premio Nacional de Diseño Gráfico 1988

HENRI FOCILLON Arte de Occidente La Edad Media románica y gótica



Reconstrucción de todo un período glorioso de la cultura figurativa europea

ENRICO FUBINI La estética musical desde la Antigüedad hasta el siglo XX



Brillante análisis de las ideas que ha desarrollado la humanidad acerca de la música, en el transcurso de casi tres milenios.

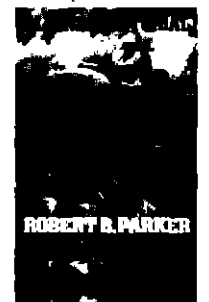
JAVIER VARELA Jovellanos



Biografía fundamental para comprender muchos aspectos del siglo XVIII y de la Ilustración española.

ROBERT B. PARKER Dios salve al niño

Una novela de Spenser



El detective Spenser encarna al héroe romántico en la sociedad urbana contemporánea