

Desafíos de la justicia juvenil en Brasil: la reforma del Estatuto del Niño y del Adolescente *

Recibido: 23 de enero de 2019 • Aprobado: 16 de abril de 2019
<https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a4>

Anderson Pereira de Andrade**
Bruno Amaral Machado***

RESUMEN

A pesar de sus avances, el Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil, dejó espacios demasiado amplios de discrecionalidad en el ámbito del llamado procedimiento de investigación del acto delictivo. A lo largo de los años, no se logró una reforma legislativa del estatuto en lo que se refiere al tratamiento del adolescente a quien le es imputado un delito. Tal reforma, aún lejos de solucionar el problema central de la ausencia de derechos fundamentales materiales del adolescente seleccionado por la justicia de la infancia y de la juventud –que mimetiza la justicia penal–, al menos propiciaría la ecuanimidad formal del tratamiento del adolescente con relación al adulto. Este artículo tiene por objetivo rescatar la experiencia brasileña, así como presentar y debatir propuestas de reforma del Estatuto del Niño y del Adolescente.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos; paradigmas; justicia juvenil; Estatuto del Niño y del Adolescente; reforma legal.

* El artículo es parte de la investigación sobre los modelos comparados para la justicia juvenil (Grupo Política Criminal, Uniceub). Una versión distinta fue publicada en Andrade y Machado (2017).

** Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesor de la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, Brasil, fiscal de Defensa de la Infancia y de la Juventud del Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), Brasília, Brasil. Correo electrónico: andersonandrade_advogados@outlook.com

*** Magister y doctor en Derecho y Políticas Públicas del Centro Universitario de Brasília (Uniceub), Brasília, Brasil; doctor en Sociología Jurídico-Penal por la Universidad de Barcelona, Barcelona, España; posdoctor en Sociología por la Universidad de Brasília/John Jay, Nueva Iorque, Estados Unidos. Profesor de grado en Uniceub, investigador asociado del Departamento de Sociología de la Universidad de Brasília, Brasília, Brasil. Correo electrónico: brunoamachado@hotmail.com

Challenges for Juvenile Justice in Brazil: the Reform of the Statute of the Child and Adolescent

ABSTRACT

Despite its advancements, the Statute of the Child and Adolescent in Brazil left wide discretionary spaces in the scope of the so-called criminal act investigation procedure. In the last years, no law reform of the statute has been achieved in the matter of the treatment of the teenager accused of a crime. Such a reform, far from solving the central matter of the absence of material fundamental rights for the adolescent selected by the justice of infants and youths - that mimics the penal justice, would at least propitiate a formal equanimity of the adolescents in comparison to the adult. This article's main goal is highlighting the Brazilian experience as well as to present and debate proposals for the Statute of the Child and Adolescent reforms.

Keywords: international right of human rights; paradigms; juvenile justice; Statute of the Child and Adolescent; legal reform.

Desafios da justiça juvenil no Brasil: a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente

RESUMO

Apesar dos seus avanços, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil, deixou lacunas de discricionariiedade no âmbito do chamado "procedimento de pesquisa do ato criminoso". Ao longo dos anos, não foi possível uma reforma legislativa do estatuto no que se refere ao tratamento do adolescente a quem é imputado um crime. Essa reforma, ainda longe de resolver o problema central da ausência de Direitos Fundamentais Materiais do adolescente escolhido pela justiça da infância e da juventude — que mimetiza a justiça penal —, pelo menos propiciaria a equanimidade formal do tratamento do adolescente com relação ao adulto. Este artigo tem o objetivo de resgatar a experiência brasileira bem como apresentar e debater propostas de reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; paradigmas; justiça juvenil; Estatuto da Criança e do Adolescente; reforma legal.

INTRODUCCIÓN

La fundamentación del poder punitivo encontró, debido a la influencia de la filosofía utilitaria, finalidades distintas para las penas (Machado de Almeida, Hodja, Batista y Kahn, 2012). A lo largo de los últimos 200 años, las racionalidades punitivas se volvieron más complejas y ambiciosas (Anitua, 2007). Las versiones utilitaristas, la pena-prevenición, han ocupado el espacio de la pena como retribución (Kant) (Beccaria, 1999; Bentham, 2002; Von Liszt, 1995; Zaffaroni y Batista, 2011). El carácter disuasorio de la pena, prevención general negativa, (Feuerbach) asoció la sanción penal a la concepción de que la amenaza de imposición del castigo sería útil en la nueva ingeniería del Estado moderno.

A finales del siglo XIX, el discurso criminológico positivista y su versión correccionalista incrementaron las racionalidades de las penas al idealizar otras funciones que legitimarían la prevención especial. En su vertiente negativa, la función de la pena se asocia a la inocuidad del criminal, individuo que debe ser apartado de la convivencia social. Esta es una derivación de la visión contractualista y de la ideología de la defensa social (Lombroso, 2001; Ferri, 1999; Garofalo, 1997). La vertiente positiva de la prevención especial, inspirada en la posibilidad de reintegración social, y que dio origen a las variaciones de las ideologías *re* (rehabilitación, resocialización, reintegración) configuró uno de los objetivos declarados en la modernidad penal (Zaffaroni y Batista, 2011, p. 116). Observadores atentos de la inserción del nuevo modelo, en contrapartida, denunciaron las finalidades latentes o no declaradas de las nuevas estrategias punitivas. El ideal reintegrador disimularía la estrategia disciplinante de las teorizaciones y prácticas del sistema de justicia criminal (Goffman, 1999, p. 16; Foucault, 2007).

La idealización del modelo de justicia juvenil no puede estar dissociada del contexto más amplio sobre los límites y los fundamentos que edificaron el sistema penal moderno (Kozen, 2005; Saraiva, 2010; Sheicara, 2008; Sposato, 2013; Volpi, 2001). El nacimiento de la criminología positivista en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX es apenas una de las facetas de lo que la criminología crítica identifica como ideología de la defensa social. La protección de la sociedad de los indeseables oculta los discursos violentos de la verdad científica. En este escenario, la historia de la justicia juvenil desvela parte de los experimentos en los que el adolescente fue históricamente tratado como objeto y no como sujeto de derechos.

La lucha por el reconocimiento de los derechos del adolescente a quien le es imputado un delito¹ es un proceso largo, polifacético y en curso, para asegurarle

¹ Se utiliza en este trabajo la palabra *adolescente* para definir a una persona que puede ser responsabilizada por cometer un delito. En algunos países, especialmente en el ámbito anglosajón, se hace la previsión legal del juicio, en algunos casos de niños, a pesar de la definición de niño como toda persona menor

derechos fundamentales como mínimo, similares a aquellos atribuidos al adulto, y además asegurar otros específicos, teniendo en cuenta su situación peculiar como persona en desarrollo. La expectativa de la familia, de la comunidad y del Estado de que el adolescente pueda desarrollar su plano de vida, a pesar de sufrir un proceso judicial, fue históricamente legitimada por la semántica resocializadora, con iguales responsabilidades de esas mismas instituciones, la familia, la comunidad y, en su falta, el Estado. Asimismo, el procedimiento judicial puede ser visualizado como una oportunidad para la reflexión, madurez y hasta educación del adolescente, desde que sea guiado por el binomio: respecto a su autonomía y garantía de los derechos fundamentales. En el plano formal (ideal), esas directrices legitiman los sistemas de Justicia penal juvenil de la mayor parte de los países de tradición jurídica similar a la brasileña.

Sin embargo, la literatura en el campo del derecho juvenil indica un proceso largo, marcado por debates y controversias sobre la necesidad de instituir un tratamiento ecuánime entre el adolescente, a quien le es imputado un delito, y el adulto. El inicio del siglo XX representó una gran mudanza en el tratamiento jurídico dado a niños y adolescentes. Por un lado, hubo un consenso entre especialistas en que, carentes de protección contra la violencia, los malos tratos y el trabajo degradante, también necesitaban los niños y adolescentes un tratamiento penal diferenciado del reservado a los adultos, especialmente en lo que se refiere a la privación de libertad que, por regla general, ocurría en un único establecimiento carcelario.

De hecho, ya a inicios del siglo XX, muchos países de Occidente instituyeron sus códigos de menores (García Méndez, 1998). Gran Bretaña (1908), Francia y Bélgica (1912), España (1918), Argentina (1919), Holanda (1921), Alemania (1922) y Brasil (1923), crearon sus propias leyes, tribunales y reformatorios de niños y adolescentes, entonces denominados *menores*². La mudanza, retratada en la mayoría de los casos como un avance, especialmente por la retirada de los niños y adolescentes de las prisiones de adultos, inauguró una forma de tratamiento arbitraria y contraria a los derechos fundamentales. El largo proceso de debate y construcción de la justicia juvenil culminó en Brasil bajo los auspicios del así denominado modelo de protección

de 18 años que hizo la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 1989 previsión legal del juicio, en algunos casos, de niños, y también, a pesar de la definición de niño como toda persona menor de 18 años, hecha por la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 1989.

² El primer código de menores brasileño fue publicado en 1927, después del sonado caso en Río de Janeiro, por entonces capital del país, en el que un adolescente de 12 años, limpiabotas, al no recibir el pago por su servicio, le echó tinta al cliente y fue preso, agredido cruelmente por los adultos con quienes fue obligado a compartir celda. Sin embargo, la creación del primer juzgado de menores en Río de Janeiro, y del primer reformatorio brasileño, la Escola Quinze de Novembro, ocurrió con el Decreto 16.272, del 20 de diciembre de 1923, que aprobó la reglamentación de asistencia y protección de los menores abandonados y delincuentes. Ese decreto trata ampliamente, en ciento cuatro artículos, de la protección y de la determinación de la responsabilidad penal de los menores. Fue la primera ley penal juvenil brasileña.

integral, con la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente, en portugués *Estatuto da Criança e do Adolescente* (de aquí en adelante ECA). Celebrado como avance legislativo, transcurridos 28 años de su vigencia, se impone profundizar el debate sobre su aplicación y, particularmente, sobre el procedimiento especial instituido para investigar los actos delictivos. La hipótesis del artículo es que hubo progresos importantes en el ámbito de las políticas públicas para la infancia y la juventud. De otro lado, el procedimiento previsto para responsabilizar al adolescente es técnicamente inadecuado y confiere excesivo poder discrecional al juez. Debemos considerar que algunas prácticas de los actores del sistema de justicia están en disconformidad con las reglas del ECA. Sin embargo, parte del problema es también normativo, como pretendemos demostrar.

El objetivo de este artículo es, en la primera parte, analizar los recientes estudios que han evaluado la aplicación del ECA en Brasil. ¿Qué señalan las investigaciones sobre la aplicación del ECA? Se pretende, así, identificar si se trata de una mala o deficiente aplicación del ECA o si son necesarias reformas legales. En la segunda parte, en el plan normativo, conocidos los resultados de las investigaciones empíricas sobre la aplicación del ECA, el objetivo es debatir algunos de los institutos procesales y proponer posibles reformas. Además de detectar las prácticas que vulneran los derechos de los adolescentes, ¿qué reformas legales son necesarias para garantizar los derechos procesales del imputado y conferirle más transparencia al procedimiento sobre los objetivos instituidos por el ECA? La metodología de este estudio es básicamente documental y bibliográfica, a partir de fuentes y datos secundarios.

1. LA APLICACIÓN DEL ECA: PERSPECTIVAS Y CRÍTICAS A LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS

Hace muchos años que, en Brasil, especialistas en el campo del derecho juvenil denominan la discusión, el análisis y las propuestas de solución para el abandono y la delincuencia juvenil como *problema del menor* (Amaral, 1979; Barreto, 1926). Se reconoce que antes de lo penal, tutelar o, incluso, lo jurídico, el problema de la delincuencia juvenil reside en la ausencia de derechos fundamentales para una gran parte de la población brasileña. El 13 de julio de 1990 fue instituida la Ley n.º 8.069: el ECA. En lo que se refiere a la responsabilidad del adolescente que comete un delito, los logros de la ley se circunscribieron principalmente al campo formal, con la garantía de derechos fundamentales ampliamente reconocidos. Algunas referencias son relevantes para situar la reforma legal y el nuevo paradigma instituido. El movimiento para la aprobación del estatuto del niño se inició con un impulso popular y parlamentario que tuvo como resultado la aprobación de los dispositivos constitucionales de defensa de la infancia y de la juventud y la reglamentación de la responsabilidad juvenil³.

³ En efecto, los mismos diputados y senadores que aprobaron la Constitución de 1988, elegidos para la legislatura 1986-1990, aprobaron el ECA.

El ECA fue pionero en América Latina y uno de los primeros instrumentos legales en el mundo en implementar un ordenamiento jurídico nacional en las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las directrices y reglas de la ONU. Consecuentemente, la ley introdujo en el continente la doctrina de la protección integral, que intenta eliminar, especialmente en el ámbito de la responsabilidad juvenil, la discrecionalidad judicial y la ausencia de garantías procesales. En lo que concierne a la responsabilidad penal juvenil, el procedimiento para la investigación del acto delictivo (en portugués *ato infracional*), como es llamado por el ECA, tiene sus directrices trazadas en la constitución federal, artículos 227 y 228. Tales dispositivos constitucionales son desdoblados por los artículos 101 y siguientes del ECA, que establecen las reglas materiales y formales para la responsabilizar al adolescente que comete un delito. A pesar de los innumerables problemas y lagunas legales, es importante reconocer que la ineficiencia de las medidas socioeducativas y la *impunidad o falta de punición adecuada* para los adolescentes no se debe a las normas del ECA. Esos problemas verificados resultan, en gran parte, de la omisión de los gestores federales, estatales y municipales quienes, en estos veintiocho años de vigencia del ECA, han sido negligentes en la implementación de las políticas públicas exigidas para dar efectividad a la Ley.

Investigaciones empíricas realizadas en los últimos años constatan la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de las familias de las que vienen los adolescentes que llegan a los juzgados de infancia y juventud, especialmente aquellos sobre los cuales recaen las medidas socioeducativas de privación de libertad. Estudios recientes son relevantes para comprender las críticas que presentaremos en este texto. La investigación fomentada por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia (Ilanud) realizada con adolescentes que habían sido aprehendidos por la policía y conducidos al Juzgado de Infancia y Juventud de Sao Paulo, para entrevistarse con el fiscal y el juez, constató que las familias de los adolescentes no entendían lo que había acabado de ocurrir en aquella sesión, generalmente en la audiencia informal con el fiscal (Machado de Almeida *et al.*, 2002). Esa misma investigación presenta el perfil de adolescente que es convocado a las audiencias del Juzgado de Infancia y Juventud: un tercio carecía de padres y un 70 % no frecuentaban la escuela en el momento en que se cometió el delito. Ese perfil, que desvela la desigualdad social y económica de millones de jóvenes de la periferia del país, fue confirmado en nota técnica del IPEA, que mostró que, entre los adolescentes privados de libertad, cerca del 70 % tiene entre 16 y 18 años; el 80 % posee renta familiar inferior a dos salarios mínimos; el 51 % no frecuenta la escuela y el 90 % no ha concluido la educación básica; el 49 % no trabaja y más del 60 % eran negros (Silva y Oliveira, 2015). Los estudios apuntan hacia la ausencia de políticas de educación, salud, alcantarillado, vivienda, cultura y, evidentemente, carencias familiares muy fuertes, que no son una novedad en Brasil, contextos que marcan los actos delictivos llevados al poder judicial. Hay consenso entre especialistas sobre

los amplios márgenes de discrecionalidad, pues la ley deja de prever detalladamente diversos actos importantes en ella previstos. Esa percepción fue objeto de estudio y ha sido confirmada empíricamente (Minahim, 2014). La investigación coordinada por Minahim, fomentada por el Ministerio de Justicia, llegó a relevantes conclusiones a partir de la observación de las prácticas procesales en juzgados de infancia y de juventud de lugares tan representativos como Sao Paulo, Pernambuco, Río de Janeiro, Bahía, Paraná y Rio Grande do Sul. El estudio incluyó, además, el análisis de los juzgados sobre la materia del Superior Tribunal de Justicia. Entre sus conclusiones, se constata el distanciamiento de la práctica procesal de los principios garantistas. Al final, prevalece la discrecionalidad en la aplicación de la medida de internación.

Minahim (2014) constató en su estudio lo que Sheicara (2008) describe como forma de *neomenorismo* en la aplicación del ECA en el ámbito del procedimiento previsto para juzgar al adolescente. Ese *neomenorismo* estaría fundado en la pretendida protección ofrecida al adolescente infractor y en la ausencia de límites para la intervención socioeducativa. Según la investigación, las condiciones personales del adolescente operan de forma más intensa que la verificación de su conducta, configurándose un derecho penal de autor en los procedimientos atinentes a la justicia de infancia y de juventud (Minahim, 2014). Por tanto, según lo que constató la investigación, bajo el pretendido deseo de *proteger*, de defender, los operadores del derecho de la infancia y de la juventud tratan al adolescente infractor de forma más gravosa que al adulto, pervirtiendo el principio internacional y legal según el cual la intervención diseñada para el adulto debe ser el límite de la intervención con el adolescente. El trabajo de campo demuestra que las lagunas dejadas por el texto de la ley, que son sistemáticamente rellenas por juicios de valor, especialmente del juez y del ministerio público, evidencian los antagonismos que se establecieron a lo largo de los años entre la *mens legis* y a su aplicación. Si lo que deseaban los idealizadores del ECA era limitar el poder discrecional y desmedido del todo poderoso juez de menores, nacido en los albores del siglo XX, veintiocho años después de la mudanza legal que intentó mitigar ese poder, se constata que no lograron realizar plenamente ese objetivo.

La investigación coordinada por Minahim (2014) presentó las notas características del procedimiento de investigación del acto delictivo. Constató lo que era percibido en la práctica cotidiana. Primero, la celeridad procesal acaba preponderando sobre el debido proceso legal, con la duración de las audiencias casi siempre inferior a cinco minutos; hubo juicios con testigos que se concluyeron en menos de tres minutos. Segundo, no hay confrontación con testigos; estos son oídos, cuando existen, en presencia del defensor apenas, ausente el adolescente imputado. Impresionó a los investigadores el bajo número de testigos de defensa presentes en los procedimientos. Tercero, la participación del abogado es inexpresiva. Cuarto, la actuación conjunta de juez, fiscal y defensor público confiere al juicio la apariencia de *junta administrativa* y no

de protagonistas de un procedimiento contradictorio. Quinto, la privación cautelar es la regla en los casos de actos delictivos graves, mientras que para los adultos no hay prisiones provisionales obligatorias que provengan de forma automática de un crimen grave presuntamente cometido. Sexto, los adolescentes muchas veces son oídos por el fiscal sin asistencia de abogado ni siquiera de parientes.

Se estima, sin embargo, que en más del 90 % de los casos, los adolescentes infractores son pobres y, por tanto, deben ser defendidos por la defensoría pública. Las dos instituciones, ministerio público y defensoría pública, muchas veces, para acomodar posiciones y eludir posibles conflictos, acaban vulnerando derechos fundamentales del adolescente. En el Distrito Federal, los hallazgos en la investigación encuentran eco, especialmente en la segunda conclusión. Según la investigación, la medida socio-educativa de internación es sistemáticamente impuesta, nacionalmente, sin suficiente fundamentación legal. En muchos casos, sin la debida consideración de los propios requisitos legales previstos en el artículo 122 del ECA. Al final, reconocen que el ECA representó un avance, sin embargo, todavía no se superó, señalan, la ideología de la internación protectora (Minahim, 2014, p. 62).

Recientemente, la investigación de Souza constató que, a pesar del largo plazo de vigencia del ECA, el paradigma de la situación irregular, vigente con los códigos de menores desde el inicio del siglo XX en Brasil, sigue presente en las decisiones y sentencias del tribunal de justicia del Distrito Federal. La investigadora seleccionó y analizó noventa decisiones de ese órgano del poder judicial, una muestra de aproximadamente del 10 % de las decisiones proferidas en el período elegido para la investigación. Valiéndose de instrumentos metodológicos cuantitativos y cualitativos, indagó acerca de la permanencia en el ámbito de las decisiones judiciales tomadas por el tribunal, así como fiscales y abogados que actúan junto a aquel tribunal, de paradigmas reveladores de la doctrina de la situación irregular, supuestamente revocada con la aprobación del ECA. La investigadora constató que, a pesar de haber sido formalmente reconocidas por Brasil, incorporadas en la constitución y en el ECA, las directrices del paradigma de la protección integral no tuvieron repercusión simétrica en las prácticas de los autores que actúan en esa área, lo que se presenta como contradicción entre el discurso y la acción. La hipótesis sugerida por la investigación, de permanencia del paradigma de la situación irregular en segundo grado de jurisdicción en el Distrito Federal, fue confirmada, denotando, también en esa instancia judicial, la actuación discrecional (Souza, 2014). El principal instrumento metodológico utilizado en el campo de análisis cualitativo y cuantitativo, identificó un *corpus* o "dispositivo capaz de revelar el objeto discursivo", que permitió tomar en consideración las "unidades de comparación, locuciones o palabras identificadas en las decisiones judiciales". Así analizando, la investigación reveló la disputa entre el paradigma garantista y el de la situación irregular y la indeseable supervivencia del último (Souza, 2014, p. 104).

Las investigaciones de Minahim y Souza son relevantes para el debate sobre los modelos institucionales y las prácticas de las organizaciones que participan en la división del trabajo de la justicia juvenil. Los hallazgos en el campo de la sociología de las organizaciones sugieren diferentes vías para el análisis: institucional, cultural o sistémico. Comprender cómo deciden las organizaciones supone identificar un extenso campo de investigación de las llamadas premisas decisorias. Para nuestro interés específico, supone contemplar los programas condicionales instituidos por los textos normativos, así como las premisas finalísticas, consubstanciadas en los criterios establecidos por las unidades de la organización o eventuales planes estratégicos que orienten, de hecho, sus respectivas decisiones. Otras premisas son relevantes en ese campo, tales como las culturas organizacionales, consistentes en las rutinas cognitivas que orientan las formas como las diferentes organizaciones involucradas se comunican (Machado, 2014). Los últimos estudios referidos traen un amplio material empírico para la reflexión: las reformas legales no son efectivas si las prácticas organizacionales (decisiones) persisten ancoradas en paradigmas supuestamente superados o revocados.

Investigaciones recientes concentraron el campo de indagación en la cultura organizacional de los actores y organizaciones de la justicia juvenil. Hay evidencias de que las reformas de los paradigmas no implican una ruptura con las tradiciones antiguas o mudanzas automáticas de las decisiones de las organizaciones que participan de la división del trabajo en la justicia juvenil (Andrade y Machado, 2017). Se trata de un campo fértil para la investigación empírica, que puede propiciar nuevos escenarios para la comprensión de la distancia entre los textos legales (programas condicionales) y la forma como son puestos en práctica. Las investigaciones empíricas permiten, así, una visión detallada de los problemas organizacionales y las prácticas en las investigaciones y juicios.

En síntesis, las investigaciones empíricas señalan distintos problemas en la aplicación del ECA. Las políticas públicas para la infancia y la juventud son insuficientes, aunque se deben reconocer avances importantes en el ámbito de la protección del niño; las investigaciones sobre la aplicación del procedimiento procesal señalan que algunas de las prácticas no se ajustan a las normas del ECA; algunos de los resultados indican que parte del problema está en modelo procesal previsto. Así, fue confirmada la hipótesis: en el plan operativo, las investigaciones analizadas son relevantes para la segunda parte del artículo (problema normativo), pues señalan el excesivo poder discrecional conferido a jueces y fiscales.

2. CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO PROCESAL DEL ECA

A pesar de la relevancia del nuevo paradigma, el ECA debe ser criticado y debatido, reconociéndose la necesidad de reformas, independientemente del debate recurrente

acerca de la disminución de la edad penal. Las conquistas deben ser reconocidas: la disminución de la mortalidad infantil y del trabajo infantil; la universalización de la enseñanza fundamental; la visibilidad de las violencias cometidas contra niños y adolescentes y las prácticas de enfrentamiento; la modernización del instituto de adopción y su proceso, entre otros. Esos avances se encuentran en el campo civil de la ley. El ECA, al contrario de lo que ocurrió en otros países, e incluso por su primacía en el escenario internacional, optó por reunir la disciplina de todos los aspectos jurídicos atinentes al niño y al adolescente en un único acto legal. Así, se reconoce que la ley tuvo éxito en lo que se refiere a la protección, pero está lejos de lo ideal en lo que se refiere al procedimiento previsto para responsabilizar el adolescente imputado.

Esto resulta de razones distintas. En primer lugar, como se ha dicho anteriormente, por su primacía en el escenario internacional, el ECA fue promulgado en Brasil menos de un año después de la aprobación, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1989, de la Convención de los Derechos del Niño, documento central en lo que se refiere a los derechos fundamentales de niños y adolescentes en todo el mundo. Legislaciones posteriores, algunas recientes, como la alemana (reforma del 2003), la española (2000) o la chilena (2005), optaron por dividir los dos grandes temas, protección y responsabilidad del niño y del adolescente, en instrumentos legales diferentes: leyes de protección y leyes de responsabilidad penal juvenil. En segundo lugar, dada la proximidad de la discusión y la aprobación del ECA con el paradigma anterior, de situación irregular, representada por el Código de Menores de 1979, se hicieron concesiones a ese paradigma que todavía no ha sido definitivamente superado.

El ejemplo emblemático es el artículo 174 del ECA, que faculta al operador la privación de la libertad del adolescente para garantía de su seguridad personal. ¿Cómo se puede privar a alguien de libertad, de forma cautelar, para garantizarle la propia seguridad? En tercer lugar, se identifica una fuerte resistencia contra cualquier mudanza en el ECA, en lo que se refiere a la responsabilidad del adolescente, incluso en sectores de instituciones como el ministerio público, que tuvo un papel protagonista, como sabemos, en la elaboración y aprobación de la ley. En cuarto lugar, el ECA utilizó en diversos momentos eufemismos para tratar fenómenos que solo por el hecho de recibir otro nombre no pierden su naturaleza jurídica real. En un lenguaje nada eufemístico: crimen es un acto delictivo, pena es una medida socioeducativa, la denuncia es representación etc. Todo esto ciertamente contribuyó a una percepción social difundida de que el ECA no es eficaz y, además, no pune al adolescente con el rigor necesario.

De un lado, por cierto, estudios señalan prácticas que no se ajustan al modelo normativo. Por otro lado, algunos de los problemas están asociados al pro-

cedimiento previsto, lo que supone considerar la necesidad de reforma legal. En la última parte pretendemos valorar y proponer los aspectos normativos del ECA que deberían ser reformados, a fin de instituir un modelo más ajustado para garantizar derechos fundamentales del imputado, además de cambios en los términos jurídicos inadecuados.

3. TÓPICOS DEL ECA QUE DEBEN SER OBJETO DE REFORMA LEGAL

En este ítem, el objetivo es presentar directrices para reformar la ley, aspectos que necesitan ser modificados y las justificaciones para esa mudanza, que casi siempre se alberga en sede constitucional, *locus* privilegiado de irradiación de principios y garantías de defensa del más débil contra el yugo estatal (Ferrajoli, 1995). Evidenciados los amplios márgenes de discrecionalidad facultados al operador por el ECA, en lo que atañe al procedimiento de investigación del acto delictivo cometido por el adolescente, se pretende analizar los tópicos del ECA que demandan reformas legales para restringir los márgenes de discrecionalidad de las diferentes organizaciones. Más allá de identificar el exceso del poder discrecional, se proponen los cambios en los términos jurídicos para conferirle al procedimiento previsto en el ECA más transparencia y simetría con el proceso penal.

La reforma puede ser realizada de dos maneras. Una primera, con la revocación completa de la parte delictiva del ECA y aprobando una ley de responsabilidad penal del adolescente en Brasil, en los moldes de lo que hace gran parte de los países de tradición jurídica semejante a la nuestra. Otra sería la reforma de los dispositivos pertinentes de la ley, para la inserción en el ECA en un capítulo denominado *De la responsabilidad penal del adolescente* (Andrade, 2011). El hecho de que la Ley no haya afirmado categóricamente, a pesar de que lo establecido en el artículo 103 del ECA sea el acto delictivo la conducta descrita como crimen o contravención, que la responsabilidad exigida del adolescente es penal, ciertamente contribuyó a una visión sesgada, también académica, de que la legislación no lo responsabiliza adecuadamente. El *nomen juris* de los institutos puede parecer banal, pero no lo es, pues siempre que se nomina algo de forma ambigua o imprecisa aparecen los equívocos. Es el caso de la medida socioeducativa, así razonable denominarla por lo que efectivamente es —y los internos de las instituciones lo saben bien—: pena juvenil, como lo hicieron diversas legislaciones iberoamericanas y europeas posteriores a la brasileña. Los eufemismos mal esconden las intenciones reales del legislador. Y no resulta por desconocer el real y pésimo funcionamiento del sistema de justicia penal, sino por entender que la pena aplicada al joven, especialmente la de internación, tiene la naturaleza jurídica de sanción estatal privativa de libertad (Konzen, 2005). Es impuesta por el Estado, de forma coercitiva, después de un proceso en el que deben existir todas las garantías, verificada la autoría del delito, por sentencia judicial. Se encuentra presente la atri-

bución de responsabilidad al adolescente, que solo puede ser llamada penal, pues el propio ECA por su artículo 103 hace mención al código penal para establecer el rol de conductas vedadas (Sposato, 2013; Márquez, 2006). En cuanto al contenido de esa medida, evidentemente debe ser diferente de aquel aplicado al adulto y es ahí donde residen las dos grandes diferencias entre la pena del adulto y la pena del adolescente: esta debe ser más corta y tener un contenido pedagógico, socioeducativo mucho más intenso. También es necesario modificar el *nomen juris* de todos los institutos que sugieren eufemismos: crimen en lugar de acto delictivo, denuncia en lugar de representación, prisión en lugar de aprehensión etc.

Otra alteración relevante en el capítulo del ECA que trata sobre la responsabilidad penal juvenil es aquella que instituye la previsión expresa de que el juez fije en su sentencia el tiempo exacto de cumplimiento de la medida socioeducativa. El ECA prevé que la medida no comporta un plazo determinado, debiendo su necesidad ser reevaluada cada seis meses mediante decisión del juez. Esa indeterminación le provoca al adolescente sometido a la medida una sensación de ignorancia en cuanto al tiempo en que estará privado de libertad y sobre cómo deberá portarse para librarse de esa privación, además de dificultar el trabajo de los técnicos y funcionarios que tienen que lidiar con ese joven, con dificultades en prepararse para salir de la internación, pues no sabe cuánto tiempo durará. Además, en lo que se refiere al ámbito jurídico, ofende al principio de la proporcionalidad aplicar a un adolescente que comete hurtos seguidos y a otro que comete un homicidio cualificado la misma punición de privación de libertad durante hasta tres años. Otro problema relevante, objeto de amplia materia periodística en el periódico *Folha de São Paulo*, es la falta de criterios y razonabilidad en los informes psicosociales producidos por las unidades de internación que, en un período temporal corto, cambian radicalmente los criterios para la apreciación del desempeño del adolescente en el cumplimiento de la medida (Turollo, 2015).

La reforma legislativa del procedimiento de investigación del acto delictivo no debe excluir un debate amplio sobre el tiempo de internación cautelar del adolescente. Se reconoce el avance que representó el establecimiento por el ECA de un límite temporal para la privación de libertad del adolescente antes del fallo. El ejercicio práctico de las actividades frente al juzgado de la infancia indica que el plazo de cuarenta y cinco días se revela muchas veces insuficiente para el término del juicio y la imposición de una medida socioeducativa, especialmente las privativas de libertad. En muchas unidades de la federación, sobre todo en el interior, ese plazo no ha sido observado por el poder judicial. Considerada la realidad fáctica brasileña, sugerimos el aumento del plazo de internación cautelar a sesenta días, plazo razonable y no muy distinto del anterior. Además de eso, una nueva ley de responsabilidad penal del adolescente o la reforma del ECA debe contemplar otras innumerables modalidades de restricciones cautelares de derechos que no incluyan la privación de libertad, como alternativas a

esta, como obligaciones de asistencia, restricciones de salidas los fines de semana, en determinados horarios o locales, semilibertad, etc.

La duración máxima de las medidas de internación es uno de los temas más complejos de la justicia juvenil. De conformidad con otras legislaciones iberoamericanas y europeas, se debe aplicar el principio de la proporcionalidad –atendiendo también al principio constitucional de la brevedad de la medida privativa de libertad–, y se debe considerar la posibilidad de aumentar el tiempo de cumplimiento de la medida socioeducativa en aquellos delitos más graves. Ciertamente, el tema debe ser objeto de amplia discusión entre los más diferentes sectores de la sociedad. Como punto de partida para el debate, sugerimos que la propuesta contemple edades comprendidas entre, los 12 y los 14 años, los 14 y los 16 años y los 16 y los 17 años, para las cuales, en caso de cometer delitos graves, pueda ser aplicada una pena juvenil superior, a ser cumplida en establecimiento específico para jóvenes adultos y siempre bajo la supervisión de la ejecución por el juez de infancia y juventud (Saraiva, 1999). La reforma también deberá estipular los límites mínimos y máximos entre los cuales el juez deberá fijar, siempre en un plazo exacto, el cumplimiento de la pena del adolescente.

Otro punto que debe ser reformado es la remisión prevista en los artículos 126 a 128 del ECA. Se debe reconocer el equívoco de la ley al corregir al instituto como lo hizo, comenzando por el propio nombre, originario del derecho penal brasileño. Se trata de una mala traducción de la palabra al portugués de las *Regras* de Beijing de la Organización de las Naciones Unidas, divulgadas en español. Sugerimos que el nombre del instituto deba ser cambiado por *renuncia al proceso*. Sin embargo, la aplicación de la renuncia al proceso a la confesión del adolescente, conforme lo exige la ley alemana de responsabilidad penal juvenil, debería ser condicionada. Además de eso, se debe exigir la presencia de un abogado y la aplicación de la renuncia debería ser la regla para los delitos practicados sin violencia o grave amenaza contra la persona (Saraiva, 1999).

La práctica de los juzgados de infancia y juventud indica, no raramente, casos de adolescentes que ya recibieron innumerables remisiones, lo que es, evidentemente, una distorsión de la utilización del instituto. Además, la ley no impide la concesión de remisión para delitos graves. Y hay casos excepcionales reportados de remisión concedida hasta en homicidios. Por otro lado, a pesar de los amplios argumentos jurídicos contrarios, notamos la aplicación de la internación-sanción del artículo 122, III del ECA en los casos de incumplimiento injustificado y reiterado de medida socioeducativa aplicada en el ámbito de remisión.

La remisión es aplicada en ausencia de abogado en el momento de la audiencia por el fiscal, frente a la ausencia de previsión legal. Por tanto, en la ley debe haber previsión expresa. Como se ha dicho anteriormente, podría ser prohibida la aplicación

de una segunda renuncia del proceso en un plazo razonable, tema objeto de amplia discusión por la sociedad. Finalmente, debería ser obligatoria la realización de un estudio psicosocial del adolescente y su entorno familiar, escolar y comunitario en todos los casos antes de la aplicación de la remisión.

Se revela imprescindible, para la completa ruptura con el paradigma de la situación irregular, la supresión en el artículo 174 del ECA de la posibilidad de internación cautelar del adolescente "para garantía de su seguridad personal". Para la garantía de la seguridad personal del adolescente está la familia, la comunidad y la escuela. Si estos fallan o no están en condiciones de garantizar esa seguridad, el Estado ofrece programas como el Ppcaam⁴ que busca, aunque precariamente por todas las dificultades presupuestarias, garantizar la seguridad de adolescentes amenazados. Como sabemos, el objetivo de la medida cautelar privativa de libertad es garantizar la seguridad de la víctima y de la instrucción procesal, no del imputado.

Finalmente, en lo que se refiere a la audiencia *informal* del artículo 179, realizada por el fiscal cuando el adolescente es arrestado en flagrante, es necesario modificar ese trámite procesal, *formalizándolo*, por así decirlo, especialmente por la exigencia de la presencia de abogado o defensor público cada vez que se produjera la referida audiencia con el fiscal, así como está propuesto en relación con la audiencia para decisión acerca de la renuncia del proceso (antigua remisión). También es necesario introducir en la reforma los dispositivos que obliguen a la policía a investigar el acto delictivo, pues la práctica jurídica apunta que la investigación se limita, la mayoría de las veces, a registrar la denuncia y enviarla al fiscal (a pesar de lo dispuesto en el artículo 152 del ECA en el sentido de aplicarse subsidiariamente la legislación pertinente, en este caso la procesal penal). Es fundamental, asimismo, garantizar al adolescente imputado la asistencia de la familia y de un abogado desde la comisaría de policía.

CONCLUSIONES

La idealización y la evolución de los sistemas judiciales de determinación de la responsabilidad del adolescente que comete un delito, a partir de principios del siglo XX, revelan la tendencia de reconocimiento jurídico internacional del adolescente como persona en desarrollo, merecedora de protección estatal. Como consecuencia, se consolidó en Europa y en América un movimiento por la creación de tribunales especializados en juzgar los delitos cometidos por menores de 18 años. El tratamiento judicial concebido originalmente, inspirado por tesis criminológicas, muchas de cuño biologicista, legitimó la forma de intervención discrecional sobre el adolescente, supuestamente para su protección, conducida por un juez de menores omnipotente,

⁴ Programa de Protección a Niños y Adolescentes Amenazados de Muerte, instituido por el Decreto n.º 6.231 de 11 de octubre de 2007.

por intermedio de un procedimiento desposeído de garantías procesales, en el que el adolescente y su defensor no tenían voz.

Las críticas a ese modelo de justicia juvenil dieron lugar a que, en función de decisiones judiciales, cambios legislativos e investigaciones en el campo de las ciencias sociales a partir de la década de 1960, dieron lugar a conferir a la intervención judicial sobre el adolescente las garantías de derechos fundamentales incorporadas al proceso penal de adultos. El movimiento reformador generó, en la mayoría de los países occidentales, un modelo judicial, todavía hegemónico, para responsabilizar penalmente al adolescente. Los tratados internacionales, especialmente en el ámbito de la ONU, tuvieron un papel preponderante en las reformas legales implantadas en diferentes países. Se puede sintetizar la contribución de la normativa internacional en esa materia en tres grandes ejes: primero, el énfasis en la necesidad de garantizar al adolescente todos los derechos fundamentales durante todo el procedimiento; segundo, el estímulo a la adopción de soluciones que eviten el proceso, en los casos en los que las circunstancias de la infracción y las condiciones del adolescente así lo aconsejen; tercero, la idea de que la privación de libertad debe ser utilizada como último recurso y durante el período más breve posible.

Aprobado bajo la influencia directa de la normativa internacional, el ECA, a pesar de sus innumerables avances, falló en lo que se refiere a la responsabilidad del adolescente por cometer el acto delictivo. La deficiente implementación del ECA y de la Ley 12.594 del Sinase, de 2012, que tiene que ver con la ejecución de las medidas socioeducativas, es innegable. El período de vigencia del modelo instituido posibilita un amplio material para realizar un análisis jurídico y empírico.

Se puede, así, contestar a la primera pregunta: ¿Qué informan las investigaciones sobre la aplicación del ECA? Estudios recientes señalan problemas operativos relevantes pues indican prácticas que no se ajustan al ECA, lo que sugiere la necesidad de control de los actos de jueces y fiscales. Sin embargo, no se trata únicamente de un problema operativo, sino también normativo. Así, se evidencia que la ley deja márgenes muy amplios de discrecionalidad, y requiere su sumisión a los principios y garantías constitucionales.

El segundo objetivo fue debatir la necesidad de reforma legal, a fin de que el procedimiento sea menos discrecional, limitando los márgenes de actuación dejados en manos de los operadores y los ajustes terminológicos necesarios para conferir la simetría con los institutos procesales; lo que daría más transparencia al procedimiento y a sus objetivos. La responsabilidad del adolescente debe ser proporcional a la gravedad de los delitos por él cometidos y de conformidad con su progresiva adquisición de autonomía como sujeto de derecho. Además de detectar las prácticas

que vulneran los derechos de los adolescentes, ¿qué reformas legales son necesarias para garantizar los derechos procesales del imputado y conferirle más transparencia al procedimiento sobre los objetivos instituidos por el ECA?

En resumen: i) aprobar una ley de responsabilidad penal del adolescente o introducir un capítulo en el ECA denominado *De la responsabilidad penal del adolescente*, manteniendo todas las garantías materiales y formales hoy presentes en la Ley y ampliándolas, ii) acabar con la *eufemización* promovida por el ECA, dando a los institutos jurídicos el *nomen juris* que recibieron en la dogmática penal y procesal penal, iii) definir que cabe al juez fijar en la sentencia el tiempo exacto de cumplimiento de la pena, iv) debatir el aumento del plazo de internación cautelar del adolescente, y establecer otras medidas cautelares restrictivas de derechos como alternativas a la privación de libertad, v) establecer las edades y prever sanciones penales al adolescente en conformidad con las referidas edades establecidas y proporcionalmente a la gravedad de los delitos cometidos, siempre con una determinación precisa de la duración de la pena y por un plazo máximo en las edades más avanzadas y en los delitos más graves, vi) renombrar el instituto de la remisión como renuncia del proceso. La presencia de abogado pasará a ser obligatoria en la fase procesal del ejercicio del principio de la oportunidad por el fiscal. La renuncia podrá ser limitada y aplicada solo a los delitos cometidos sin violencia o amenaza contra la persona, vii) abolir la internación cautelar del adolescente para garantizar su seguridad personal, viii) determinar la presencia de un abogado con el adolescente en todos los trámites procesales y preprocesales, frente al juez y al fiscal desde la fase policial.

Las propuestas presentadas a debate deben ser interpretadas en el contexto amplio de las políticas públicas de la infancia y de la juventud. En una perspectiva comparada, los desafíos van mucho más allá de la reforma legal y de la idealización del paradigma más ajustado para la protección del niño y del adolescente, reconocidos como sujetos de derechos. Los estudios empíricos evidencian que los modelos legales no siempre traen cambios en los patrones decisorios de todos los actores y organizaciones que participan en la implantación de las políticas públicas. Ciertamente, acciones efectivas demandan inversiones que sobrepasan el ámbito de las garantías procesales en la responsabilidad del adolescente. Y suponen cambios culturales de todos aquellos que participan en los diferentes modelos procesales para la defensa de los intereses del niño y del adolescente.

REFERENCIAS

Amaral, L. (1979). A atual problemática do menor. *Revista de Informação Legislativa*, 16(61), 83-126.

Andrade, A. (2011). Como são punidos os adolescentes. En R. Cruz Schietti (Org.), *Justiça Criminal: uma explicação simples* (pp. 77-86). Río de Janeiro: Lumen Juris.

- Andrade, A. y Machado, B. (2017). *Justiça juvenil: paradigmas e experiências comparadas*. Sao Paulo: Marcial Pons.
- Anitua, G. (2007). *História dos Pensamentos Criminológicos* (Trad. Sérgio Lamarão). Rio de Janeiro: Revan.
- Barreto, T. (1926). *Menores e Loucos*. Aracaju: Ed. do Estado do Sergipe.
- Beccaria, C. (1999). *Dos delitos e das penas*. Sao Paulo: RT.
- Bentham, J. (2002). *Teoria das penas legais e tratado dos Sofismas Políticos*. Sao Paulo: Edijur.
- Congreso de Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Congreso de Brasil (1990) Ley 8.069 de julio 13. Estatuto del niño y del adolescente. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm.
- Congreso de Brasil (2012). Ley 12.594 de enero 18. Instituye el Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase). Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm
- Congreso de Brasil (2007) Decreto 6231 de octubre 11. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6231.htm.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón* (Trad. A. Ibáñez, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero). Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (1999). *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime* (Trad. S. Melloni Farina). Campiñas: Bookseller.
- Foucault, M. (2007). *Vigiar e Punir: A História da Violência nas Prisões*. Rio de Janeiro: Vozes.
- García Méndez, E. (1998). *Infância e cidadania na América Latina*. Sao Paulo: Hucitec.
- Garofalo, R. (1997). *Criminologia* (Trad. D. Gonzaga). Campiñas: Péritas.
- Goffman, E. (1999). *Manicômios, prisões e conventos*. Sao Paulo: Perspectiva.
- Konzen, A. (2005). *Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Lombroso, C. (2001). *O homem delinquente* (Trad. M. Bleggi Tomasini y O. Corbo Garcia). Porto Alegre: Ricardo Lenz.
- Machado de Almeida, E., Hodja, A., Batista Sposato, K. y Kahn, T. (2002). Adolescentes suspeitos ou acusados de autoria de atos infracionais em São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (38), 165-209.
- Machado, B. (2012). Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, (45), 77-116.
- Machado, B. (2014). *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. Sao Paulo: Marcial Pons.

- Márquez, B. (2006). *Educación y prevención general em el derecho penal de menores*. Madrid: Marcial Pons.
- Minahim, M. (2014). ECA: *apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. (Série Pensando o Direito, n.º 26/2010). Brasília: Ministério da Justiça-UFBA- Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas.
- Saraiva, J. B. C. (2010). *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Saraiva, J. B. C. (1999). *Adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sheicara, S. (2008). *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Silva, E. y Oliveira, R. (2015). *O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários*. Brasília: IPEA.
- Souza, S. (2014). *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da Justiça do Distrito Federal*. (Tesis de Maestría en Derecho y Políticas Públicas), Brasília: Centro Universitário de Brasília-Uniceub.
- Sposato, K. (2013). *Direito Penal de Adolescentes*. Sao Paulo: Saraiva.
- Turollo, R. (25, 07, 2015). Em SP, jovem infrator passa de 'empático' a 'imaturó' em 1 mês. *Folha de São Paulo*, Sao Paulo, pp. B1-B3.
- Volpi, M. (2001). *Sem liberdade, sem direitos: A privação de liberdade na percepção do adolescente*. Sao Paulo: Cortez.
- Von Liszt, F. (1995). *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo* (Trad. C. Pérez del Valle). Buenos Aires: Granada.
- Zaffaroni, E. y Batista, N. (2011). *Direito Penal Brasileiro* (Tomo I). Río de Janeiro: Revan.