

Rosana Abella
Compiladora

Aportes de la Casa Bertolt Brecht



Medidas No Privativas de Libertad en Adolescentes



casa bertolt brecht

Abella, R. (compiladora) 2015.
«Medidas No Privativas de Libertad en Adolescentes».
Serie: Aportes de la Casa Bertolt Brecht.
Edición: Casa Bertolt Brecht.
Montevideo, Uruguay. 104 páginas.

Diagramación:
Salvador López.

Ilustraciones:
Henry Fernández Auscarriga

Casa Bertolt Brecht. Andes 1274. Montevideo, Uruguay.
C.P. 11.200.
T/F: (+598 2) 900 32 40.
info@cbb.org.uy.
www.cbb.org.uy.

Esta publicación fue apoyada con recursos de la Fundación Rosa Luxemburgo con fondos del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ).

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación citando la fuente correspondiente.

ÍNDICE

Presentación.

Rosana Abella5

Medidas no privativas de libertad: algunas voces uruguayas.

Rosana Abella, Tatiana Magariños, Verónica Silveira.9

Análisis comparado sobre la desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil.

Álvaro Castro Morales 39

Mesa de apertura del Seminario Regional: “Sistema Penal Juvenil.

Las Medidas No Privativas de Libertad en las Reformas Latinoamericanas”

UNICEF- Uruguay. Paolo Mefalopulos 63

Institución Nacional de Derechos Humanos.

Álvaro Colistro 66

¿Castigos alternativos o alternativas al castigo?

Las múltiples formas de reintegración social de los jóvenes desde los Derechos Humanos.

Mary Bellof 75

PRESENTACIÓN

Desde hace muchos años, la inseguridad pública es un tema recurrente en Uruguay y el miedo por la delincuencia se ha acrecentado de la mano de un discurso político conservador que encuentra su reflejo a nivel mediático. Por otra parte, la asociación entre inseguridad y adolescencia y juventud se vio reforzada en el último lustro, por un lado, por los actores que pedían bajar la edad de imputabilidad de 18 a 16 años y, por otro, el endurecimiento de penas por parte del Estado: por ejemplo, la posibilidad de un juez de dictar como pena adicional de un joven infractor la conservación de los antecedentes una vez cumplida la mayoría de edad, ley N° 18.778 reformulada en agosto de 2011, y la aprobación de la ley N° 19.055 de enero de 2013 que decreta la prisión no excarcelable por un año para los delitos graves, entre otros la rapiña.

Sin duda, la aprobación de estas leyes más punitivas quedó invisibilizada debido a que el debate sobre la baja de la edad de imputabilidad acaparó la agenda política y periodística referida a adolescentes en conflicto con la ley penal durante la campaña electoral de 2014. Sin embargo, estas medidas no dejaron de generar preocupación en el seno de organizaciones de defensa de los derechos humanos quienes manifestaron oportunamente su discrepancia. En febrero de 2015, previo a la asunción de un nuevo gobierno del Frente Amplio, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño - que tiene la función de examinar que se cumplan las obligaciones a las que se comprometieron los Estados Partes que ratificaron la Convención sobre los Derechos del

Niño - presentó sus recomendaciones al Estado uruguayo donde expresó su preocupación con la práctica de tortura y otros tratos inhumanos dirigidos hacia los niños privados de libertad en Uruguay, así como las nuevas leyes adoptadas que endurecen las penas para esta franja poblacional¹. En este sentido Luis Pedernera, coordinador del Comité de los Derechos del Niño en Uruguay afirmó:

“El presente documento de Observaciones y recomendaciones es presentado en una coyuntura especial en el país, pues desde el 1 de marzo asumirá un nuevo gobierno. En tal sentido las recomendaciones son un buen norte para avanzar en aquellos aspectos todavía deficientes en relación al respeto de los derechos del niño en el país. Queda mucho por avanzar en términos de institucionalidad, así como en derogar leyes profundamente regresivas aprobadas en el último período legislativo. Por otro lado es necesario hacer frente a las graves violaciones a los derechos humanos de los niños, los todavía cercanos episodios de tortura y malos tratos, nos indican que el país tiene una deuda pendiente en materia de investigación rápida, efectiva e imparcial así como medios idóneos de protección y reparación a las víctimas”².

El Comité recomendó asimismo al nuevo gobierno que “promueva medidas sustitutivas de la privación de libertad, como la remisión a procedimientos extrajudiciales, la libertad vigilada, la mediación, el apoyo psicosocial y los servicios a la comunidad, siempre que sea posible, y vele por que la privación de la libertad sea la medida de último recurso, tenga la duración más breve posible y se revise periódicamente con miras a su levantamiento”³.

1 Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados del Uruguay, aprobadas por el Comité en su 68 período de sesiones (<http://www.comitednu.org/wp-content/uploads/2015/04/OBSERVACIONES-FINALES-ESPAÑOL-CRC.pdf>).

2 Comunicado de Prensa, Ginebra-Montevideo, 10 de febrero de 2015, www.comitednu.org.

3 Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados del Uruguay,

En este contexto, a comienzos de 2015 la Casa Bertolt Brecht diseña e implementa el proyecto “*Alternativas al encierro y la criminalización adolescente*” que tuvo como principal cometido conocer la situación de las medidas no privativas de libertad en Uruguay, su uso en relación a sus opuestas medidas privativas de libertad y el grado de cumplimiento de la legislación nacional e internacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. Este proyecto se enmarca en la historia de la Casa de defensa de los derechos humanos, pero más directamente es un efecto de la participación en la Comisión Nacional NO a la Baja durante los años 2012- 2014, donde siempre las medidas no privativas se enunciaban como exitosas en la rehabilitación de menores sin cabal conocimiento de su evolución reciente.

Esta publicación muestra algunos resultados de este proyecto. En primer lugar un relevamiento por parte de un equipo técnico de la Casa, acerca de la situación actual de las medidas no privativas de libertad, que se expresa en el artículo “*Medidas no privativas de libertad: algunas voces uruguayas*”. Allí se muestra, entre otros, los actores públicos y privados que se encargan de implementar las medidas no privativas, el uso de estas medidas así como las dificultades de relacionamiento entre Estado y sociedad civil con una tendencia de dejar en manos del primero la gestión de las mismas.

En segundo lugar, el libro divulga las ponencias que expertos en sistema penal juvenil de la región presentaron durante el Seminario Regional en agosto de este año: “Sistema Penal Juvenil. Las Medidas No Privativas de Libertad en las Reformas Latinoamericanas”. La primera de ellas, denominada “*Análisis comparado sobre la desjudicialización y alternativas a la sanción privativa*

aprobadas por el Comité en su 68 período de sesiones (<http://www.comitednu.org/wp-content/uploads/2015/04/OBSERVACIONES-FINALES-ESPAÑOL-CRC.pdf>).

de libertad en la justicia penal juvenil”, fue dictada en el Centro Universitario Salto por el Dr. Álvaro Castro Morales, docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La segunda ponencia “¿Castigos alternativos o alternativas al castigo? Las múltiples formas de reintegración social de los jóvenes desde los Derechos Humanos”, fue expuesta en el Parlamento Uruguayo por la Dra. Mary Beloff, catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En ambas ponencias se muestra la especificidad de un sistema penal juvenil, evidenciando las distancias que aún existen en Uruguay para cumplir con las legislaciones internacionales. En esta dirección, se incluyen también los textos de la mesa de apertura que estuvo a cargo de representantes de UNICEF y la Institución Nacional de Derechos Humanos, instituciones que apoyaron el evento, el cual contó a su vez con el auspicio de la Fundación Rosa Luxemburgo de Alemania que nos acompañó a lo largo del año.

Durante el desarrollo del proyecto, el equipo de trabajo contó con el apoyo de muchas organizaciones, educadores, técnicos y referentes en el tema sistema penal juvenil, sin cuyos aportes esta publicación no habría sido posible. A todos y todas nuestro más profundo agradecimiento.

Probablemente, al finalizar la lectura quede la sensación que resta mucho por hacer... y si esto ocurre, el lector compartirá el sentir de la Casa Bertolt Brecht. Pero tenemos asimismo el compromiso y la responsabilidad, no solos sino con muchos compañeros de viaje, de seguir construyendo una sociedad más justa y solidaria donde el respeto a los Derechos Humanos sea, no solo un anhelo, sino una práctica concreta.

Rosana Abella

Casa Bertolt Brecht, Diciembre, 2015

MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ALGUNAS VOCES URUGUAYAS

Rosana Abella, Tatiana Magariños, Verónica Silveira¹

I. Presentación

Este artículo presenta los resultados de una exploración en el mundo de las medidas no privativas de libertad para adolescentes en conflicto con la ley en Uruguay.

Lo aquí expresado no pretende re-presentar a todas las organizaciones sociales que trabajan con adolescentes en medidas no privativas de libertad, que tienen identidades propias que las individualizan, ni a todas las personas entrevistadas con diversos conocimientos y convicciones, sino elaborar una síntesis, realizada por la Casa Bertolt Brecht (CBB), entre tantas posibles, de la información obtenida de las diversas fuentes consultadas.²

1 Integrantes de la Casa Bertolt Brecht y militantes de la Comisión Nacional No a la Baja. Licenciada en Trabajo Social, Licenciada en Ciencias de la Comunicación y Estudiante avanzada de Trabajo Social, respectivamente.

2 En el recorrido del trabajo hemos analizado información bibliográfica, realizado entrevistas a expertos en la temática, educadores, técnicos y profesionales de los programas de la sociedad civil que trabajan en la implementación de estas medidas así como a adolescentes que vivenciaron la misma. Por otro lado, se contactó a las instituciones del estado, que si bien presentaron algunas ideas sobre su gestión presente y futura y se logró realizar una entrevista al director nacional territorial y de gestión del INAU, las autoridades del SIRPA no aceptaron participar en el relevamiento sistemático de información por encontrarse “transitando un proceso refundacional”.

El trabajo contempla las voces de las seis organizaciones de la sociedad civil que tienen convenio con el Estado, de las cuales 2 desarrollan su trabajo en el interior del país, Proyecto Miguel Magnone de la Sociedad San Francisco de Sales en Salto y el Programa Opción de la Fundación Centro de Educación Popular en Canelones. En la capital trabajan los siguientes programas: Integrando del Movimiento Nacional Gustavo Volpe, Herramientas de Defensa de Niñas, Niños Internacional Montevideo (DNI), Alternativas de Vida y Educación y Renacer.

El Estado también ejecuta medidas no privativas de libertad. Actualmente estas medidas se implementan en Montevideo, San José y Canelones desde el Programa de Medidas Socioeducativas y Mediación (PROMESEM) dependiente del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA). En el resto del interior del país las medidas socioeducativas no privativas de libertad dependen de las direcciones departamentales de INAU, dirigidas por la dirección nacional territorial y de gestión. Al momento de escribir este artículo, se está procesando la separación del SIRPA del INAU, a partir de un proyecto de ley que el Poder Ejecutivo envió al Parlamento con miras a la creación del Instituto Nacional de Construcción de Ciudadanía Adolescente (INCCA). El INCCA será un servicio descentralizado que sustituirá al SIRPA.

II. Conceptualización de adolescencia

A los fines de este relevamiento se considera adolescente en el mismo sentido planteado en el art. 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) que expresa: “se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años”.

La variada bibliografía existente sobre adolescencia refiere a una etapa del ser humano marcada por cambios en todos los niveles: físicos, psicológicos y conductuales. Es la etapa en la que el individuo comienza un proceso gradual de integración a las normas de la vida adulta. Su sentido cambia junto con las transformaciones sociales que implican nuevas necesidades y su vivencia es diferente según el contexto cultural y social en que se transita la misma.

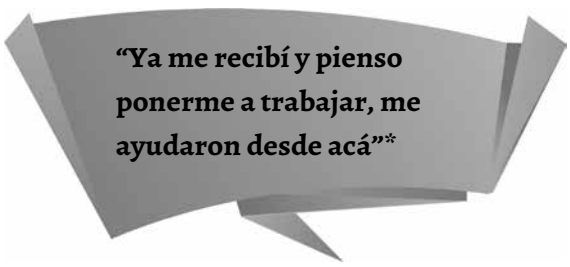
UNICEF define a esta etapa del ser humano considerando los siguientes factores:

Primero, se sabe que de la madurez física, emocional y cognitiva, entre otros factores, depende la manera en que cada individuo experimenta este período de la vida (...). Segundo, existen grandes variaciones en las leyes de los países sobre la edad mínima para realizar actividades consideradas propias de los adultos, como votar, casarse, vincularse al ejército, ejercer el derecho a la propiedad y consumir bebidas alcohólicas. El concepto de “mayoría de edad” –es decir, la edad a la cual el país reconoce como adulto a un individuo y espera que cumpla todas las responsabilidades propias de esa condición– también varía entre países. Antes de cumplir la mayoría de edad, se considera que la persona es “menor”. (UNICEF, 2011:8)

Esta afirmación refleja la inexistencia de una definición de adolescencia aceptada universalmente. En nuestro país, la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) en 1989 da inicio a un nuevo paradigma que considera al niño/a como sujeto de derecho. Hasta entonces, los niños eran concebidos como “(...) OBJETOS DE DERECHO

y no como SUJETOS DE DERECHO. La tutela ejercida sobre ellos, con la finalidad de su protección, supuso la pérdida de sus derechos individuales. Entre ellos, el de ser escuchados en cuanto a qué desean para su vida actual y su futuro”. (Bianchi, 2002:14)

Las leyes sobre infancia y adolescencia fueron revisadas en la década del 90 a partir de la ratificación por parte del Estado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el 28 de setiembre de 1990. Según Leopold (2013:21), “(...) el país se encontraba comprometido a actualizar sus marcos normativos en materia de infancia y adolescencia, conforme a las nuevas orientaciones hegemónicas de la Doctrina de la Protección Integral”.



“Ya me recibí y pienso ponerme a trabajar, me ayudaron desde acá”*

Y agregó, “(...) en este sentido, los parlamentarios tanto en los proyectos como en las enmiendas presentadas a lo largo del

período, reiteran la noción de que la filosofía que inspira la nueva legislación se orienta a sustituir el concepto de «menor» por el de «niño y adolescente». Al respecto, afirman que no se está ante un mero cambio de denominación, sino ante una nueva concepción acerca del niño y el adolescente, surgida en las últimas décadas, que reconoce en estos, a verdaderos «sujetos de derecho», entendidos como titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de persona humana y a quienes la familia, la sociedad y el Estado, deben asegurarles las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo requiere”. (ibid).

En esta misma línea, una integrante del Equipo Técnico de la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH) afirmó que “la Convención permitió una revisión de los niños y adolescentes como objeto de prácticas de los adultos, a la niñez y adolescencia como sujeto de derecho”.

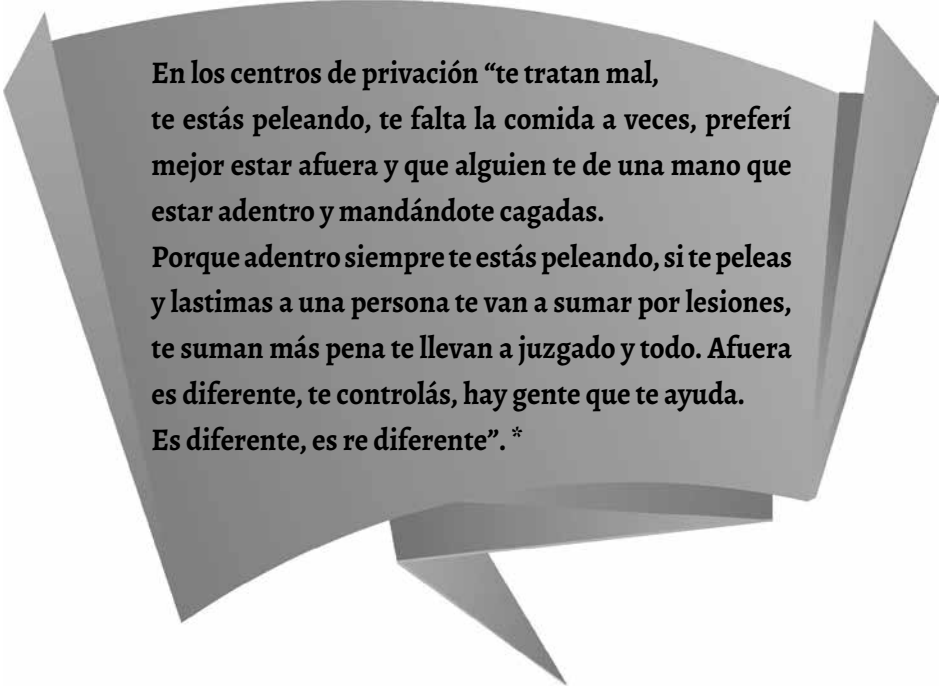
Esta nueva forma de ver al adolescente supone sin embargo un debate a nivel penal, según señala Luis Ferrari (2002:28), “El concepto de adolescente como sujeto de derechos no aparece en el ámbito penal tan claramente definido como en materia civil, como consecuencia de ello la concepción del Derecho Penal Juvenil como límite al poder punitivo del estado, en que los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad de la pena con el grado del injusto y culpabilidad sean los rectores, no ha terminado de consolidarse”.

En este sentido, Ferrari (2002) se plantea el debate sobre las penas que se les atribuyen a los adolescentes en conflicto con la ley. Los criterios utilizados para determinar una pena no son equitativos y muchas veces “se termina mensurando en función de elementos ajenos a la conducta del sujeto, dando lugar a la emergencia de un derecho penal de autor más que de acto, como cuando por ejemplo se fundamenta la aplicación de una medida de privación de libertad casi exclusivamente en la ausencia de ‘claros referentes familiares’”. (Ferrari, 2002:29).

III. ¿MEDIDAS ALTERNATIVAS O MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD?

El Código de la Niñez y la Adolescencia denomina a las medidas de penalización que no involucran el encierro como medidas *alternativas*.

No obstante, desde la CBB nos afiliamos a denominarlas *medidas no privativas* de libertad, en el entendido, que si la privación de libertad debe ser considerada como el último recurso, está última es la que debería considerarse como alternativa.



En los centros de privación “te tratan mal, te estás peleando, te falta la comida a veces, preferí mejor estar afuera y que alguien te de una mano que estar adentro y mandándote cagadas. Porque adentro siempre te estás peleando, si te peleas y lastimas a una persona te van a sumar por lesiones, te suman más pena te llevan a juzgado y todo. Afuera es diferente, te controlás, hay gente que te ayuda. Es diferente, es re diferente”. *

*La CBB optó por mantener el anonimato de los adolescentes porque considera que su identificación contribuye a la estigmatización de los entrevistados y podría afectar su proceso en el cumplimiento de su medida. La decisión de omitir los nombres responde también a lo que exige el CNA respecto a la identificación de menores de edad en los medios de comunicación. Se respeta el artículo 96 que sostiene: “Queda prohibida la identificación de la persona del adolescente por cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de la información sobre los hechos”.

La siguiente tabla presenta las medidas no privativas de libertad:

Tabla 1. Medidas no privativas de libertad para adolescentes en Uruguay

Medidas	Descripción
Advertencia	Formulada por el juez en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.
Amonestación	Formulada por el Juez en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción.
Orientación y apoyo	Incorporación a un programa socioeducativo a cargo del Instituto Nacional del Menor o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año. Los programas de orientación y apoyo tienen por finalidad incorporar paulatinamente al adolescente al medio familiar o grupo de crianza u otros grupos, así como a los centros de enseñanza y cuando corresponda, a los centros de trabajo.
Observancia de reglas de conducta	Prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda de seis meses.

<p>Prestación de servicios a la comunidad</p>	<p>Los trabajos en beneficio de la comunidad se regularán de acuerdo a las directivas que al efecto programe el Instituto Nacional del Menor.</p> <p>Preferentemente podrán realizarse en hospitales y en otros servicios comunitarios públicos. No podrán exceder de seis horas diarias. La autoridad administrativa vigilará su cumplimiento, concertando con los responsables de su ejecución, de forma que no perjudique la asistencia a los centros de enseñanza, de esparcimiento y las relaciones familiares, en todo lo cual se observará el cuidado de no revelar la situación procesal del adolescente.</p>
<p>Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima</p>	<p>En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.</p>
<p>Prohibición de conducir vehículos motorizados</p>	<p>Puede tener una duración máxima de dos años.</p>

<p>Libertad asistida</p>	<p>Obligación de concurrir a un programa público o privado por el tiempo que estipule el juez en la sentencia. El régimen de libertad asistida consiste en acordarle al adolescente el goce de libertad en su medio familiar y social. Será, necesariamente, apoyado por especialistas y funcionarios capacitados para el cumplimiento de programas educativos. El Juez determinará la duración de la medida. En cualquier momento de su ejecución la medida podrá ser interrumpida, revocada o sustituida, de oficio o a instancia de los actores habilitados y previa intervención del Ministerio Público y del defensor.</p>
<p>Libertad vigilada</p>	<p>La intervención es similar a la libertad asistida pero la supervisión sobre el adolescente es mucho más intensa. El régimen de libertad vigilada consiste en la permanencia del adolescente en la comunidad con el acompañamiento permanente de un educador, durante el tiempo que el Juez determine.</p>

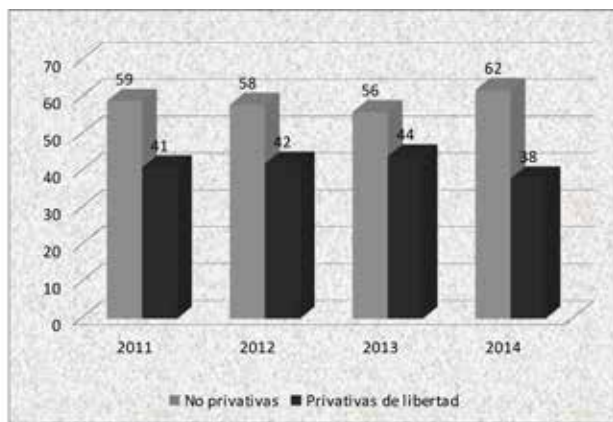
Fuente: elaboración propia en base a los artículos 80 a 84 del CNA.

IV. ALGUNAS CIFRAS³

En el 2014 existieron 1440 sentencias condenatorias de adolescentes en todo el país según datos del Departamento de Estadísticas del Poder Judicial. De los mismos, un 62% fueron derivados a una medida no privativa de libertad mientras que al 38% restante se le impuso la privación de libertad. Si observamos los últimos cuatro años podemos constatar que el 2014 es el año con menor cantidad de sentencias condenatorias siendo el pico máximo en 2013, con 1772 sentencias, mientras que en 2011 y 2012 se registraron 1730 y 1702 respectivamente.

La evolución de las sentencias por tipo de sanción, no privativa o privativa de libertad, se mantiene en el período relativamente constante salvo el descenso de 6 puntos porcentuales en 2014.

Gráfica 1: Sentencias de condena por tipo de sanción, en porcentajes
Total de País

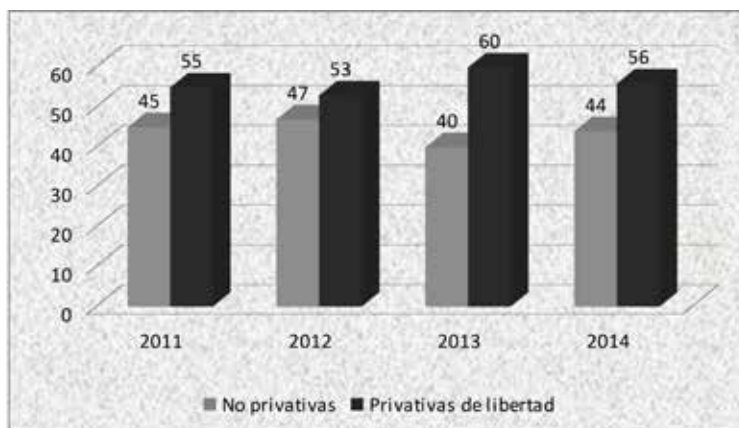


³ La fuente utilizada para obtener los datos fue el Departamento de Estadísticas de la División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. La totalidad de gráficas y cuadros son de elaboración propia a partir de la mencionada fuente.

Si se analiza lo sucedido en Montevideo se puede observar que el 2014 fue también el año con menor número de condenas, 518, siendo el pico máximo en 2011 con 903.

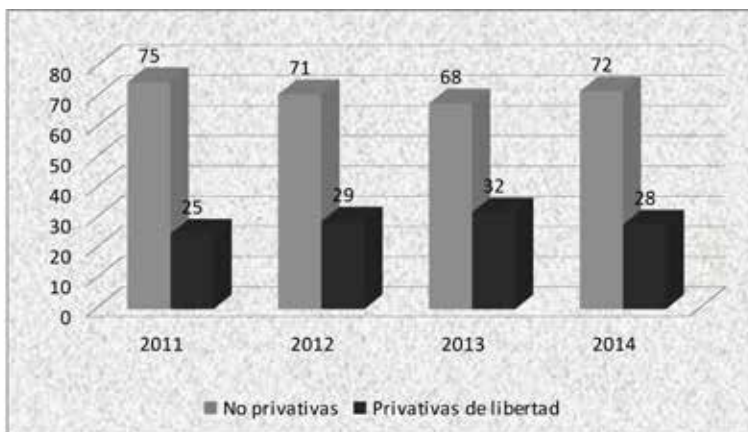
En relación al tipo de sanción existe una diferencia entre Montevideo y el Interior del país. Tal como muestra la gráfica 2, en Montevideo las medidas privativas de libertad primaron sobre las medidas no privativas.

Gráfica 2: Sentencias de condena por tipo de sanción, en porcentajes
Montevideo



En el interior del país, el 2012 fue el año con menos sentencias condenatorias, 821 y el mayor del período el año 2013 con 1047 condenas. En relación al tipo de sanción, durante estos cuatro años las medidas no privativas han sido más utilizadas que las medidas privativas de libertad. La gráfica 3, da cuenta de la realidad mencionada.

Gráfica 3: Sentencias de condena por tipo de sanción, en porcentajes
Interior



El cuadro n° 1 muestra que en lo referente a la relación al tipo de delito, en el período 2011 – 2014, existe una marcada diferencia entre Montevideo y el Interior del País. En Montevideo, rapiña es el delito por el que mayor número de adolescentes fue sentenciado mientras que en el Interior del país fue hurto. La tendencia se revierte al considerar el segundo delito, ya que el hurto aparece en Montevideo y la rapiña en el Interior. El tercer delito por el que son condenados en Montevideo no presenta una constante, en 2011 se trató de lesiones personales, en 2012-2013 homicidio y en 2014 receptación. En el Interior, se configura la misma situación en los diversos años siendo el delito de receptación el que ocupa el tercer lugar en número de sentencias condenatorias.

El mencionado cuadro sintetiza los delitos por los cuales fueron sentenciados los jóvenes en el período de referencia.

Cuadro n°1: Tipos y frecuencia de delito, Montevideo e Interior 2011-2014

	2011		2012		2013		2014	
	Mdeo	Interior	Mdeo	Interior	Mdeo	Interior	Mdeo	Interior
Rapiña	642	192	445	193	379	237	252	156
Hurto	119	459	248	432	187	548	147	525
Lesiones personales	46	28	19	29	28	18	12	16
Homicidio	42	11	47	14	31	16	20	13
Receptación	22	41	45	39	22	82	27	82
Estupefacientes	12	15	23	30	11	26	19	33
Riña	5	2	8	0	7	15	0	2
Atentado violento al pudor	4	6	7	6	6	12	4	15
Lesiones graves	4	8	4	25	12	30	14	10
Violación	1	5	0	6	5	5	0	4
Violencia privada	2	10	6	4	6	10	4	10
Otros	17	50	29	43	31	48	19	56
Total	916	827	881	821	725	1047	518	922

Si se observan las sentencias de condena relacionadas con el tipo de sanción aplicada se ve claramente la incidencia de la ley n°19.055⁴ en la privación de libertad de los adolescentes: el cuadro n° 2 detalla el tipo de pena aplicada en Montevideo, privativa o no privativa, en función del tipo de delito por el que fueron sancionados los adolescentes en el período 2011- 2014.

Cuadro n° 2: Tipo de medida según delito en Montevideo, en porcentajes

	2011 (*)		2012		2013		2014	
	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad
Rapiña	37	62	33	67	15	85	10	90
Hurto	72	24	67	33	80	20	88	12
Lesiones personales	70	30	74	26	54	46	83	17
Homicidio	10	90	2	98	3	97	0	0
Receptación	77	23	69	31	82	18	89	11
Estupefacientes	75	25	39	61	64	36	47	53
Riña	80	20	100	0	85	15	0	0
Atentado violento al pudor	75	25	86	14	83	17	0	100
Lesiones graves	50	50	75	25	75	25	64	36
Violación	0	100	0	0	0	100		0
Violencia privada	50	50	100	0	100	0	100	0

(*) No se consideran 13 casos que figuran sin medidas

4 Esta ley establece un régimen especial para adolescentes mayores de quince y menores de dieciocho años. La misma sustituye artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia determinando, entre otras cosas: que la privación de libertad cautelar será preceptiva hasta el dictado de la sentencia definitiva, la privación de libertad por un período no menor a un año para las infracciones gravísimas entre las que figura la rapiña,

En lo que refiere al Interior del país, expresado en el cuadro n°3, se puede verificar que los delitos por los que más se derivó a medidas no privativas fueron: receptación, hurto y lesiones personales

Cuadro n°3: Tipo de medida según delito en el Interior, en porcentajes

	2011		2012		2013		2014	
	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad
Rapiña	40	60	39	61	16	84	13	87
Hurto	89	11	87	13	85	15	87	13
Lesiones personales	79	21	83	17	94	6	81	19
Homicidio	46	54	14	86	19	81	23	77
Receptación	95	5	92	8	90	10	88	12
Estupefacientes	73	27	33	67	62	38	58	42
Riña	50	50	0	0	100	0	100	0
Atentado violento al pudor	84	16	67	33	75	25	87	13
Lesiones graves	100	0	76	24	87	13	70	30
Violación	20	80	50	50	60	40	0	100
Violencia privada	70	30	50	50	70	30	90	10

la elevación preceptiva de las actuaciones al Juzgado Penal de turno a efectos de que éste convoque a los representantes legales del adolescente para determinar su eventual responsabilidad en los hechos, etcétera.

V. ¿QUÉ DICEN ALGUNAS VOCES URUGUAYAS?

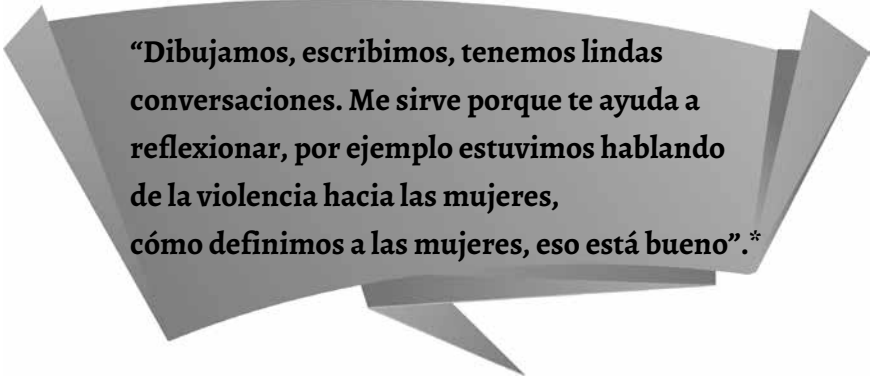
Según lo relevado por la CBB, los adolescentes condenados a medidas no privativas de libertad son mayoritariamente varones, de entre 15 y 17 años, detenidos por delito de rapiña o hurto, de nivel socioeconómico medio-bajo, desvinculados por distintas razones desde hace más de un año del sistema educativo (en general cumplieron hasta primer o segundo año de secundaria). También hay casos de quienes ya cumplieron una parte de la medida por otro tipo de delito o reincidencia en medidas privativas (intento de homicidio, homicidio, por ej.) y actualmente se encuentran asistiendo a una ONG u otro programa para terminar de cumplir la medida en la modalidad “libertad asistida” por un período de entre un mes y seis meses.

Actualmente los programas u organizaciones que trabajan con estas medidas centran su labor en la responsabilización del delito a través de un trabajo interdisciplinario con el adolescente pero sin dejar de lado la restitución básica de derechos, debido en general a la vulnerabilidad que caracteriza a esta franja poblacional en conflicto con la ley.

“La dinámica es poder trabajar con el chiquilín en esa situación delictiva, y poder trascenderla, e insertarlo en ámbitos más saludables de diferente índole”. Entrevistado/a.

La forma de abordar el trabajo con los adolescentes por parte de los técnicos tiene que adaptarse y encuadrarse en función de las distintas características que reagrupan a los usuarios en cada programa (delitos, contextos, geografía). Pero más allá de esas especificidades propias de cada programa, la CBB identificó un objetivo común: trabajar la responsabilización penal del adolescente.

El delito y la responsabilización se trabajan de forma individual con el joven y no de forma grupal ni con su familia. En los casos de los programas cuya especificidad es incluir el trabajo grupal o en algunos casos a la familia, se deja ese tema para trabajar de manera individual y se aprovecha el grupo para tratar otras temáticas de interés para esta franja poblacional: violencia, familia, amor, entre otros.



“Dibujamos, escribimos, tenemos lindas conversaciones. Me sirve porque te ayuda a reflexionar, por ejemplo estuvimos hablando de la violencia hacia las mujeres, cómo definimos a las mujeres, eso está bueno”.*

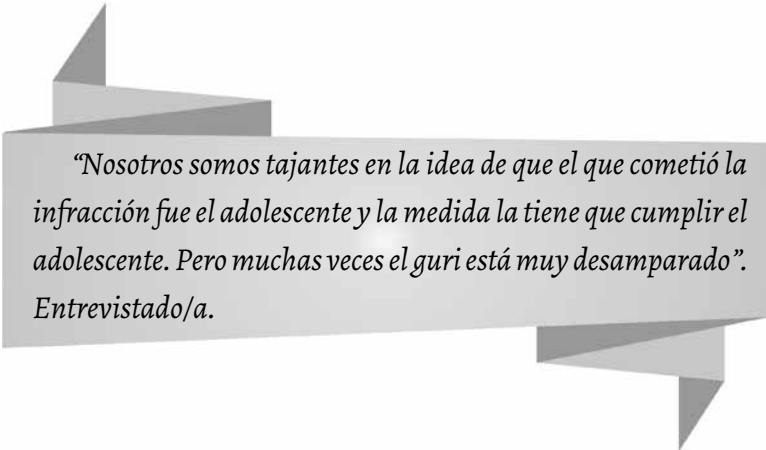
Frente a las preguntas de “¿qué hace un adolescente cuando viene? ¿cómo se trabaja con él?”, las respuestas presentaron una serie de pasos indispensables para realizar la tarea, dejando siempre clara la cuestión del trabajo con ese adolescente específico, en función del proyecto que con él pudieran trazar. “Nosotros trabajamos fundamentalmente el tema de la responsabilidad acerca de la infracción cometida”, explicó uno de los

entrevistados/as. “Nosotros trabajamos a nivel penal, es una sanción, una medida de control”, aseguró otro/a.

La importancia de centrarse en la aplicación de la medida penal para que el adolescente sea consciente de que está cumpliendo una pena resulta primordial en este tipo de trabajo. Se intenta “que a partir de la infracción pueda reflexionar sobre qué cosas puedo o no hacer, puedo modificar, de qué depende, analizar el daño causado, ponerse en el lugar del otro. Pero siempre dentro del marco de que están cumpliendo una medida”.

En este sentido, uno de los entrevistados/as aseguró: “nos dimos cuenta que tomando al adolescente únicamente como víctima también reproducíamos la doctrina. Entonces si te parás desde el lugar de construir su responsabilidad, modificas la manera en que uno visualiza al otro y también hace al lugar que vos lo colocas. No está solo para que le den, su aporte es necesario”.

En todos los programas se cuenta con al menos un psicólogo, un trabajador social, un educador social, un referente judicial y en algunos



*“Nosotros somos tajantes en la idea de que el que cometió la infracción fue el adolescente y la medida la tiene que cumplir el adolescente. Pero muchas veces el guri está muy desamparado”.
Entrevistado/a.*

casos también se cuenta con maestras o talleristas. Se contempla, sin embargo, recurrir a otro tipo de disciplina en caso de que se considere que aporte a dinamizar el proceso de responsabilización del adolescente.

En todas las organizaciones, al iniciar el trabajo con el adolescente se aborda la restitución básica de derechos⁵. Las organizaciones plantean miradas muy críticas que refieren al vacío de otras instituciones en cuanto a las garantías de esos derechos previo a la judicialización del adolescente. Por ejemplo, muchos llegan a cumplir su pena sin tener cédula de identidad.

Para los técnicos que trabajan con este tipo de medidas es muy importante no caer en el asistencialismo pero, debido al tipo de adolescentes con los que se trabaja: en general alejados del sistema educativo y laboral, y en situación de vulnerabilidad de derechos, “se mezcla lo punitivo con el asistencialismo, porque de repente vos tenés un chiquilín que viene y te dice que no comió en todo el día, entonces vos terminás comprándole un refuerzo y ahí estás cayendo en el asistencialismo”, comentó un entrevistado/a.

En todos los casos, el trabajo implica la construcción de un proyecto acorde al sujeto. Plantean para ello una mirada crítica, rigurosa y personalizada. Además, se trabaja tomando en cuenta el entorno de la vida del adolescente, realizando entrevistas en el hogar, con los referentes del adolescente, articulando recursos del sitio donde vive y estableciendo contacto con diversos centros en los que podría potencialmente participar el joven.

⁵ En lo relativo al derecho a la identidad, derecho a la salud y derecho a la educación.

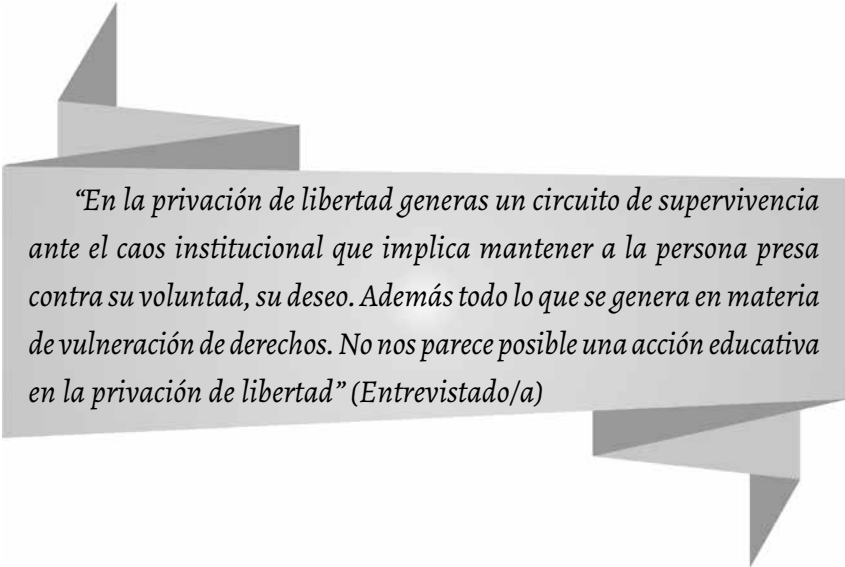
VI. ¿POR QUÉ SON NECESARIAS LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS?

“Porque es casi imposible generar cosas nuevas desde la privación de libertad, que tiene una lógica muy perversa”
Entrevistado/a

Lo dice la ley: El CNA establece en su artículo 76.12 que en las sentencias definitivas a adolescentes en conflicto con la ley, “la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. A su vez determina que el juez “deberá fundamentar por qué no es posible aplicar otra medida distinta a la de privación de libertad”. El reciente endurecimiento de penas, mencionado anteriormente plantea la inquietud sobre un eventual auge de un sistema penal cada vez más punitivo en contraposición a lo que dice la ley. “Es una corriente global que se vuelca hacia un sistema con un control social cada vez más punitivo”, comentó uno de los entrevistados/as.

Evita la tortura: Según el *Informe Anual 2014 Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura publicado por la Institución de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo*, el mayor riesgo del encierro es que en las cárceles se genera la situación proclive para el uso de la tortura como mecanismo de “sometimiento” ya sea entre los reclusos y las autoridades como entre los mismos presos (INDDH, 2014: 5). “Es en estos lugares, donde las personas

se encuentran a expensas de otras en una forma tan intensa, que se crea una relación de poder y sometimiento que no se visualiza en ningún otro lugar institucional o servicio público”. El hacinamiento - uno de los principales problemas actuales de las cárceles - y la escasa actividad que tienen los jóvenes encerrados no permite su desarrollo personal y genera situaciones de violencia que repercuten mismo luego del egreso. “Como consecuencia de todo esto se generan espacios propicios para la existencia de incidentes de maltrato y/o abuso entre los propios jóvenes como así también con los funcionarios responsables de su custodio y atención de sus demandas” (Ibid.: 30).



“En la privación de libertad generas un circuito de supervivencia ante el caos institucional que implica mantener a la persona presa contra su voluntad, su deseo. Además todo lo que se genera en materia de vulneración de derechos. No nos parece posible una acción educativa en la privación de libertad” (Entrevistado/a)

Combate la exclusión y apuesta a crear vínculos con la sociedad: Según se informó a la CBB, por parte del INAU se incentiva a jueces y fiscales la implementación de medidas no privativas de libertad porque es una

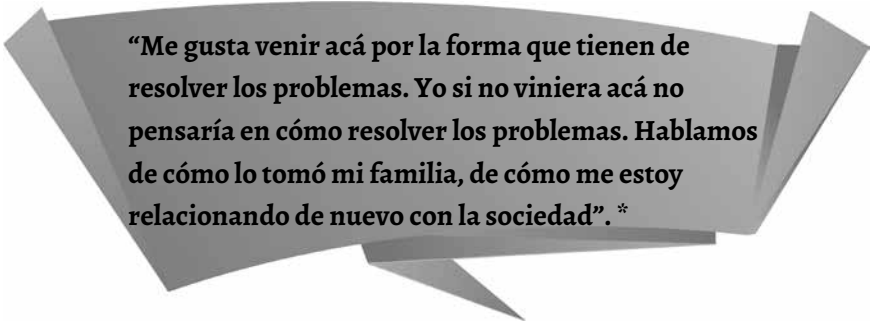
forma de evitar la exclusión que en general se fortalece con el encierro. “Me parece que es la mejor alternativa en esto de dar oportunidades y de poder trabajar una situación delictiva, me parece que da mejor resultado manteniéndose en la sociedad, que encerrando una persona”, comentó el entrevistado/a. “Esto de la exclusión, de no sentirse parte de algo, de no tener. Debe haber otros elementos que llevan a cometer la infracción. En ese caso varía mucho, hay que trabajar en el uno a uno, y la mejor manera es estando en la sociedad, con su entorno, vinculándose es como se puede trabajar esto”, afirmó.

En esta misma línea, uno de los técnicos consultados dijo: “La privación tiene que ser el último recurso en un adolescente, no puede perder sus

“Me trataron a golpes. Ellos me hicieron salir de casa engañado, como que afuera había un compañero mío esperándome. Y ahí como cuando me di cuenta disparé para adentro me agarraron”. Había robado cinco motos. En el calabozo estuve 7 horas sin comer y tomar agua, solo me dejaban ir al baño. Estuve dos días sin comunicarme con nadie. No me dejaban, Después de pasar dos noches en la comisaría dormí una noche en el INAU, siguiendo incomunicado”.
“(…) por disparar fue peor todavía. Fueron más malos conmigo por eso, te golpean más, te preguntan por qué disparaste y seguían golpeando con puños. Tres policías me pegaban, yo hacía fuerza con uno y el resto me pegaba ahí”.*

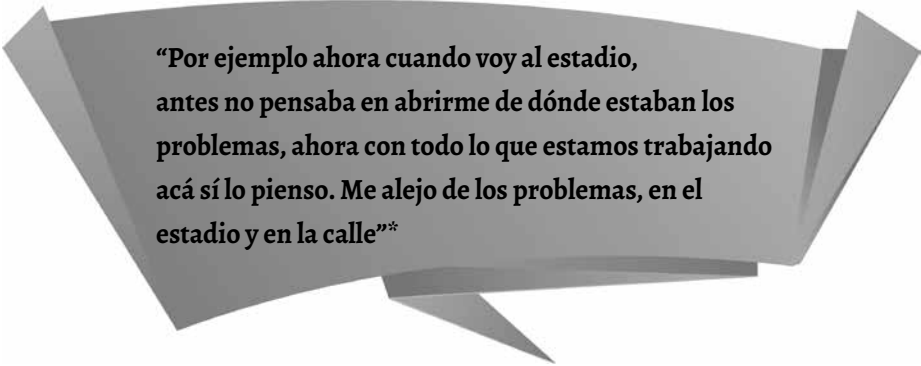
vínculos, su familia, su entorno, la privación de libertad acentúa ese lugar de identidad”.

La privación da más herramientas para el delito: “Con la privación lo que hacemos es congelar el problema, cuando no dotas al chiquilín de más herramientas para el delito”, respondió una de los entrevistados/as cuando se le preguntó por qué se necesitan aplicar este tipo de medidas.



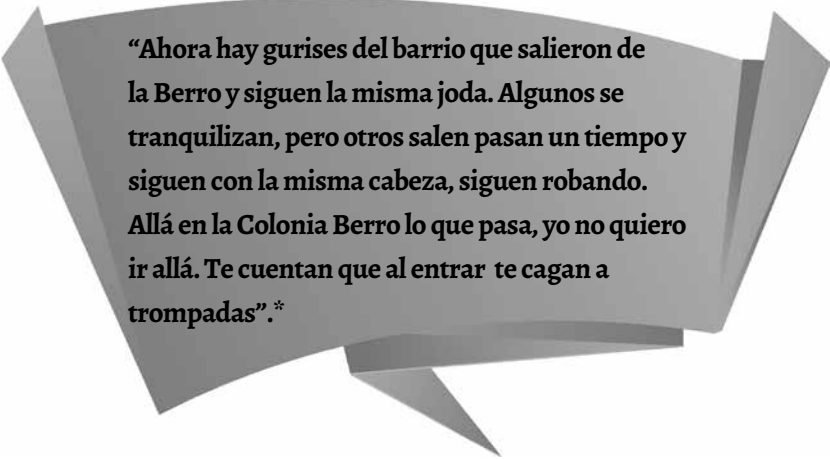
“Me gusta venir acá por la forma que tienen de resolver los problemas. Yo si no viniera acá no pensaría en cómo resolver los problemas. Hablamos de cómo lo tomó mi familia, de cómo me estoy relacionando de nuevo con la sociedad”. *

Oportunidad de reparar: “El adolescente tiene que tener la posibilidad de reparar lo que cometió, reparar para él y para la sociedad y eso creo que de forma ambulatoria puede darse perfectamente”, afirmó un entrevistado/a.



“Por ejemplo ahora cuando voy al estadio, antes no pensaba en abrirme de dónde estaban los problemas, ahora con todo lo que estamos trabajando acá sí lo pienso. Me alejo de los problemas, en el estadio y en la calle”*

Menos reincidencia: los datos internacionales ilustran que las penas no privativas tienen menores tasas de reincidencia que la privación de libertad. “La cárcel está demostrado son escuelas de crimen, y de deterioro de la persona, no se puede esperar que salga algo bueno de la cárcel”, concluyó un especialista en la temática.



“Ahora hay gurises del barrio que salieron de la Berro y siguen la misma joda. Algunos se tranquilizan, pero otros salen pasan un tiempo y siguen con la misma cabeza, siguen robando. Allá en la Colonia Berro lo que pasa, yo no quiero ir allá. Te cuentan que al entrar te cagan a trompadas”.*

VII. A MODO DE CIERRE

Una vez finalizado este relevamiento la CBB considera necesario seguir trabajando en la temática para aportar a la visualización de las medidas no privativas de libertad existentes en Uruguay procurando alejar a la sociedad de la idea dominante de que la cárcel es la solución a los problemas de inseguridad.

En esta línea se sugieren las siguientes propuestas:

- Generar acciones que posibiliten derogar la ley N° 19.055 que vulnera los derechos humanos de los niños y adolescentes uruguayos.
- Establecer una única Institución responsable del Sistema Penal Adolescente.
- Realizar un seguimiento del anteproyecto de ley del Instituto Nacional de Construcción de Ciudadanía Adolescente (INCCA) para supervisar que el mismo no vulnere los derechos humanos de los adolescentes.
- Promover un cambio cultural contra la privación de libertad como modalidad por excelencia para una sanción penal.
- Incentivar el desarrollo de investigaciones académicas sobre la efectividad del uso de medidas no privativas de libertad en adolescentes.
- Generar espacios de discusión y debate, entre Estado y sociedad civil, sobre las medidas no privativas de libertad con la finalidad de legitimar socialmente a las mismas.
- Fomentar el diseño de sistemas de recolección de información que permitan a las autoridades tomar decisiones informadas y calificadas.
- Informar a la sociedad de los avances en lo relativo a las medidas no privativas de libertad como forma de ir integrando a las mismas como una sanción penal.
- Estudiar, analizar e innovar metodológicamente en la ejecución de las medidas no privativas establecidas en el artículo 80 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

VIII. ENTREVISTADOS/AS

Aintablián, Paula; Programa Opción de la Fundación Centro de Educación Popular en Canelones.

Bilbao, Fabián; Programa Alternativas de Vida y Educación.

Cheroni, Ariadna; Institución Nacional de Derechos Humanos.

Falca, Susana; Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano.

Fumeiro, Juan; Comité de los Derechos del Niño, DNI.

Lapeyre, Diego; Dirección Nacional de Territorio y Gestión- INAU.

Larrama, Angela; Programa Herramientas de Defensa de Niñas, Niños Internacional Montevideo (DNI).

Minutti, Lucía; Proyecto Miguel Magnone de la Sociedad San Francisco de Sales en Salto.

Noble, Yeni; Programa Integrando del Movimiento Nacional Gustavo Volpe.

Pedernera, Luis; Comité de los Derechos del Niño, IELSUR.

Vázquez, Elena y Fernández, Delia; Renacer.

Vernazza, Lucía; UNICEF.

10 adolescentes que cumplen o que han cumplido con medidas no privativas de libertad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Bianchi, R (2002) La infancia y el paradigma ilustrado. En: Bianchi, R.; G. Brunetto; L. Ferrari; B. Aristimuño y J. Bertinat (2002) *Legislación nacional en materia de infancia. ¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho? ¿Intervención tutelar o derecho penal?* Serie Intercambios n.º 4. Montevideo: UNICEF. http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Intercambios_4_WEB.pdf Accesado 22.11.15
- Código de la Niñez y la adolescencia Uruguay (2004) (Ley 17.823) Recuperado: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17823&Anchor=> Accesado 22.11.15
- Ferrer, L. (2002) De la punición tutelar al derecho penal de mínima intervención en materia juvenil. En: Bianchi, R.; G. Brunetto; L. Ferrari; B. Aristimuño y J. Bertinat (2002) *Legislación nacional en materia de infancia. ¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho? ¿Intervención tutelar o derecho penal?* Serie Intercambios n.º 4. Montevideo: UNICEF. http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Intercambios_4_WEB.pdf, accesado 22.11.15
- INDDHH (2014) Informe Anual 2014 Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Montevideo: Mastergraf SRL.
- Leopold, S. (2013). *Los laberintos de la infancia*. Montevideo: Ediciones Universitarias.
- UNICEF (2011). *Estado Mundial de la Infancia: La Adolescencia una época de oportunidades*. Nueva York: UNICEF.



ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LA DESJUDICIALIZACIÓN Y ALTERNATIVAS A LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Álvaro Castro Morales¹

Mi exposición tiene por objeto describir el sistema comparado en materia de desjudicialización y las alternativas a la sanción privativa de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil.

I. EL ADOLESCENTE, UNA PERSONA ESPECIAL

Antes de desarrollar los tópicos mencionados me gustaría analizar una cuestión preliminar que alude a por qué los jóvenes necesitan un estándar de ejecución especial, por qué no basta con el derecho penal de los adultos, por qué es necesario establecer un sistema que tenga ciertas consideraciones con respecto a los adolescentes.

La razón de por qué es necesario un juzgamiento especial gira en torno a estudios desarrollados en tres disciplinas: la psicología del desarrollo, la neurociencia y la criminología. Esta alianza empírica que se ha levantado a través de estas disciplinas permite explicar por qué estamos en presencia de un sujeto especial que necesita de un sistema penal diferente al de los adultos.

¹ Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctor en derecho, Universidad Ernst-Mortitz- Arndt- Greifswald en Alemania.

¿Qué es lo que plantean estos estudios? Los estudios de la psicología del desarrollo entregan las siguientes ideas: i. los adolescentes tienen menor capacidad cognitiva para entender y razonar. ii. Tienen menor capacidad de juicio y de autocontrol. iii. Tienen perspectivas de tiempo distintas, por ejemplo, a los adolescentes no les interesa el futuro, les interesa el aquí y el ahora. iv. En la conducta juvenil hay una gran influencia del grupo de pares. Los adolescentes, en su búsqueda identitaria, necesitan confirmar su identidad con los pares, participar en un grupo, ser aceptados por el grupo. Por este motivo el grupo ejerce una influencia gravitante en el comportamiento juvenil. v. Tienen mayor sensibilidad y cuando son sometidos al proceso penal se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad, razón por la cual, sufren de estrés, depresión, además de una permanente sensación de peligro.

¿Qué plantea la neurociencia? La neurociencia ratifica los estudios de la psicología. En la década de los 90, en base a estudios del cerebro juvenil, se descubrió que la parte frontal juega un importante rol, los especialistas nos explican que ahí se encuentra el “*director de orquesta*”, es decir, la función ejecutiva, el control cognitivo, el razonamiento lógico y las conclusiones de costo y beneficio a largo plazo. Cuando los adultos piensan en el futuro, prevén las consecuencias de sus actos, piensan en los costos y en los beneficios que tiene su conducta. ¿Qué es lo novedoso? Que esta parte del cerebro humano es la última que madura. En efecto, esta parte del cerebro madura entre los 20 y los 25 años y por lo tanto desde los 25 años hacia delante una persona debería estar en condiciones de mirar hacia el futuro, prever las consecuencias de sus actos, diferenciar lo bueno de lo malo, ser responsable y comportarse como un adulto.

¿Qué es lo que plantea la criminología? Lo primero que nos plantea la criminología es acerca del carácter episódico de la delincuencia juvenil. Como decía Borges, la juventud es una enfermedad que se cura con el tiempo. La delincuencia juvenil también se cura con el tiempo, y dentro de esta etapa de la vida, la delincuencia es un factor que los expertos consideran normal. El segundo aspecto es que el contacto con el sistema genera riesgos criminógenos. Como explica la teoría del *labeling approach* desarrollada por la criminología cuando un adolescente tiene contacto con el sistema existen posibilidades no sólo de discriminación, sino también de etiquetamiento, es decir, al tratar al adolescente como un delincuente, se incrementa el riesgo de que él termine comportándose como tal. Un tercer aspecto se relaciona con las respuestas que funcionan dentro del sistema de justicia y que realmente tienen impacto y generan cambios de vida en los adolescentes delincuentes. Estas medidas son las especializadas, breves, multidimensionales y que se ejecutan fuera del sistema penal. Las medidas que tienen estas características son mucho más efectivas que la respuesta tradicional que el sistema penal ha desarrollado para el caso de la delincuencia.

En base a estos estudios desarrollados por la psicología, la neurociencia y la criminología, podemos entender por qué estamos en presencia de una persona especial, y por qué se necesita de un sistema penal juvenil.

II. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA PENAL JUVENIL

¿Cuáles son las particularidades que tiene que tener un sistema penal juvenil para poder satisfacer la exigencia de juzgamiento especial?

Existen cinco ejes básicos que un sistema penal juvenil moderno debe contemplar acordes con la Convención de los Derechos del Niño y las recomendaciones desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos: Reglas de Beijing, Reglas de Tokio, Reglas de La Habana para los adolescentes privados de libertad.

II.1. EJES DEL SISTEMA PENAL JUVENIL

El primer eje se centra en la estructura general del procedimiento. El segundo eje en el reforzamiento del debido proceso. El tercer eje se focaliza en la diversificación de respuesta y desestimación de casos. El cuarto eje alude al amplio catálogo de sanciones donde primen las sanciones no privativas de libertad y donde el encierro sea el último recurso. El último eje se centra en la especialidad en la ejecución de las sanciones penales.

A continuación abordaremos los tres primeros ejes. Para el análisis de los dos últimos ejes necesitaríamos más tiempo, razón por la cual, no serán considerados en lo que resta de la exposición.

II.1.1. Estructura penal del proceso, ¿qué es lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos? Plantea que el proceso penal de los adolescentes tiene que ser flexible y liviano. Las reglas de Beijing hablan de la rapidez del proceso penal, de una legislación no rígida, que otorgue discrecionalidad a las autoridades.

¿Cómo se materializa esta flexibilidad y este carácter liviano que tiene que tener el proceso penal de los adolescentes? Se puede desarrollar a través

de tres estrategias: i. con la simplificación procesal, la idea es eliminar o concentrar las etapas de los adultos para hacer todo más rápido y flexible, ii. estableciendo plazos más breves, iii. rediseñando los mecanismos de impugnación de decisiones para lograr decisiones más rápidas.

Es importante dentro de la arquitectura del proceso la protección de la privacidad. Los estándares internacionales plantean que durante el proceso penal, independientemente de la etapa en que nos encontremos -esto es desde el momento de la detención hasta que se ejecuta la sanción penal juvenil- se tiene que respetar la vida privada de los adolescentes. El propósito de esto es evitar la estigmatización, favorecer el acceso del adolescente a la educación, al trabajo y conservar la seguridad.

En los procesos penales modernos de adultos, de corte acusatorio, la regla general es la publicidad. Sin embargo, en el mundo de los adolescentes vamos a encontrar la excepción, es necesario proteger la identidad de los jóvenes y también sus registros, a los cuales sólo pueden acceder los operadores del sistema penal.

II.1.2. Reforzamiento del debido proceso. ¿En qué consiste? Toda persona tiene derecho a un debido proceso. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8, regula y explica cuáles son las dimensiones del debido proceso, me refiero, entre otros, al derecho a ser oído en el proceso, derecho a que el juez decida en un plazo razonable, al deber de motivar las resoluciones en el proceso, al derecho de defensa. ¿Qué es lo que pasa con los adolescentes? Todas estas dimensiones se encuentran reforzadas.

¿Cuáles son estas garantías? La primera tiene relación con la restricción a la privación de libertad durante el proceso. Esto es importante por ejemplo en la prisión preventiva, la cual, tiene que ser considerada como último recurso. Se debe tratar de evitar la aplicación de esta medida cautelar, y si se va a aplicar tiene que exigirse mayor rigurosidad en cuanto a sus requisitos. La duración de la prisión preventiva también debe ser limitada. Las condiciones de cumplimiento, por otro lado, deben contemplar principios como el de separación, esto es, la privación de libertad tiene que cumplirse separada de los adultos, y también se tienen que establecer mecanismos de impugnación de la prisión preventiva para lograr una pronta revisión. Por otro lado, La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 40.2, la regla 20.1 de Beijing, establecen lo siguiente: la causa será dirimida con tramitación expedita y sin demora. La idea del plazo razonable es fundamental en el caso de los adolescentes.

II.1.2.1. DIMENSIONES DEL DEBIDO PROCESO

En los adolescentes deben existir mayores resguardos en el derecho a la defensa, lo que tiene varias dimensiones:

i. Acceso a la información. El adolescente tiene que recibir información directa, sin demora y de manera clara para que pueda entender qué está pasando en el proceso. Es fundamental que conozca los cargos que se le están imputando, por lo que la información jurídica debe ser transmitida de manera comprensible para que él y sus padres la comprendan.

ii. Ser escuchado en forma directa. Esta dimensión tiene un carácter transversal y abarca la ejecución de la sanción penal.

iii. Asistencia letrada. Implica la defensa de juristas especializados en justicia juvenil. Esta defensa debe ser prestada de manera oportuna, temprana, gratuita y permanente. También la familia juega un rol relevante, si la familia ayuda al adolescente debe tener acceso a la defensa, a participar en las distintas etapas del proceso.

iv. Renuncia de los derechos. Durante un proceso penal se toman decisiones que son estratégicas, por ejemplo, prestar testimonio, autorizar alguna diligencia, auto inculparse, guardar silencio. Todas estas decisiones tienen consecuencias dentro del proceso penal y deben tomarse de manera informada, inteligente y voluntaria. Por tanto la renuncia de los derechos tiene que ser informada, en presencia de un defensor y voluntaria. Si no se cumplen estos requisitos, esa diligencia o información obtenida debería ser considerada nula y excluida del juicio por infracción de garantías.

II.1.3. POLÍTICA AMPLIA DE DIVERSIFICACIÓN DE RESPUESTAS Y DESESTIMACIÓN DE CASO

Este eje consiste en evitar al máximo el contacto de los adolescentes con el sistema. La idea es establecer reglas amplias para sacar los casos de la persecución penal, y si los casos ingresan, se tienen que dar amplias facultades a las autoridades para que puedan prescindir de la persecución penal. Este concepto de desestimación de caso, tiene distintos nombres en la doctrina, a saber: diversificación, desjudicialización, entre otros. En el mundo anglosajón se habla de diversión, dentro de nuestro continente, utilizamos conceptos como el de diversificación, desjudicialización o revisión. Algunos profesores de derecho penal juvenil lo utilizan también como concepto que alude a la diversión y a la diversificación de respuesta.

¿Cuáles son los fundamentos para una política amplia de diversificación?

i. Evitar la estigmatización de los adolescentes. La intervención judicial genera efectos negativos que se deben evitar. Como ya se ha mencionado, la teoría del *labeling approach* permite entender este fundamento.

ii. Otorgar prioridad a la educación más que a la sanción. Se debe cambiar de paradigma: se comete un delito, hay que sancionar, pero el castigo no es lo primordial, lo primordial son los cambios de vida, y para eso tiene que estar presente un paradigma de corte educativo.

iii. Una cuestión de carácter económico. Históricamente nuestros sistemas de persecución penal han contemplado el principio de legalidad, el cual consiste en que todos los casos que ingresan al sistema tienen que ser investigados, se tienen que perseguir penalmente, e idealmente se tienen que aplicar sanciones. Pero los sistemas no pueden hacerse cargo de todos los casos que ingresan debido a que el personal y los recursos son limitados. Por lo tanto, los sistemas de corte acusatorio han establecido excepciones que giran en torno a una institución que se denomina principio de oportunidad.

iv. Principio de proporcionalidad, el sistema tiene que responder pero debe evitar los excesos. El principio de proporcionalidad tiene que estar presente en toda decisión: en las medidas cautelares, en la determinación de la sanción penal y también en la ejecución de la sanción penal, por ejemplo, a propósito de la determinación de una sanción disciplinaria.

v. Evidencia de que los crímenes juveniles tienen una naturaleza episódica y simple. Las estadísticas demuestran que la delincuencia juvenil es un fenómeno pasajero que disminuye entre los 20 y los 25 años. Es necesario promover respuestas menos intensas, menos caras, y que estén

vinculadas con la comunidad y la familia. Los delitos adolescentes son conductas simples. No son delitos tributarios, ni fusiones de empresas que se coluden para manipular los precios del mercado, no es criminalidad organizada, no es una conducta criminal de difícil investigación. Son lesiones, hurtos, lo que ustedes llaman rapiña y nosotros llamamos robo con violencia. Son conductas simples, y donde la respuesta también puede ser simple.

vi. La sociología legal. Una intervención distinta, alternativa, aumenta en el infractor las expectativas de que se comporte en el futuro conforme a la norma. Se le da una oportunidad al adolescente, y en ese sentido se le entrega un crédito social, y este crédito social contribuye, lo motiva a seguir la norma jurídico penal. Este crédito social va a motivar al adolescente porque él va a sentir esa segunda oportunidad.

vii. Involucrar a la comunidad en las soluciones a la delincuencia juvenil. La comunidad juega un rol protagónico en este tipo de sanciones y en su ejecución.

¿Cuáles son los tipos de diversificación que se han desarrollado en el derecho comparado? En esta oportunidad, por derecho comparado me refiero a Europa y me baso en una investigación que se ejecutó en el centro de derecho penal y criminología dirigido por el profesor Frieder Dünkel en la Universidad de Greifswald en Alemania. En ese estudio se analizaron 35 países europeos comparando distintos aspectos de los sistemas penales juveniles².

2 Al respecto véase el análisis de Dünkel, F.; Pruin, I.; Grzywa, J.; Horsfield, P., Eds: "Juvenile Justice Systems in Europe, current situation and reform developments", Vol.1,2,3,4, Forum Verlag Godesberg, 2011.

Qué nos señala el estudio antes mencionado a propósito de los tipos de diversificación. Está la diversificación que se adopta antes de la intervención del juez. Hay una decisión que toma un funcionario antes que el juez tome conocimiento de la causa. Los funcionarios que en Europa están facultados para tomar estas decisiones son los fiscales o la policía. Esta desestimación se denomina revisión.

La otra desestimación es la que adopta el juez, es decir, la desestimación con una intervención judicial. Los modelos que se utilizan son el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional, la conciliación y tiene una marcada línea de justicia restaurativa.

La diversificación admite en Europa dos posibilidades, con o sin intervención: en Austria, Rusia, Finlandia, República Checa, España y Suecia es posible encontrar la diversión sin intervención. Está pensada para evitar el contacto de los adolescentes con el sistema y se aplica en delitos con menor culpabilidad, donde la sanción no supera los tres o cinco años. Los infractores son primerizos, se está en presencia de delitos de menor gravedad. En estos casos es el fiscal el llamado a analizar el caso y si se constituyen todos esos requisitos antes mencionados decidirá sacar el caso del sistema.

Bulgaria, Estonia, Rumania y Escocia han desarrollado la diversión pero en combinación con intervención de un servicio social o autoridades administrativas especiales. El fiscal decide no intervenir pero deriva el caso a una comisión local que tiene la facultad para investigar e imponer medidas educativas, como por ej. Asistir a programas educativos.

Otros países como Austria, Alemania, Italia, Croacia y Hungría contemplan la suspensión condicional de la persecución, la cual, consiste en imponer medidas educacionales o un plan de acción determinado. Si se cumple con este plan de acción, o bien con la medida educacional que se impuso, el caso concluye. Las medidas pueden consistir en participar en cursos, reparación, conciliación, servicios comunitarios, órdenes o bien sujeción a un supervisor.

¿Qué pasa con la diversificación en nuestra región?

Desde el punto de vista normativo el escenario es bastante positivo. Al igual que en Europa, tenemos que distinguir dos fases. Nos encontramos con mecanismos que permiten la diversión en los primeros momentos de acaecido el hecho y con posterioridad, en el primer caso corresponderá la decisión al fiscal y en el segundo al juez. Con todo, debemos precisar que a diferencia de Irlanda y Holanda, en Latinoamérica los policías no están facultados para aplicar estas medidas de diversificación, no juegan ningún rol en esta decisión.

¿Cuáles son las medidas de diversificación que se adoptan en nuestra región? El principio de oportunidad se enmarca dentro de los mecanismos que permiten la diversión en los primeros momentos de acaecido el hecho. Los sistemas de persecución penal establecen reglas claras para rescindir de la persecución frente a casos en los cuales debería perseguirse por un aparente hecho delictivo. ¿Cuál es la razón que está detrás del principio de oportunidad? Se evita la aplicación del poder estatal donde otras formas de reacción frente al comportamiento delictivo pueden alcanzar

mejores resultados que la intervención clásica. Procede en situaciones de importancia ínfima del delito, de una adecuación social del hecho. La adecuación social es una vieja teoría del derecho penal donde se habla de los límites tácitos del tipo penal, la idea de que hay algunos hechos que se encuentran tipificados como conductas prohibidas en nuestros códigos penales, pero que están toleradas socialmente. También está la culpabilidad mínima del autor y una ausencia de necesidad preventiva.

Veamos algunas legislaciones donde el principio de oportunidad ha sido regulado. En Costa Rica, por ejemplo, se encuentra contemplado en el artículo 56 de la ley penal juvenil y procede en las siguientes situaciones: i. cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público; ii. cuando el menor de edad colabore eficazmente con la investigación para ayudar a esclarecer el hecho investigado; iii. cuando el menor de edad haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico moral grave; y iv. cuando la sanción que se espera imponer carezca de importancia.

En Chile también se encuentra regulado. El principio de oportunidad es una institución que se encuentra reglamentada generalmente en los códigos procesales de los adultos. Sin embargo en el derecho penal juvenil chileno se contempla además en la ley penal juvenil. En el caso de los adultos nuestro Código Procesal permite al fiscal no iniciar o poner término a la persecución penal cuando se trate de hechos que no afecten gravemente el interés público. En el caso de los adolescentes, la ley penal juvenil, le exige al fiscal al momento de decidir la aplicación del principio de oportunidad, tomar en consideración la vida futura del adolescente.

Otros lugares donde se aplica el principio de oportunidad son: Guatemala, Honduras y Panamá.

La Remisión es otro de los mecanismos que permiten la diversión en los primeros momentos de acaecido el hecho. Es muy parecido a lo que se aplica en Europa e implica la supresión del procedimiento ante la justicia penal, y la reordenación del caso hacia servicios comunitarios o sociales. Se saca del sistema penal el caso pero se entrega a servicios comunitarios. Generalmente, se aplica en casos de delitos cuya pena no supere los tres años y ha sido regulado en Guatemala, Honduras, Panamá, Bolivia y Perú.

Archivo fiscal es otro de los mecanismos. En estos casos se genera una denuncia pero no es posible determinar los autores o partícipes de los hechos delictivos. Es decir, el fiscal cuenta con una denuncia pero no hay medios probatorios, no existe información, el parte policial es bastante impreciso, no hay testigos. En estos casos, ¿qué puede hacer el fiscal? Archivar. El objetivo es ahorrar recursos al sistema desde el principio cuando no existen perspectivas razonables del éxito de la persecución penal. Ordenado el archivo, el caso puede continuar siempre que surjan nuevas pruebas, nueva evidencia. Se encuentra regulado en Costa Rica y en Chile.

También existen alternativas de segundo nivel donde el juez es quién toma la decisión. Entre estos encontramos los siguientes mecanismos:

La Conciliación ha sido reglada en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Es un acuerdo amistoso entre la víctima

y el infractor. ¿Bajo qué condiciones? El juez cita a las partes, concurren el acusado, el defensor, la víctima, los padres, se escuchan las propuestas del defensor, se escuchan las propuestas de la víctima, y si hay acuerdo el juez aprueba y se firma un acta. Si todo lo pactado en la conciliación, si los términos y condiciones contemplados en esta acta se cumplen, el juez dicta una resolución dando por terminado el proceso. Esta es una clara manifestación de justicia restaurativa.

Suspensión condicional del proceso. Es un mecanismo judicial que permite a los fiscales, con acuerdo del imputado y la aprobación del juez, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen determinados requisitos legales, y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez que permiten suponer que el imputado no volverá a cometer otro delito. La suspensión del procedimiento representa economía de tiempo, recursos, se evitan los efectos nocivos inherentes al proceso, y se produce una satisfacción de las partes: de la víctima y del infractor. Está regulado en Costa Rica, Chile y Panamá.

Reparación del daño. Es el acuerdo entre el imputado y la víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la víctima, las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente. Aprobado por el juez, ese acuerdo produce como efecto la extinción de la acción penal. La idea es que la reparación sea entendida en un sentido amplio: dinero, realización de acciones en favor de la víctima, las disculpas y el perdón, entre otras. Es necesario el consentimiento de las partes. La reparación ha sido regulada en Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá.

Suspensión de la condena. En Chile se trata de la suspensión de la pena en aquellos casos en que la condena que se impone al adolescente no supera los 541 días, y que existen antecedentes favorables en favor del condenado que hacen desaconsejable la imposición de la pena; se hace una prognosis y existen altas probabilidades de que el adolescente no vuelva a cometer un delito. Por lo tanto, no se ejecuta la sanción. También se encuentra reglada en Costa Rica.

Es síntesis, los fines de la diversión en nuestro continente son: reducir los costos del aparato judicial, reducir la discriminación del sistema, entender la delincuencia como un episodio de la juventud que tiene un plazo de vencimiento. En un primer nivel se contemplan principios como el de oportunidad, la remisión, el archivo judicial, y en un segundo nivel se contempla la conciliación, la suspensión condicional, la reparación del daño y la suspensión de la condena.

II.1.4. ¿POR QUÉ SE TIENEN QUE PLANTEAR SANCIONES DISTINTAS A LA CÁRCEL?

Porque la cárcel hace ya mucho tiempo está en crisis. La primera crítica que se le hace es que no socializa al individuo. No debemos olvidar que en Latinoamérica existen serios problemas en el ámbito de la ejecución de las sanciones privativas de libertad como tortura, tratos crueles, inhumanos o denigrantes.

La prisión constituye un perjuicio para el preso y para su familia. El internamiento significa la pérdida de ingresos económicos, la destrucción de una familia en términos no solamente afectivos sino

también económicos, sin contar el descrédito, discriminación y también la reincidencia. Además existe el contagio criminal. Los daños psicológicos que sufren las personas que están privadas de libertad son considerables: depresión, pérdida de la individualidad y de autoestima. Téngase presente a modo de ejemplo, la investigación de Goffman “Las instituciones totales”³ o el estudio de Drenkhan, Dünkel y Dudeck en Europa “Las penas de larga duración y los derechos humanos”.⁴

Todas las críticas que se le hacen a la prisión obligan a los sistemas penales a establecer penas alternativas a la privación de libertad. Esto lo ha entendido muy bien el derecho internacional de los derechos humanos. Tanto es así que publican las famosas reglas de Tokio, que son las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad.

¿Qué recomienda el derecho internacional sobre este tema?

Fomentar la mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia criminal. La selección de una medida no privativa de libertad debe estar sujeta a criterios establecidos según tipo y gravedad del delito, personalidad, antecedentes del condenado, objetivos de la condena y derechos de la víctima. Esto es una sanción, fuera de la cárcel, dentro de la comunidad, pero que tiene que estar rigurosamente diseñada y cumplir determinados requisitos. Las medidas no privativas de libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el condenado, no se puede aplicar el método de La naranja Mecánica.

3 Erving Goffman: Internados, paidos.

4 Kirstin Drenkhahn (Editor), Manuela Dudeck (Editor), Frieder Dünkel (Editor): Long-Term Imprisonment and Human Rights, 1st Edition, Routledge Frontiers of Criminal Justice.

Se debe proteger la dignidad del condenado que se encuentra sujeto a estas medidas. En Holanda se realizó un proyecto de trabajo comunitario, y a los privados de libertad se les ponía una chaqueta fosforescente que decía “imputado”, y se los enviaba a la calle a hacer su trabajo. Obviamente esto atenta contra la dignidad del sujeto. Se deben evitar ese tipo de estigmatizaciones y evitar afectar la dignidad de las personas.

El expediente del condenado debe ser confidencial e inaccesible a terceros. No puede aparecer en la prensa. Las características del adolescente, los problemas que éste tiene son información relevante sólo para los operadores del sistema penal.

La autoridad judicial, en el momento de la determinación de la medida deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima. Este es un proceso gradual, y si hay una positiva reacción del adolescente se puede disminuir la intensidad de esa sanción alternativa y pasar a otra menos intensa, en pos del beneficio del adolescente.

Estos son los ejes centrales que tienen que ser utilizados por los Estados a la hora de diseñar las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad.

¿Qué sucede en Europa con las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad? ¿Se aplican?

Sí, se aplican, y se establece un catálogo amplio de sanciones para los adolescentes infractores con distintos grados de restricción de derechos. Se empieza por las advertencias que se encuentran reguladas en Austria,

Bélgica, Alemania, Grecia, Rusia y España. Luego, en intensidad, viene la mediación y reparación. Sigue el servicio comunitario. También se contemplan las obligaciones especiales, por ejemplo, obligación de asistencia a cursos, las cuales se encuentran sujetas a una supervisión, lo que nosotros bajo el lenguaje de nuestras legislaciones denominamos “libertad vigilada”.

¿Qué es lo que pasa en países como Costa Rica, Chile, Bolivia, Perú en materia de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad? ¿Se encuentran contempladas?

Sí, se encuentran contempladas y son las siguientes:

La amonestación se encuentra normada en Chile y Costa Rica. Consiste en el reproche verbal que le hace el juez al adolescente, en el que se le señalan las consecuencias de sus actos.

La multa existe sólo en Chile y ha sido objeto de críticas porque en la práctica implica una responsabilización de los padres más que del adolescente.

El trabajo comunitario se encuentra reglado, entre otros, en Chile, Bolivia, Perú y Costa Rica. La idea es que el trabajo no afecte las actividades del adolescente. Se encuentra sujeta a límites, generalmente no puede durar más de cuatro u ocho horas semanales.

Las órdenes han sido incorporadas en el catálogo de sanciones penales juveniles de Bolivia y Costa Rica.

El arresto domiciliario puede ser encontrado en Bolivia.

La libertad vigilada, en su modalidad general y especial, dependiendo de la intensidad del control con que se encuentre regulada, será encontrada en Chile, Bolivia, Perú y Costa Rica.

III. LA REALIDAD CHILENA: DESJUDICIALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

¿Cuáles son los delitos que los adolescentes cometen en Chile? Referente a los delitos que a la comunidad más le interesan, los que generan más revuelo, los que atormentan a la sociedad, las estadísticas señalan que: los homicidios no superan el 0,3%; hurtos y lesiones 14%; delitos sexuales 2%; drogas 2%; delitos de robo con violencia e intimidación 9%. Mientras que las faltas, aquellas conductas que no son delitos, infracciones de menor cuantía, son las más importantes y alcanzan un 20%.

¿Cuáles son las medidas de diversificación más aplicadas? Las medidas más aplicadas son el principio de oportunidad, suspensión condicional, el archivo y los acuerdos reparatorios. Todas estas formas alcanzan el 52%.

Después vienen otras formas de término, denominadas “generales”, que también están contempladas en el caso de los adultos, me refiero a la incompetencia del tribunal, sobreseimiento y sentencias absolutorias que alcanzan un 16%.

A su turno, sentencias condenatorias llegan al 32%. De este 32%, casi el 91% son sanciones ambulantes y el 9% son sanciones privativas de libertad.

¿Cuáles son las sanciones ambulantes más aplicadas en Chile? El trabajo comunitario, la libertad asistida especial, la reparación, la libertad asistida común y la multa.

Las cifras se ven espectaculares, pero hay un problema serio y pienso que esto puede cambiar en poco tiempo. ¿Por qué? En el sistema de justicia criminal chileno hace falta un efectivo control judicial en la etapa de la ejecución de la sanción penal juvenil, el control judicial de la pena es defectuoso. Esta deficiencia genera un problema de dos dimensiones. Por un lado, si existe vulneración de derechos en la etapa de ejecución no existen vías efectivas para que esa vulneración de garantías pueda ser conocida y resuelta por un juez. Por otro lado, si existe incumplimiento de la sanción existen dificultades para hacer seguimiento y poder controlar la ejecución efectiva de la sanción.

¿Por qué? Porque en Chile existe un vacío legal, la ley penal juvenil al igual que el Código Procesal Penal nada dicen en torno a los temas y procedimientos que pueden ser sometidos a conocimiento de los jueces de garantía, solamente los nombran como los encargados de controlar la etapa de ejecución de la pena. Los jueces de garantía son los encargados de la ejecución, pero la ley no explicita en qué casos, cuál va a ser el procedimiento y cómo va a ser la audiencia. Entonces, lo que se genera en Chile es un serio problema de protección de derechos de los adolescentes condenados y de control sobre el cumplimiento de las sanciones alternativas, lo que sin duda puede generar en un problema de deslegitimación de estas sanciones. En la actualidad, la sociedad está reclamando, y con justa razón, son sanciones, y tienen que cumplirse.

Las sanciones no privativas de libertad son ejecutadas por instituciones colaboradoras. Hay una institución del Estado, el Servicio Nacional de Menores (Sename), que trabaja en conjunto con instituciones privadas a las cuáles él denomina instituciones colaboradoras. El Sename elabora una

lista donde se contempla el nombre de las instituciones, la identificación del programa, director del programa, cobertura territorial, plazas disponibles, información acerca del equipo, número de profesionales, educadores, funcionarios.

La ley establece que: i. la elección de los programas depende del domicilio del joven, ii. los programas deben ser ejecutados por personal especializado, iii. algunas líneas acerca del marco de intervención.

¿Cuáles son estas líneas generales?

- La intervención tiene que centrarse en la conducta infractora, orientar a la responsabilización, reparación de sus derechos, fortalecimiento de las competencias, analizar el proceso de criminalización vivido y desarrollar proyectos alternativos.
- Tiene que incorporar la participación de los padres.
- Regula el tipo de relación del delegado en los casos de la libertad vigilada, planteando que la relación tiene que basarse en la empatía, claridad de límites, control y supervisión, basada en la información sobre funcionamiento del programa y las consecuencias del incumplimiento. Esta información se le tiene que entregar al adolescente.
- El plan de intervención debe cumplir algunas características, por ejemplo, la participación en actividades socioeducativas de formación, participación y también asistencia a actividades educativas.

El otro problema que se presenta en Chile es el de la ausencia de la ley de ejecución de penas. Las particularidades de la ejecución de las penas juveniles está regulado en términos muy generales en la ley penal juvenil,

entregándose a un reglamento las particularidades del tema. De esta forma se le dan atribuciones a la autoridad administrativa para limitar derechos fundamentales hecho que vulnera el principio de legalidad.

También existen desafíos en materia de personal. Los delegados de trato directo no son suficientes, al igual que los programas y la infraestructura.

Otro aspecto en que hemos ido aprendiendo es en la necesidad de hacer seguimiento de estos programas. Hay que levantar información empírica, hay que saber qué es lo que está funcionando. En materia de ejecución el levantamiento de información tiene que venir de dos lados: la información que levanta el sistema, que es información de primera mano, y la información levantada por instituciones que están fuera del sistema, no directamente vinculadas al trabajo con los adolescentes. La idea es cruzar esa información, se pueden hacer análisis mucho más profundos que permitan entender este complejo fenómeno, y tomar decisiones inteligentes en torno a qué es lo que está mal. Las decisiones inteligentes son importantes porque los recursos son escasos y el interés en invertir en esta dimensión del sistema penal es siempre bajo.

Esto es lo que quería compartir con ustedes el día de hoy,
muchas gracias.



**MESA DE APERTURA DEL SEMINARIO REGIONAL:
“SISTEMA PENAL JUVENIL.
LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN
LAS REFORMAS LATINOAMERICANAS”**

UNICEF- Uruguay

Paolo Mefalopulos¹

Quiero empezar agradeciendo a los organizadores de este evento, la Casa Bertolt Brecht y también a la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo por instalar, una vez más, el tema de las medidas alternativas.

Para Unicef se trata de un tema más que pertinente en el momento actual. Todos conocen los últimos acontecimientos² y que el país se encuentra procesando un cambio institucional de su sistema de ejecución de sanciones en materia de justicia penal juvenil.

Como todos saben, Uruguay tiene un problema muy importante en lo que refiere al número de adolescentes privados de libertad, pues con una población de 3:500.000 habitantes, en este momento tiene alrededor

1 Representante UNICEF-Uruguay.

2 Refiere al video difundido el 5 de agosto de 2015 dónde se observan los sucesos ocurridos en el Hogar Cepirli, donde se ve a funcionarios reprimir a dos adolescentes de forma violenta. (<http://subrayado.com.uy/Site/noticia/47425/video-muestra-como-funcionarios-de-inau-reprimen-a-dos-internos>).

de 700 adolescentes privados de libertad. Soy italiano y, en mi país, con una población de más de 60:000.000, hay alrededor de 300 adolescentes privados de libertad. Esto no significa que los adolescentes italianos sean más buenos que los uruguayos, ni que la policía italiana sea peor que la uruguaya y que no logra detenerlos. No. En realidad, esto se explica por la excesiva utilización en Uruguay de la privación de libertad por parte de los jueces y también por la debilidad en el desarrollo y el enfoque de rehabilitación de las penas alternativas a la privación de libertad. Es muy importante fortalecer los programas alternativos, así como comenzar a instalar en la sociedad uruguaya la idea de que las medidas alternativas también son penas, y que si estas medidas se implementan con seriedad tienen más posibilidades de contribuir a mejorar el futuro de los adolescentes que han infringido la ley. Se tiene que pensar qué tipo de penas y de medidas alternativas se necesitan para lograr lo que se quiere, y lo que se quiere no es, simplemente, castigar a los que han cometido un error, sino rehabilitarlos, reinsertarlos en la sociedad.

La adolescencia es un período de gran vulnerabilidad y también de gran potencial en el que se abre la posibilidad de ayudar a los jóvenes a transformarse. La privación de libertad, lejos de tener un impacto positivo, afecta muy negativamente a los jóvenes.

En los hechos ocurridos recientemente, si usamos violencia en lugar de un enfoque de rehabilitación y reinsertión, cuando un joven sale de la privación de libertad es mucho más probable que recurra a la violencia y reincida. Por tanto, enfocarse en medidas que estén basadas en el respeto de los derechos no es solamente una cuestión de derechos humanos o de derechos de la niñez, sino

que también representa un beneficio para toda la sociedad, porque si queremos más seguridad, si queremos un futuro mejor como sociedad, necesitamos construirlo, y ese futuro no se construye con violencia o aplicando medidas de castigo o de represión.

La Convención sobre los Derechos del Niño es bastante clara al respecto. En ella se establece: «La detención, el encarcelamiento o la prisión de un adolescente se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda».

Por tanto, celebramos la iniciativa de hoy y quedamos a disposición del país para impulsar los cambios legislativos, institucionales y culturales necesarios a fin de garantizar una transformación radical del sistema de justicia penal juvenil.

Muchas gracias.

INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Álvaro Colistro³

Buenas tardes. Agradezco a los organizadores y a todos los presentes que, por suerte, colman esta sala, en este ámbito tan importante como es el Parlamento, caja de resonancia para la sociedad.

Todos los que estamos aquí somos muy conscientes de la importancia del tema y de cómo es, en el imaginario colectivo, la idea respecto a la inseguridad, cómo se la asocia con lo que podríamos llamar la mayor punición, el mayor control social punitivo, y también esa otra idea –que no es un fenómeno nacional sino regional y mundial– acerca de que la culpa la tienen todos los adolescentes.

Asimismo, somos conscientes de la importancia que tiene el hecho de que estas iniciativas provengan justamente de la sociedad civil, de la Casa Bertolt Brecht en cuanto a la investigación y a la difusión que está llevando a cabo. La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo celebra todo esto y, por supuesto, vamos a estar junto a todo este tipo de iniciativas.

Como venía diciendo, el tema de la inseguridad y el imaginario colectivo de alguna manera hacen que por los problemas de inseguridad, que son

³ Integrante del Equipo Técnico de la INDDHH. Coordinador del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

responsabilidad del mundo adulto, se quiera responsabilizar, en un grado mayor a lo debido, a los adolescentes. Evidentemente, como quedó bien demostrado con la mayor difusión del proyecto de reforma constitucional, no es que los adolescentes no sean responsables. Ahora bien; implicarlos en una responsabilidad tal como que la inseguridad ciudadana, la sensación de inseguridad de la ciudadanía es una responsabilidad de ellos, es algo muy fuerte, y si a eso le agregamos el castigo y la privación de libertad, no ya como una excepción, sino como una práctica constante, el problema se agrava.

Formo parte de un equipo interdisciplinario, del Mecanismo Nacional de Prevención Contra la Tortura, que es una de las funciones asignadas a la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo por la ley de su creación. Esa función está dada por la obligación que el Estado uruguayo se dio con la ratificación del protocolo facultativo de la convención contra la tortura. Ese protocolo establece la obligación de los Estados de crear un mecanismo nacional de prevención, el cual se erige como un órgano externo de control y de colaboración con el Estado a los efectos de determinar las posibles causas o mayores riesgos en cuanto a los maltratos o tortura de los jóvenes privados de libertad.

Evidentemente, en esa tarea de prevención lo primero que la Institución ve es el marco normativo, porque no hay mayor prevención que encerrar lo menos posible a los adolescentes. En ese sentido, podemos simplemente reflejar dentro del mecanismo lo que ha sido en este año y medio de actuación, esta obligación de tener un sistema periódico de visitas no anunciadas a los centros de privación de libertad. Allí hemos constatado todos los efectos que tiene el encierro institucional, todos los

efectos nocivos, perjudiciales, porque no solamente se afecta la libertad ambulatoria, sino el conjunto de derechos, desde los más fundamentales: salud, educación, protección y vínculo familiar, hasta otros que hacen a las necesidades básicas que, obviamente, en los espacios de encierro institucional se dan en esas disfunciones del Estado. Y estos van, inclusive, desde la construcción de edificios. Por tanto, el tema arranca desde la arquitectura de los edificios.

En ese monitoreo de visitas hallamos muchos elementos para mencionar en cuanto a efectos nocivos. Esa es, hoy por hoy, la realidad de Uruguay, pero podemos encarar el tema ya desde el inicio, con la cuestión del marco normativo.

Todas las normas internacionales han establecido –como bien decía el representante de Unicef– que la internación, la privación de libertad debe ser el último recurso y por el tiempo más breve posible. Desde el año 1955, las reglas mínimas de tratamiento de reclusos establecían en sus observaciones que se debía, por regla general, evitar la internación o privación de libertad de los adolescentes. En aquel momento no se hablaba de adolescentes, sino de la delincuencia juvenil; ahora las reglas de Mandela, de mayo de 2015, que son una modernización de las reglas mínimas, actualizan la terminología y hablan de que se evitará en lo posible la privación de libertad de los jóvenes. Después de aquellas reglas mínimas de 1955 pasaron muchas otras. En 1985 llegaron las reglas de Beijing, la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas de Riad, los principios y buenas prácticas en los Estados americanos, etcétera, y cada una de ellas repetía lo mismo. La Convención Interamericana también estableció como objetivo que no se internara a los jóvenes. En fin; toda esa normativa llevó a una evolución en el Derecho Internacional de

los derechos humanos y en la comunidad internacional respecto a todos los efectos negativos y a la falta de finalidad de cualquier tema de privación de libertad en adultos y, con mayor razón, en los adolescentes. Uruguay hizo todo un proceso al respecto y muchas de las personas que hoy veo aquí estuvieron presentes en esa lucha que se llevó a cabo desde el activismo social para poder armonizar el derecho interno y el ordenamiento jurídico interno con esta normativa internacional. Sin embargo, la idea instalada respecto a la inseguridad y la culpabilidad de los adolescentes hace que, por determinados intereses y réditos, se dicten leyes que van contra toda la normativa internacional. Básicamente, me refiero a las leyes aprobadas en enero de 2013, específicamente la ley n.º 19055, que establece ya una obligación del juez de privar de libertad a los adolescentes ante determinados delitos por un espacio mínimo de doce meses. ¡Doce meses! Hay que tener en cuenta que un año para los tiempos adolescentes es enorme y produce una serie de efectos nocivos y nefastos, cosa que hemos podido constatar en las visitas.

Las leyes que dictó nuestro Parlamento, lamentablemente se aprobaron en contra de la opinión de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, que dijo que esa normativa constituía una regresión en cuanto al ejercicio de derechos y al principio de no regresión que establece el Derecho Internacional de los derechos humanos. El Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en el año 2004 no disponía una obligatoriedad y a través de todo su articulado daba la sensación de excepcionalidad de la privación de libertad como consecuencia de las distintas infracciones. Es más; a nivel de la comunidad internacional se observó un gran avance en el sentido de que no eran consideradas punibles conductas tales como, por ejemplo, la tentativa y complicidad de hurto.

Lamentablemente, cuando se produjeron las reformas legislativas, pude escuchar algunas opiniones, incluso de defensores de adolescentes, que afirmaban que eso era ir contra la responsabilidad adolescente. ¡Vamos! Lo que significa la selectividad hacia el sistema penal y hacia el control social punitivo, era muy evidente en el caso de las tentativas de hurto. Había que esperar las evoluciones pero, obviamente, el joven que ingresaba en el sistema de control social punitivo por tentativa de hurto era torpe y no llegaba a configurar el delito. Justamente ahí estaba la selectividad.

Entonces seguimos en este circuito de reproducción de violencias institucionales e interpersonales y parece ser que las leyes se hacen eco de esa falsa ilusión de que los problemas de inseguridad se van a resolver a través de la cárcel. Es como hacerse eco de algunas corrientes de la ciencia del derecho que hablan del derecho del enemigo. Esas corrientes señalan: apuntemos contra el enemigo y, si es un joven, apuntemos aún más. Da mucha tristeza que estemos pasando por esta situación. Esto de instalar el debate, el intercambio de opiniones en la sociedad realmente hay que celebrarlo, reproducirlo y la investigación debe ser muy difundida.

Lo que estamos diciendo no es algo inventado. Las personas que están en contacto con esta situación pueden constatarlo. No he escuchado que operadores que estén cerca del encierro institucional digan lo contrario. Estos son datos de la realidad, que hacen que la comunidad internacional lo recoja en normas y que la evolución en nuestro país lo haya recogido en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Para terminar –porque para mí es un gusto volver a escuchar a Mary Beloff luego de tantos años–, creo que el Estado uruguayo, como todos los Estados modernos, se ha inspirado en un modelo de Estado basado en tres principios constitucionales: el principio de Estado de derecho, el principio social y el principio democrático. Cuando hablamos de fomentar como una respuesta más adecuada las medidas no privativas de libertad, podemos visualizarlas dentro de estos tres principios constitucionales.

En primer lugar, tenemos el Estado de derecho, que implica que el Estado se someta a las normas preestablecidas. A nivel internacional, hay normas preestablecidas muy claras que han sido ratificadas por el Uruguay y deben ser cumplidas. Por lo tanto, como Estado de derecho debemos entender que la privación de libertad es excepcional y por el menor tiempo posible. Esa es la aplicación del principio constitucional de Estado de derecho.

En segundo término, se encuentra el principio social, y entramos en lo que son los derechos fundamentales que deben aplicarse a todo joven y de los cuales debe hacerse un ejercicio efectivo. Abarcan el derecho a la salud, a la educación o a estar con su familia y en su entorno social. Hay que hacer hincapié en la educación. Personalmente pienso que, más allá de que podamos darle vuelta a la evolución de las ideas, educar encerrado a un adolescente es imposible. Por más que se establezca que las medidas privativas de libertad sean medidas socioeducativas, para mí es letra muerta. No existe educación así.

Podemos profundizar en las medidas no privativas de libertad y hacer una aplicación concreta de este principio de estado social, de profundización de los derechos humanos, del efectivo ejercicio de estos, de acuerdo también con reglas internacionales. Se haría progresivamente y de acuerdo con las posibilidades del país, pero hay que hacerlos efectivos. A eso tenemos que abocarnos; no estoy diciendo nada nuevo, esto se está manifestando desde hace años. Reitero que hay que visualizarlo en el principio social.

En tercer lugar, está el principio democrático. Las medidas no privativas de libertad dan mayores posibilidades e instancias de una real participación de la sociedad civil, dan una real posibilidad de colaboración y de involucramiento de la sociedad civil a través de distintas formas y modalidades; seguramente de eso se va a hablar. No hay nada para el desarrollo y la concreción del principio democrático como aquello que da participación al ciudadano. Cuando hablamos de participación, una primera instancia es la veraz información. Esto hay que difundirlo, porque en el ciudadano está instalada la idea de la que hoy hablaba. Hay que informar bien porque un ciudadano difícilmente tenga acceso a cómo opera la Justicia penal y menos a cómo se ejecutan las medidas dispuestas por el Poder Judicial en los distintos centros de privación de libertad.

Por lo tanto, hay un derecho a participar a través de la información veraz y, justamente, del involucramiento. Las medidas socioeducativas tienen mucho campo para ejercer esos derechos democráticos.



¿CASTIGOS ALTERNATIVOS O ALTERNATIVAS AL CASTIGO? LAS MÚLTIPLES FORMAS DE REINTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS JÓVENES DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Mary Beloff

I. He sido invitada por la Casa Bertolt Brecht para exponer sobre un tema de la mayor relevancia dentro de las discusiones actuales sobre la respuesta que los países deben dar al delito de los menores de edad. Curiosamente, a pesar de dicha centralidad y de su conexión inescindible con un problema social serio como lo es la delincuencia juvenil, el tema no está instalado y no se habla mucho de él. Me refiero a la utilización de medidas y sanciones no privativas de libertad en la justicia juvenil.

Dos características de esta reunión ofrecen razones para ser optimistas respecto del impacto de este Seminario. Por un lado, dado que se desarrolla en un lugar fundamental para el diálogo democrático como lo es el Parlamento del Uruguay, espero que ello signifique que la sociedad y el Estado consideran prioritaria la cuestión y que, por ello, dentro de un tiempo no lejano, ya no se hable más de la privación de libertad de los jóvenes ni se la utilice como regla, sino que se apliquen sanciones diferentes que cumplan con la promesa de su reintegración social.

1 Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios a la Comunidad de la República Argentina.

Por otro lado, advierto que el auditorio está integrado fundamentalmente por un público joven. Lo asumo lleno de energía para llevar adelante las asignaturas pendientes del proceso de reformas en materia de derechos del niño y justicia juvenil. Ellas surgen de todo lo que no fue posible alcanzar, sobre lo que tal vez no existió la capacidad técnica para concretarlo, no se llegó a hacerlo, no se advirtió en su momento como necesario, junto con corregir lo que, directamente, se hizo mal o al menos no de la manera en la que había que hacerlo.

Ha transcurrido un cuarto de siglo desde la incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño a las legislaciones latinoamericanas. Es un momento nuevo, refundacional. Ese objetivo de refundación después de veinticinco años no tiene que limitarse a Uruguay –tal como se plantea en este país la cuestión del sistema penal de adolescentes–, sino que debe extenderse por toda América Latina en el entendimiento de que deben celebrarse los logros y avances, al tiempo que se advierten y corrigen las dificultades y los errores, de modo que las políticas en la materia no queden paralizadas y avancen en el cumplimiento de las obligaciones internacionales; en el caso que nos convoca hoy, en la utilización de sanciones no privativas de libertad con adolescentes infractores y en la aplicación del encierro de forma absolutamente excepcional y para delitos muy graves.

II. El primer punto que quiero señalar en esta presentación es recordar que **los países dijeron que no iban a usar más la privación de libertad para los niños y adolescentes** salvo circunstancias muy pero muy excepcionales, por un sinnúmero de razones o, puesto de otro modo, **porque no hay razones que justifiquen su uso extendido y masivo.**

En efecto, muchas normas internacionales prescriben, desde hace más de cincuenta años, que se deben utilizar medidas no privativas de libertad para responder al delito de los menores de edad. A continuación mencionaré las principales:

- Convención sobre los Derechos del Niño²;
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing, de 1985)³;
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁴;
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, de 1990)⁵; y
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad, de 1990)⁶.

Por ello, desde la perspectiva legal, el tema está fuera de discusión: los Estados firmaron un tratado que establece el uso excepcional de la privación de libertad con adolescentes. Para hacerlo posible, se comprometieron a tomar medidas diferentes como respuesta al delito de los menores de edad.

2 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

3 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

4 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

5 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

6 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Desconocemos si los países adoptaron esos compromisos por las mejores razones (porque la privación de libertad no sirve, es costosa, no educa, no repara ni reintegra) o simplemente por motivos más pragmáticos, característicos del Derecho Internacional. Las motivaciones no son relevantes en este análisis. El punto sobre el que quiero insistir es que el derecho nacional de los países latinoamericanos establece desde hace muchos años que no se va a usar más la privación de libertad para los menores infractores de la ley penal. Esa es la norma, en sentido fuerte; y toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la sostiene y aplica⁷. No hay espacio para dudar de la fuerza normativa de esa regla.

III. El siguiente punto que me interesa considerar es si el incumplimiento de tal regla se debe a obstáculos legales o de otra naturaleza.

En relación con la dimensión jurídica del tema, podríamos analizar cuestiones técnicas, dificultades legales y de interpretación de normas (por ejemplo, cómo debería interpretarse tal artículo del Código de la Niñez⁸), y seguramente ello contribuiría parcialmente a disminuir el uso extendido que existe en Uruguay de la privación de libertad cautelar o sancionatoria de adolescentes (sobre todo a partir de la última reforma⁹); pero no es la

7 Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión IDH.

8 Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004.

9 Ley 19.055, de fecha 4 de enero de 2013, en su artículo 3 agrega el siguiente artículo al Código de la Niñez y la Adolescencia: “Artículo 116 bis. (Régimen especial).- Sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios establecidos en este Código, en los casos en que el presunto autor sea mayor de quince y menor de dieciocho años de edad y cuando el proceso refiera a las infracciones gravísimas previstas en los numerales 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 9) del artículo 72 de la presente ley, el Juez, a solicitud expresa del Ministerio Público y una vez oída la defensa, deberá disponer la aplicación de las siguientes reglas: A) La privación cautelar de libertad será perceptiva hasta el

ocasión ni el espacio para realizar ese análisis. Además, no arrojaría mucha luz para entender por qué no se cumple con la regla de excepcionalidad de la privación de libertad de menores de edad.

En efecto, en países con legislaciones que no tienen las dificultades que existen en el derecho uruguayo en relación con este tema, de todos modos no se cumple con la regla de la utilización excepcional del encierro de menores de edad. Permítanme ilustrar esa afirmación. Si hoy se sacara una foto a las instituciones de menores de la mayoría de los países de América Latina y se la comparara con otra foto de hace treinta o cuarenta años, en términos de instalaciones, de perfiles de los menores de edad alojados, de dinámica de abuso y violencia, las fotos serían muy parecidas. Eso es lo que debería llamarnos la atención. Cambió radicalmente la regulación del tema como consecuencia de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, pero la realidad no cambió: la foto es casi la misma. Por ello creo que la dificultad trasciende la cuestión legal.

Otro ejemplo concreto de Uruguay permite entender si la utilización del encierro de menores como regla sólo se explica por motivos jurídicos. Cuando entró en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia sin la regla de obligatoriedad de la última reforma, ¿se redujo dramáticamente el número de niños y adolescentes privados de libertad y, al mismo tiempo,

dictado de la sentencia definitiva. B) Las medidas privativas de libertad tendrán una duración no inferior a los doce meses. C) El infractor, una vez ejecutoriada la sentencia de condena podrá solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente el mínimo de privación de libertad establecido en el numeral anterior y a su vez, superare la mitad de la pena impuesta. D) Las medidas de privación de libertad deberán ser cumplidas en establecimientos especiales, separados de los adolescentes privados de libertad por el régimen general. E) Cuando el infractor cumpla los dieciocho años de edad, pasará a cumplir la medida de privación de libertad en un establecimiento especial del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente separado de menores de dieciocho años de edad. F) La elevación perceptiva de las actuaciones al Juzgado Penal de turno a efectos de que éste convoque a los representantes legales del adolescente para determinar su eventual responsabilidad en los hechos”.

se multiplicaron dramáticamente los programas no privativos de libertad? No ocurrió ni lo primero ni lo segundo.

Esta afirmación no significa ignorar el retroceso que ha significado la última reforma porque es obvio que al establecer la utilización *obligatoria* (“el juez deberá disponer”) del encierro en algunos casos¹⁰, los jueces se eximen de responder los argumentos de defensores y de justificar su adopción en cada caso. Simplemente pretendo aportar otro enfoque, complementario del de la necesidad de modificar las leyes que insisto, en el caso de Uruguay, indudablemente deben ser modificadas.

Éste punto es el punto que me interesa señalar: la dependencia del empleo de la cárcel para adolescentes y niños no se explica sólo por razones de técnica legislativa. En otras palabras, lo que quiero destacar es que en América Latina no hay hoy, gracias al proceso de reformas, un problema legal con respecto a las reglas que se tienen que aplicar para concretar el principio de no utilización del encierro con niños y adolescentes. Me atrevería a afirmar que aún con la reciente reforma que impuso la aparente *obligatoriedad* de la utilización de la privación de libertad para adolescentes respecto de algunos delitos, una hermenéutica constitucional y basada sobre el derecho internacional de los derechos humanos, fácilmente inhabilitaría tal carácter obligatorio, porque una norma constitucional o convencional está por encima de una norma de derecho común, como es el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Por supuesto podría discutirse esta conclusión; pero no me parece débil el argumento de que, a pesar de la obligatoriedad impuesta por la reforma reciente, sigue vigente y prevalece la regla de la utilización excepcional de la privación de libertad.

¹⁰ Artículo 3° de Ley n° 19.055.

Algo que se ha aprendido en América Latina de la experiencia europea es que el impacto de una legalidad en la realidad depende de muchos factores; pero en lo que tiene que ver con el tema que analizamos, si una ley presenta algunas dificultades de interpretación, corresponde a los operadores jurídicos implementar una hermenéutica que permita concretar los principios con los que se debe cumplir. Por ello, si de pronto alguna reforma o coyuntura política de emergencia hace que el derecho común soslaye o ignore un principio constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos, el juez tiene la obligación de interpretar esa reforma conforme la Constitución y los tratados suscriptos por el país que, en este caso, ordenan que no se utilice como regla el encierro de los niños y adolescentes por delitos y que cuando se lo disponga, se trate de casos muy excepcionales, cuya excepcionalidad debe estar debidamente argumentada y fundada.

Como ya indiqué, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado y aplicado esta regla en diferentes casos. Yo no encontré sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay sobre este tema, pero si se litigan estos casos y se insiste con la primacía del principio, en tanto la ley no sea modificada, tal vez en algún momento se emita la sentencia que establezca que la *obligatoriedad* es, en rigor, una *potestad* judicial, porque de otro modo se vulnerarían los compromisos internacionales asumidos por el país. Una hermenéutica parecida (pero aplicada para la duración de la condena) fue realizada por la Corte Suprema de la República Argentina en el caso Maldonado¹¹.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Fallos 328:4343.

IV. No haber cumplido con la aplicación de medidas y sanciones no privativas de libertad en la justicia juvenil es uno de los aspectos más débiles del proceso de incorporación del amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de la infancia.

Entre otras razones, las reformas que tuvieron lugar hace más de dos décadas se justificaron en el escándalo moral que significaban prácticas que utilizaban el encierro institucional como respuesta a diferentes situaciones en las que se encontraban los niños, centralmente, de desprotección o de comisión de delitos. Probablemente uno de los motores éticos más fuertes de dichas reformas fue organizar la respuesta estatal de modo que los problemas vinculados con los niños que necesitaban ayuda se resolvieran de un modo diferente al penal, y que las cuestiones vinculadas con el delito de los jóvenes se resolvieran dentro de un marco penal en términos de límites al Estado, pero sin recurrir principalmente a la privación de libertad. Éste fue el *leit motiv* de la reforma.

Sin embargo, ese objetivo no se cumplió. Sería interesante indagar en este espacio por qué, para superar, de una vez por todas, el obstáculo social, político y epistemológico de dependencia de la utilización sistemática de la privación de la libertad de los menores de edad que tienen las sociedades latinoamericanas, aún cuando las leyes nacionales e internacionales establecen que es una práctica prohibida.

Creo que éste es el núcleo duro del problema. Si se logra empezar a problematizarlo o destrabarlo, quizás dentro de un tiempo se cumpla con el mandato —constitucional, legal y del Derecho Internacional— de no utilización de la privación de libertad con los adolescentes infractores salvo en circunstancias muy excepcionales.

Lograrlo tiene una ventaja adicional. Significaría no sólo cumplir con la ley sino además producir resultados sociales deseables en términos de

seguridad ciudadana, justamente a la inversa de cómo habitualmente se plantea la discusión. Al reducirse el uso extensivo del encierro de jóvenes, probablemente —sin ser demasiado optimistas—, se reducirían los niveles de violencia social hacia los adolescentes y de ellos hacia la sociedad. De acuerdo con todos los estudios rigurosos disponibles, la utilización excesiva de la privación de libertad de niños y adolescentes aumenta la violencia, no la reduce. Una sociedad madura, sensata y culturalmente sofisticada no puede concluir que su seguridad depende de un mayor número de adolescentes presos, dado que todos los datos objetivos, científicos y verificables indican exactamente lo contrario.

V. Si con leyes que no prohibían que los niños fueran privados de libertad por un sinnúmero de razones, el escenario en los hechos es casi idéntico al actual, en el que las leyes establecen que los niños no pueden ser privados de libertad sino por razones excepcionales vinculadas con la comisión de delitos muy graves, se hace evidente que el problema no está solamente en la ley.

Con el propósito de explorar todas las herramientas que existen para responder al delito de los niños y adolescentes, analizaré diferentes supuestos y escenarios que permiten implementar respuestas variadas y evitar el encierro.

i. Las normas internacionales han avanzado considerablemente sobre el tema. De ordenar que no se debe aplicar la privación de libertad a menores de edad sino por el período más breve y siempre que no exista otra respuesta mejor, se ha avanzado hasta la regla que establece que si se puede directamente evitar la utilización de la justicia penal, se debe preferir

ese camino. Es algo más trascendental que la regla de no utilización del encierro; se prescribe utilizar otras formas de administrar la conflictividad social vinculada con el delito de los jóvenes por fuera de la lógica penal, porque se asume que cualquier intervención penal —aunque no implique privar de la libertad— tiene efectos contrarios al ideal de la reintegración social.

Como es sabido, en las legislaciones anteriores se utilizaba la privación de libertad de forma generalizada. Luego se avanzó hasta la exigencia del principio de legalidad penal: sólo por delitos se puede privar de libertad a un niño o adolescente, para indicarse posteriormente que aún cuando se impute un delito a una persona menor de edad, no se recurra al sistema penal si ello es posible. Estas reglas revelan la desconfianza en el sistema penal para resolver los problemas de los jóvenes y el delito que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La dificultad radica en cómo se concretan esos principios. Consideremos un ejemplo. Los adolescentes, por regla, cometen delitos en flagrancia; de forma sencilla, ello significa que son descubiertos en el momento del hecho. ¿Por qué imaginan que es así? Por la edad, porque son niños, adolescentes, no son “profesionales del crimen”, contrariamente a lo que a veces se plantea en los medios de comunicación. La menor edad e inmadurez que le es característica determina que los menores de edad por regla sean capturados mientras cometen delitos, que, además, llevan adelante con sus amigos. Fíjense que un agravante de algunos delitos es cometerlos *en banda*, pero en el caso de los niños, hacerlo de ese modo es propio de la edad dado que, generalmente, los adolescentes se mueven en grupo. El mayor disvalor que para el derecho penal general implica la reunión de personas para cometer un delito (que llega a constituir un delito en sí mismo en algunos casos, como ocurre en la asociación ilícita), no está configurado

cuando los involucrados son personas menores de edad, dado que ellos realizan todas sus conductas de forma colectiva o grupal.

Estas características del delito juvenil explican que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenga una cantidad de reglas orientadas a evitar que los casos se procesen con las reglas generales del sistema penal, aunque sea uno especializado como el regulado por todas las legislaciones latinoamericanas sobre justicia juvenil, incluido el Código de la Niñez y la Adolescencia.

El ejemplo que mencioné hace unos minutos sobre los delitos en flagrancia es útil para ver cómo operarían esas reglas de modo de evitar la utilización del sistema penal y de la prisión en estos casos. Los adolescentes, por regla, no cometen delitos complejos. Los casos más frecuentes involucran a un joven que es rápidamente detenido luego de tomar por la fuerza un celular, una mochila o una cartera, y a una víctima identificada. Todo está en la escena del hecho que se prueba también con videos de seguridad, otros testigos incluidos los policías que conocen al adolescente porque siempre hace lo mismo en la misma zona con sus amigos, etc.. Con todos esos elementos se lo detiene y, si ya cuenta con ingresos anteriores, probablemente pase tiempo privado de libertad sin acceso a programas de reintegración. Es un circuito ineficaz que se repite en todas las ciudades, sin que se implementen otras formas de abordar esos problemas cuya dinámica y características son bien conocidas por quienes deben garantizar seguridad.

ii. ¿Cómo se podría empezar a intentar, por lo menos en lo conceptual –después se requiere toda una ingeniería institucional que no existe–, desarmar estos obstáculos culturales (la dependencia del encierro), estas prácticas que están tan instaladas?

Para ello tienen que distinguirse varias situaciones.

La primera tiene que ver con lo que los penalistas llamamos el Derecho Penal material o sustantivo, que se refiere a los delitos, a la responsabilidad –esto es, a la culpabilidad–, y analiza la capacidad y la edad penal. Esa es la primera distinción que hay que hacer para pensar las alternativas. Este tema está resuelto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, que regula una edad de ingreso al sistema penal general de 18 años; ésta es la barrera que separa el mundo de los adultos del de los niños.

iii. En el Código se establece también, como en las legislaciones de todos los países latinoamericanos, una edad mínima de responsabilidad penal de 13 años. Por lo tanto, hay dos escenarios para pensar alternativas al encierro: el de los adolescentes que son penalmente responsables, y el no menos importante aunque poco relevante desde el punto de vista estadístico y escandalosamente relevante desde el punto de vista mediático de los más chicos, penalmente irresponsables en razón de su menor edad (13 años). Los dos escenarios requieren abordajes diferentes por razones legales, políticas y sociales.

De la experiencia latinoamericana se desprende que el escenario que genera más dificultades es el de los más chicos, porque es el que dispara reclamos por el cambio legal y la rebaja de la edad de imputabilidad. Esto es así porque respecto de los niños penalmente irresponsables –en el caso de Uruguay quienes tienen menos de 13 años–, la sociedad interpreta que cuando se les imputa un delito, *no pasa nada*, el Estado no toma ninguna medida. La idea de que cuando se imputa un delito relativamente grave a un niño con una edad que está por debajo de la mínima penal no se activa ninguna reacción estatal (equivalente a la de impunidad), explica que se dispare la alarma social y el reclamo por el endurecimiento del sistema que,

básicamente, se traduce en reducir la edad de imputabilidad y aumentar la duración de las penas.

Los casos de niños penalmente irresponsables en razón de su edad son muy pocos, pero cuando alguno de ellos comete un hecho grave genera mucha alarma social. En este país hace un año se estuvo a punto de hacer modificaciones respecto de la edad penal¹², por lo que es un tema que conocen bien.

Sobre la respuesta al delito cometido por niños que pertenecen a este grupo se han elaborado algunas alternativas razonables por parte del derecho internacional y sus organismos especializados. Por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño, que es el organismo de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre Derechos del Niño, no defiende la posición de que cuando se imputa un delito por debajo de la edad penal mínima no debe adoptarse ninguna medida; lo que postula es que deben adoptarse medidas no punitivas –no se puede castigar a quien no es responsable en razón de su incapacidad basada en su menor edad– orientadas a la reintegración social, en un marco que asegure el debido proceso legal (el niño debe tener un abogado y debe poder defenderse, declarar e impugnar la medida que se le aplique). En general, estas son medidas que se adoptan en el ámbito administrativo o civil de familia.

Me atrevería a afirmar que aquí, como en toda América Latina, no se ha dado una respuesta satisfactoria a la situación de los niños a quienes se imputan delitos cuando se encuentran por debajo de la edad penal mínima. No es satisfactoria ni para los niños ni para la sociedad.

12. En octubre de 2014 se plebiscitó una reforma constitucional que proponía, entre otras cosas, disminuir la edad de responsabilidad penal de 18 a 16 años. El 53,7% de los uruguayos se manifestaron en contra de bajar la edad de imputabilidad penal mientras que el 46,3% restante lo hizo favorablemente.

En general, los niños más pequeños a los que se les imputan delitos graves se encuentran en una situación de vulnerabilidad enorme. El Estado tiene con ellos intensos deberes de prestación y cuidado. Por ello, lo que debería suceder ante un delito cometido por un niño, luego de verificarse qué sucedió en un marco que asegure el debido proceso legal, es la activación de todo el sistema de protección y cuidado comunitario y estatal, orientado a su reintegración. Ésta es la primera ausencia o déficit que existe en América Latina para poder cumplir con el mandato del derecho internacional.

En el caso de Uruguay, la obligación señalada en relación con este segmento de niños involucrados en ilícitos penales apunta a la autoridad estatal encargada de asegurar los derechos de protección y prestación a la infancia que no es la agencia penal juvenil SIRPA-INAU, sino el ámbito de protección, el INAU. En estos casos los dispositivos de abordaje son muy específicos y están orientados a restablecer los derechos vulnerados de ese niño con miras a su reintegración social. No operan dentro de la lógica penal. Debe insistirse en que la actividad de la autoridad administrativa debe estar enmarcada dentro de un proceso que asegure garantías mínimas como el derecho de las partes y la revisión de las medidas dispuestas.

iv. El siguiente grupo es el integrado por los adolescentes penalmente responsables que en este país incluye a aquellos que tienen entre 13 y 18 años de edad. Esa es la población objetivo de este seminario. Estrictamente, la justicia juvenil involucra a estos adolescentes, no a los niños mencionados en iii. aunque cuando estos últimos se involucran en hechos graves provoquen mucha conmoción social.

Las llamadas medidas alternativas a la privación de libertad están pensadas precisamente para este grupo porque, como indiqué, respecto

de los más pequeños no se pueden adoptar medidas penales, aunque no sean privativas de libertad, sino sólo medidas de protección si son necesarias. Todas las normas internacionales establecen que no se utilice el encierro como respuesta a los delitos de los menores de edad penalmente responsables –o sea, aquellos que se encuentran entre la adultez (18 años) y la edad penal mínima (13 años)–. Para implementarlas debemos regresar a la distinción entre Derecho Penal sustantivo o material y Derecho Procesal o cuestiones procesales.

Para los penalistas, en general, es más importante el Derecho Penal material que el Derecho Procesal; pero en la vida de la gente ocurre exactamente al revés: si los sistemas procesales y sus instituciones funcionan de forma adecuada, las soluciones del Derecho Penal material que el Derecho Procesal implementa, pierden centralidad en las discusiones sobre derechos y seguridad.

VI. ¿Qué hay que hacer para concretar la idea de que un adolescente no sea encarcelado, aunque sea responsable de la comisión de un delito?

i. Si leen todas las normas internacionales y los comentarios sobre ellas del Comité de los Derechos del Niño, advertirán que la primera obligación con respecto a esta franja de niños penalmente responsables es que aun cuando hayan cometido un delito grave, si resulta posible sacar el caso de la justicia penal, debe seguirse ese camino. ¿Por qué? Porque si se ingresa al sistema penal, las chances de reintegración social de ese adolescente comienzan a disminuir. Técnicamente los mecanismos de derivación de los casos a instancias no judiciales penales se conocen, en inglés, como *diversion*.

¿Cómo funciona la *diversion*? ¿Cómo se evita legalmente que un caso ingrese al sistema penal? Se lo hace con toda la tecnología de la justicia restaurativa, muy avanzada en algunas regiones del mundo. De hecho, en algunos países desarrollados se ha mostrado como la única herramienta eficaz en la justicia juvenil para evitar que los niños vuelvan a cometer delitos. Los países latinoamericanos utilizan muy poco las soluciones restaurativas o conciliatorias, aún cuando todas las legislaciones las regulan. Sin embargo, es lo único que funciona de acuerdo con el derecho comparado. Esa es una paradoja considerable. Se concreta una reforma tan importante como la latinoamericana para garantizar los derechos de los niños en la ley, pero no se crean los mecanismos que son conocidos por su eficacia para hacer efectivos esos derechos.

Un ejemplo de la justicia penal de adultos permite advertir dónde se encuentran las dificultades. Como saben, en prácticamente todos los países latinoamericanos se realizaron reformas del proceso penal orientadas a transformar los llamados sistemas inquisitivos en sistemas acusatorios. Este proceso llevó muchos años y ha sido parcialmente exitoso sólo en donde se asoció la reforma legal a reformas institucionales; allí donde se hicieron reformas legales sin reformas institucionales las prácticas no se modificaron y la realidad no sintió el impacto del cambio normativo. En un sistema inquisitivo que se basa en expedientes escritos y no públicos, no es preciso tener salas de audiencias; en uno acusatorio oral y público, las audiencias son el corazón del proceso. Por ello, en uno y otro caso, para poder cumplir con la ley deben modificarse sustancialmente los aspectos edilicios dado que los ambientes son completamente diferentes en uno y otro sistema. No se puede usar una ley que tiene una institucionalidad nueva con las estructuras de la ley anterior. Chile planteó una reforma en esa línea, estructurada, extendida en el tiempo de implementación,

muy pautada y monitoreada con datos empíricos; otros países solamente aprobaron leyes, sin ningún estudio de viabilidad, implementación o reforma institucional, más allá de la eventual creación de cargos.

Algo parecido a lo segundo sucedió con las reformas de la justicia juvenil. Las leyes fijan varias soluciones y caminos alternativos al sistema penal, pero en ningún país se produjo una transformación significativa, en los hechos, de los circuitos que permiten que un caso ingrese o no al sistema penal.

Por ello, la primera tarea para cumplir con los principios antes mencionados es construir el mecanismo que evite el ingreso de los adolescentes al sistema penal. La experiencia indica que más allá de lo que establezca la ley, cuando debe resolverse un asunto y no existe la ingeniería institucional alternativa, el operador va a tramitarlo como siempre lo hizo. Por ello, la primera cuestión es la implementación de mecanismos de justicia restaurativa.

ii. La siguiente figura, también procesal, es la que en el Derecho Internacional (en las reglas de Beijing), se denomina *remisión*, institución que equivale en el derecho procesal general al *principio de oportunidad* que son las facultades discrecionales o regladas que tienen los fiscales para impulsar o no los casos. En este supuesto el proceso se ha iniciado, pero se detiene pronto. El fiscal resuelve, por razones de política criminal, que no es conveniente seguirlo y puede archivarlo con derivación a la autoridad administrativa, solicitar medidas u otras cuestiones, según la legislación.

En este caso ya ha fracasado la vía alternativa (*diversion*, justicia restaurativa) y ya se puso en funcionamiento la maquinaria penal (con policías, fiscales, expedientes, etc.). En estos casos puede haber ocurrido

que la víctima no aceptó la solución reparatoria, pero el fiscal entiende que avanzar con el proceso no va a cumplir ninguna función de reintegración social, por ejemplo, con un muchacho con serios problemas de adicciones. En estos supuestos se puede disponer la remisión con una medida de ingreso a un programa de rehabilitación u otras orientadas a evitar que se meta en problemas durante algún un tiempo (impedimiento de contacto, etc.).

iii. Otra figura procesal muy cercana a la remisión pero que se adopta cuando la investigación ya se ha formalizado y el proceso ya ha avanzado hasta, quizás, con una vinculación formal al proceso, es la *suspensión de juicio a prueba*.

Tanto la remisión como la suspensión del juicio a prueba se ordenan junto con la adopción de medidas que, por supuesto, no son privativas de libertad. Se trata de formas de control social informal que procuran que el adolescente no se meta en problemas en el futuro y, en general, tienen que ver con garantizarle los derechos que hasta ese momento no tuvo garantizados. *En eso consiste la reintegración social para el derecho internacional de los derechos humanos*.

Es importante precisar que el derecho internacional de los derechos humanos no postula que debe utilizarse el sistema penal para garantizar derechos; no se trata, como ocurría antes, de que a un niño o adolescente que no cometió un delito se lo ingrese al sistema penal para garantizarle derechos. Lo que establecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño es que los niños y adolescentes **penalmente responsables** deben ser reintegrados socialmente, propósito que no se satisface con su encierro institucional. Para lograrlo debe implementarse algo que no pertenece al mundo del derecho sino que es

de sentido común: si el adolescente tiene un problema de adicción, debe abordarse ese problema o sea, garantizarle su derecho a la salud; si no va a la escuela, tiene que asegurársele su asistencia a un colegio; si está en una edad en la que pueda desarrollar alguna actividad profesional y lo necesita o quiere, deben generársele las condiciones para ello con alguna salida laboral que no le entorpezca su formación educativa, etc.. En otras palabras, la comisión del delito no lo priva de sus derechos de protección, sino todo lo contrario. Otra conclusión pondría a los niños y adolescentes infractores de la ley penal en la misma situación que los adultos.

Todas las instituciones procesales alternativas mencionadas contribuyen a esos fines.

La pregunta que se impone ahora es: ¿cuántas oficinas de suspensión de juicio a prueba y de monitoreo a prueba existen en América Latina? ¿Cuántos cuerpos técnicos, profesionales de la pedagogía, de la intervención social, que trabajan en libertad para que la persona no vuelva a la cárcel, existen en la región? Es una especialidad profesional que no ha tenido el debido apoyo y desarrollo, si se atiende a las exigencias del derecho internacional. La inexistencia de estos profesionales explica que en la práctica ocurran habitualmente escenas como la siguiente. Es detenido un adolescente (primario o no) por la comisión de un hecho que no es grave y para los que, según la ley, pueden utilizarse alguna de estas salidas alternativas que comentamos. El juez le dice que tiene que presentarse una vez por semana o cada quince días; pero al no existir equipos de acompañamiento experto en libertad, a lo que se añade que muchas veces los adolescentes ni siquiera entienden lo que les dice el juez ni el lenguaje que usa ni la importancia de presentarse ante el juzgado, no cumplen con la medida dispuesta. Como no hay programas, no existen la tecnología ni los operadores, y por regla se trata de niños que carecen de recursos económicos y sociales

básicos, la medida no se cumple y se genera una percepción de impunidad para el joven, para la víctima y para la sociedad, simplemente porque el Estado no está presente con él, en libertad. Finalmente, el joven regresa al juzgado tiempo después imputado por un hecho más grave respecto del cual legalmente no va a ser posible utilizar esas salidas alternativas y va a quedar detenido. Siempre se repite el mismo ciclo y cada vez que ello ocurre el Estado pierde una oportunidad privilegiada de reintegrar socialmente a estos adolescentes.

Como queda claro, no se trata de un problema legal sino que tiene que ver con la ausencia de una **ingeniería institucional** y de cuerpos técnicos que sostengan el propósito de reintegración social en libertad.

Los requisitos para la utilización de estas medidas son la menor gravedad del hecho, que el adolescente haya sufrido alguna consecuencia como consecuencia del delito (lo que se conoce como pena natural), que no haya interés de la víctima, que el fiscal no tenga interés en gastar recursos en el caso, que el adolescente se muestre arrepentido, etc.. Todos estos motivos están regulados por las leyes y deben ser considerados debidamente en cada caso para evitar ingresarlo al sistema penal juvenil.

VII. Analizaré ahora algunas dificultades que presentan estas salidas y medidas alternativas al proceso penal juvenil.

Un primer problema de la justicia restaurativa es cómo se garantiza que la negociación se haga en términos justos y que el niño no se sienta presionado para acordar con la víctima. ¿Necesita un abogado? ¿Cómo participa la víctima? ¿Cómo participa el fiscal? ¿La víctima puede venir con un abogado? ¿Cómo se hace para que los adolescentes, cuyos tiempos

son muy rápidos, sostenga el compromiso de la negociación durante, por ejemplo, seis meses o un año? Todas esas preguntas, con excepción de la referida a la representación legal, conducen a la centralidad en este tema de todos los saberes no jurídicos. Para que el dispositivo alternativo funcione bien, el Estado debe dotar de recursos, entrenamiento y condiciones laborales adecuadas a toda la fuerza de trabajo profesional de la intervención social, que en portugués se denomina *pedagogia*. No hay manera de que las medidas no privativas de libertad —e, incluso, las privativas de libertad—, funcionen por sí mismas —aun si se crean los programas y se los dota de recursos—, si no se cuenta con los equipos técnicos interdisciplinarios para resolver y responder estas preguntas. Ésta es otra asignatura pendiente de la reforma de la justicia juvenil latinoamericana.

Los abogados tuvimos una centralidad absoluta en el proceso durante casi un cuarto de siglo, pero es claro que el aporte que hicimos y podemos seguir haciendo está acotado a aspectos muy específicos que tienen que ver con pautar y, sobre todo, limitar la actuación estatal. Esos límites son los derechos y garantías fundamentales de la justicia juvenil; pero al momento de poner contenido al deber estatal de asegurar la reintegración social, el abogado no cuenta con las herramientas disciplinarias requeridas para ello. ¿Cómo puede un abogado saber que hay que hacer para que un niño o un adolescente supere una adicción? ¿Qué sabe un abogado sobre cómo se hace para que una adolescente o un niño que están insertos en dinámicas de violencia salgan de esa espiral? Los abogados no saben cómo se logra.

Por ello, para que estos programas funcionen hace falta, con urgencia, la recreación de este saber experto de la intervención social con jóvenes. Como se dijo, antiguamente cientos de libros estudiaban el tema de la delincuencia juvenil y explicaban cómo debía intervenir; por supuesto,

lo hacían con un signo de época, pero el punto que quiero destacar es que existía toda una tecnología social de la intervención que actualmente, por reacción a los excesos de aquella intervención injustificada, de aquel paternalismo injustificado, directamente dejó de ser un tema y el saber legal colonizó, dominó toda la discusión sin dejar espacio para las ciencias pedagógicas.

Hoy se advierte claramente –y lo destacan también las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que, sin estos equipos y estos profesionales de la intervención social, no hay posibilidad de asegurar la reintegración social de los adolescentes infractores. La conclusión que podría sacarse es que para asegurar la reintegración social del joven hacen falta con urgencia algo más que leyes y abogados.

VIII. Ingreseemos ahora a las medidas no privativas de libertad o medidas alternativas, como suelen llamarse. Hace años insisto con que para superar el obstáculo cultural de dependencia de la privación de la libertad, es preciso plantear el tema en otros términos. Si leen el propio Código de la Niñez y la Adolescencia o las normas internacionales, podrán darse cuenta de que lo alternativo es la cárcel.

La respuesta estatal al delito del menor de edad no son “medidas alternativas”. Algunas leyes hablan de sanciones y otras de medidas. Ello tiene una explicación histórica; pero cuando la gente escucha la palabra «sanción», le parece que es más serio, que hay mayor responsabilidad y lo asocia a la idea de castigo, mientras que cuando se habla de «medida», la comunidad asocia la palabra a impunidad, o sólo con la idea de protección.

La cuestión de las nomenclaturas fue muy discutida a comienzos del proceso de reforma y hay argumentos en sentidos contrarios; pero de todos

modos, no me atrevería a proponer reformas legales por esta razón, debido a los señalamientos formulados al comienzo.

En todo caso, es claro que las medidas que tiene el Código de la Niñez y la Adolescencia para la franja de adolescentes penalmente responsables, esto es de 13 a 18 años no cumplidos, son medidas sancionatorias. Esto es lo que habría que comunicar: que las medidas sancionatorias son consecuencia de una imputación penal, que fracasaron todas las vías de salida y, por lo tanto, se hizo un juicio y se declaró la responsabilidad penal del adolescente, pero que el juez no lo priva de su libertad porque ello no es conducente para lograr su reintegración social. Por ello tiene que recurrir a todas las medidas sancionatorias que regula el Código de la Niñez y la Adolescencia, que ustedes conocen y saben que se extienden desde medidas muy leves como reparaciones de daños o amonestaciones verbales –que en general no se usan porque si se llegó hasta ahí fue porque el hecho tuvo alguna envergadura o gravedad–, libertades vigiladas, otras formas de trabajos comunitarios, arrestos de fin de semana, etcétera.

¿Cómo se garantiza el éxito de estas medidas sancionatorias? Por un lado hacen falta abogados. El abogado es fundamental porque todo lo que se describe debe transcurrir en el marco de un debido proceso legal y los abogados son los únicos que pueden garantizarlo. Su presencia tiene como objetivo asegurar el camino y los límites de la intervención estatal. El abogado tiene que estar presente para controlar toda la actividad judicial y finalmente, para que el juez fundamente bien su sentencia, porque de otro modo, si se ordena una medida que no es adecuada, ¿quién va a presentar un recurso contra esa medida?

Desde el punto de vista judicial, el tema de las medidas sancionatorias juveniles presenta algunos ribetes complejos pero muy interesantes, porque la sanción se rige por la regla de proporcionalidad y la proporcionalidad

tradicional es medida por la culpabilidad del infractor en términos del monto de pena, del tiempo que se priva de libertad a una persona. Ese es el sistema clásico para adultos. En cambio, como indiqué, en el sistema de adolescentes las medidas sancionatorias son temporales, pero tienen otras características desde el punto de vista fenomenológico. ¿Cómo se pondera entonces la proporcionalidad? ¿Qué es más proporcional para distintas infracciones? ¿Seis meses de libertad asistida o tres meses de trabajo comunitario?

La dificultad radica en que no se ha desarrollado el tema porque se continúa con la aplicación de la privación de la libertad como regla. En la práctica estas medidas se aplican muy poco y, como no están los equipos o están pero no con suficiente grado de institucionalidad, recursos, personal, etc., si se aplican las medidas no hay soporte, por lo que la medida fracasa y, como indiqué anteriormente, el caso regresa para que el adolescente sea detenido.

El mandato de utilización excepcional de la privación de libertad de adolescentes en la justicia juvenil exige al juez que dé muchas y muy buenas razones para encerrar a un menor de edad. Antes, la privación de libertad ocurría, era por *default*, sin justificación alguna. Desde esta perspectiva, la reciente reforma legal sobre la *obligatoriedad* de su uso en algunos casos puede haber servido para que los jueces eviten dar argumentos. De acuerdo con la manda internacional, la sentencia que simplemente ordena la privación de libertad de un niño desconoce la obligación de aplicar antes medidas sancionatorias como las que comentamos hasta ahora. Por ese motivo la exigencia argumental para restringir de la libertad es de muchísima mayor intensidad. La privación de libertad tiene que ser pedida por el fiscal, el defensor debe dar todas las razones para combatir los argumentos del fiscal y el juez tiene que responder todas las razones del

defensor para poder ordenarla, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la legislación actual, por ejemplo, el defensor debería argumentar por qué la nueva regulación sobre el tema que ordena el encierro es contraria a las reglas de Derecho Internacional que estudiamos.

IX. En definitiva, el mandato es doble: 1° que no se utilice el sistema penal con niños y adolescentes jóvenes a los que se les imputa delito; y 2° si lo anterior no es posible, que no se utilice la privación de libertad. Para lograrlo debe distinguirse si el menor de edad se encuentra por encima o por debajo de la edad penal mínima.

En cualquiera de los dos casos no existe un andamiaje adecuado, un armado institucional suficientemente fuerte o, por lo menos, equivalente al que existe en todos los países para la privación de libertad. Para medir la equivalencia, evalúen por favor cuántos recursos se gastan para las personas privadas de libertad y cuántos se utilizan para medidas sancionatorias no privativas de libertad. La respuesta es obvia y refleja la inversión de la regla de derecho. Se gasta menos para las principales, y se gasta más para la alternativa, que es el encierro excepcional. Para poner las obligaciones estatales en el orden exigido por el derecho internacional, deberían multiplicarse exponencialmente los recursos asignados a las medidas no privativas de libertad en relación con las privativas de libertad. Eso sería tomarse en serio los derechos de los adolescentes infractores. No se trata solo de aprobar una ley que diga que el adolescente tiene derechos. Ese es el cambio que urge concretar en esta nueva etapa de la justicia juvenil.

Para la franja de menores de edad penalmente responsables existen las salidas procesales que mencioné: mediación, justicia restaurativa, principio de oportunidad y remisión, o suspensión de juicio a prueba.

Si el juicio concluye y el adolescente es condenado, deben aplicarse una serie de sanciones que no implican su privación de libertad. Si nada de esto funciona o el hecho es muy grave y el juez realmente considera que el adolescente debe ser privado de libertad, tiene que emitir una resolución muy fundamentada. Va a tener que justificar la utilización de una institución sobre la cual toda la ciencia criminológica, desde hace décadas, dice que no sirve para resocializar, pero que en ese caso y para ese joven, sí serviría para su reintegración social. Esa fundamentación es una exigencia de validez de la sentencia.

X. Si se aplican estas reglas con la ingeniería institucional indicada, en lugar de ochocientos menores de dieciocho años privados de libertad en Uruguay, ¿cuántos habría? No lo podemos saber exactamente, pero es claro que el número se reduciría dramáticamente y, con que se redujera de 800 a 100 o 200, ya sería una victoria real de los derechos humanos de los adolescentes infractores y, además, de la sociedad uruguaya.

Al escuchar las estadísticas que se mencionaban, recordé el caso de la Argentina donde existe una ley de hace varias décadas pero que los jueces y la Corte Suprema, en particular, la han interpretado de forma compatible con los estándares internacionales. Ello ha conducido a que con una población de 45.000.000 aproximadamente, desde hace quince años la población de menores de dieciocho años privados de libertad se mantiene estable entre 1.700 y 1.800 jóvenes. Es una referencia no de un país europeo, sino de un país vecino que decidió, no sin dificultades, concretar la regla de la utilización excepcional de la privación de libertad de niños y adolescentes. De todos modos es un número importante, que debe reducirse; pero claramente revela que los jueces no quieren privar

de libertad a los adolescentes y que concretan importantes esfuerzos argumentales para ello.

Por otro lado, se mencionaban anteriormente los “enemigos del Derecho Penal”. La reforma latinoamericana de la justicia juvenil tuvo muchos logros y presentó muchas soluciones, pero confió demasiado en el sistema penal. Como el sistema anterior desconfiaba tanto del sistema penal y cometía tantos excesos, ingenuamente se creyó que el reingreso de los adolescentes al Derecho Penal podía por sí mismo reencaminar la cuestión de los adolescentes infractores *in totum*. Es cierto que la reencaminó en lo que tenía que ver con los aspectos penales formales (debido proceso y garantías materiales), pero en lo vinculado a los contenidos de la respuesta penal (reintegración social), como indiqué, la ley penal no es suficiente. Actualmente, en muchos países de la región se aprueban leyes de excepción para incluir a los menores de dieciocho años de edad en los dispositivos penales generales, para tratarlos como adultos si cometen determinados delitos graves. Es una tendencia regresiva muy grave y preocupante.

Otra cuestión que hay que considerar es que el Derecho Penal no está diseñado para niños ni para adolescentes. Entre muchas otras cuestiones, es el tiempo lo que los define como tales. Además el Derecho Penal no piensa en la irreversibilidad, otra característica del tiempo de la infancia. En ese sentido, son las medidas no privativas de libertad las que pueden tener en cuenta el tiempo, ser modificadas, sensibles a las circunstancias del joven; en cambio cuando una persona está detenida en una institución parece que el tiempo también se detiene con ella.

Creo que parte de lo sucedido se explica porque en lugar de adoptar respuestas penales propias de modelos de Estado social y características del derecho internacional de los derechos humanos, en materia penal juvenil América Latina adoptó un modelo liberacionista, punitivista, al enfatizar

solamente las garantías liberales del debido proceso sin prestar atención a los derechos/deberes estatales de protección hacia los niños infractores.

El derecho a la reintegración social no es una garantía liberal, sino un derecho de protección, de prestación, derivado del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, propio de los Estados sociales. Cuando se tiene una mirada de los sistemas de justicia juvenil enfocada en las garantías formales procesales (enfoque liberacionista), se desconocen o soslayan los aspectos de prestación y protección. De ese modo no se previene el delito ni se reintegra al adolescente infractor, con lo que los niveles de violencia no se reducen, como pasa siempre cuando uno recurre al sistema penal como solución para un problema social. Luego la sociedad interpreta que el sistema así como está no funciona y reclama una ampliación del modelo punitivo. Esto es lo que hoy se vive en América Latina con las tendencias regresivas que mencioné anteriormente.


En conclusión, si se pretende cambiar la realidad de la violencia de los adolescentes hacia la sociedad y de ella hacia los niños y jóvenes, es preciso retomar la conversación entre los deberes de prestación del Estado hacia la infancia –en este caso, fundamentalmente, la reintegración social de los adolescentes infractores–, y las garantías y los derechos de libertad. Este fue un diálogo que se interrumpió hace 25 años, pero que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en todas sus sentencias dice que hay que retomar. Sin ese diálogo entre deberes de protección y de prestación del Estado –esto es el cuidado de los niños con el respeto de sus garantías de libertad–, no va a haber nunca ni medida no privativa de libertad ni privación de libertad que garantice la reintegración social de los jóvenes.

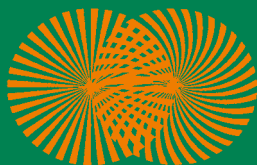
Estas eran las reflexiones que quería compartir con ustedes.

Les agradezco la atención.



ISBN 978-9974-8291-2-1

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2015
en  **Gráfica Natural S.A.**
Julio Herrera y Obes 1272 / Telefax 2908 7628 - 2900 6930
graficanatural@gmail.com / www.graficanatural.com.uy
Montevideo - Uruguay
Depósito Legal 362.412



casa bertolt brecht

Casa Bertolt Brecht

Andes 1274 esq. San José

Tel/Fax: (00 598) 2900 3240

www.cbb.org.uy - info@cbb.org.uy

Montevideo -Uruguay - 2015

*¿Qué son las medidas no privativas de libertad en Uruguay?
¿Está el país cumpliendo con los compromisos internacionales y con su propia legislación sobre adolescentes en conflicto con la ley penal? Estas preguntas guiaron durante este 2015 un proyecto de investigación y divulgación de la Casa Bertolt Brecht, enmarcado en nuestra histórica defensa de los derechos humanos. Esta publicación presenta los principales resultados del proyecto, incluyendo las voces de académicos, organizaciones de educación, el estado y adolescentes que están o han desarrollado medidas penales no privativas de libertad en la última década.*



ISBN 978-9974-8291-2-1

Apoya:

