



**XVII Jornadas
de Investigación**

A 70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos

¿LIBRES E IGUALES?

4, 5, 6 y 7 de setiembre de 2018

**Sistema Penal Adolescente: el dulce encanto de la
privación de libertad y una larga historia de
resistencias a las Medidas No Privativas**

Ivonne Martínez

Sistema Penal Adolescente: el dulce encanto de la privación de libertad y una larga historia de resistencias a las Medidas No Privativas

Mag. Ivonne Martínez

ivonnem69@gmail.com

El trabajo analiza la evolución de las medidas privativas y no privativas de libertad de adolescentes con infracciones a la ley penal en los últimos años en Uruguay. Se complementa con el análisis de entrevistas realizadas a informantes calificados pertenecientes al Sistema Penal Adolescente (tanto a nivel de operadores sociales como jurídicos). Por último, se identifican algunos obstaculizadores al desarrollo de la modalidad de la medida no privativa de libertad, en particular, y de la Justicia Restaurativa en general, que podrían aportar una clave explicativa de la opción por la privación de libertad como medida privilegiada por el sistema de justicia para la sanción adolescente.

Palabras claves: Justicia Penal Adolescente

1. Introducción

Los años 90, además de salvar a la humanidad de las chaquetas con hombreras y “jopos” gigantes y esfumados, trajeron las Medidas Alternativas a la Internación, también denominadas, Medidas no Privativas de Libertad, para la atención de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Suele ubicarse en el entorno de los años sesenta el inicio de la crisis del sistema penal, y más particularmente, la crisis de legitimación del encierro. La prisión como castigo, costosa e ineficiente, comienza a verse más emparentada con la generación de problemas que con la producción de soluciones.

El 14 de diciembre de 1990 se aprueban las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, también conocidas como las Reglas de Tokio. Autores como Tenenbaum, consideran al surgimiento de las medidas alternativas como una propuesta del enfoque de Derechos Humanos en la administración de Justicia para adolescentes, pero también entiende que se trata de un formato que coincide oportunamente con el retraimiento del Estado en las políticas sociales, con el consecuente traslado de responsabilidades hacia las familias (Tenenbaum, 2016).

Mucho antes de que las recomendaciones internacionales fueran incorporadas a la normativa nacional (lo que recién ocurrió en el año 2004), la institución rectora de infancia en el país en aquel momento, INAME, ya venía desarrollando proyectos de atención a adolescentes explorando esta modalidad. En este sentido cabe referenciar dos experiencias pioneras: el proyecto de libertad asistida del Movimiento Gustavo Volpe; y el que fuera el primer proyecto de sustitución de medidas en el país, que trabajó con adolescentes privados de libertad en La Tablada y Miguelete, implementado por el “Grupo de Apoyo de DEAC”.

En el año 1996 se verificó la expansión de las Medidas No Privativas, con la conformación del Programa de Medidas Socioeducativas de Base Comunitaria, PROMESEC. El Programa se integraba con proyectos oficiales y proyectos ejecutados en la modalidad de convenios con

organizaciones de la sociedad civil, e incluía cuatro modalidades de intervención: libertad vigilada, libertad asistida, sustitución de medidas y mediación.

Finalmente, el Código de la Niñez y Adolescencia, aprobado por Ley 17.823 de setiembre de 2004, recoge los estándares internacionales y consagra el principio de subsidiariedad de la privación de libertad, que, para la atención de los adolescentes en conflicto con la ley, deberá ser empleada “como medida de último recurso y por el período de tiempo más breve que proceda”.

Eso jamás ocurrió.

2. Lo que dice la teoría: Ventajas de diseño a punto de partida

Bajo la denominación Medidas Alternativas a la internación o Medidas No Privativas de Libertad, se incluye un elenco de proyectos que abarcan desde la Mediación hasta la Libertad Asistida, pasando por la Reparación del daño y la Sustitución de medidas.

En los 90' tempranos esta expresión era portadora de promesas de protección integral (doctrinariamente hablando) con sus ventajas de puro diseño al eliminar, a punto de partida, tres problemas estructurales¹ de las instituciones totales. Estas ventajas radicarían en:

- Evitar la violación de los derechos humanos inherentes a las instituciones totales, lo que reduciría notablemente los niveles de violencia.

- Evitar la desocialización (y/o la socialización inconveniente, producto del desarraigo del adolescente de su medio y el montaje de las condiciones de laboratorio).

¹ El “estructurales” alude a que los problemas no se centran en las gestiones ni en los recursos, sino que dichas características se ubican en la estructura misma de la institución, esto es, la gestión ideal (óptima) con los recursos ideales (óptimos) también contaría con estos problemas.

- Evitar la iatrogenia institucional (esto es, la multiplicación del perfil que se pretende “corregir”, que también se asocia con el punto anterior, en la medida que la mayor socialización en las instituciones de encierro se da con los pares²)

Las Medidas No Privativas de libertad, al trabajar la infracción con el joven en su propio medio, no necesitaría de las “condiciones de laboratorio” que las instituciones de secuestro montan, evitando desocializaciones y contando con mayores probabilidades de éxito en el proceso socioeducativo de trabajo conjunto con el infractor. Al trabajar con éste, en su propia comunidad, los proyectos educativos individuales (PEIs) serían más pertinentes, factibles y oportunos. Este constituyó un problema histórico en los internados, donde los educadores planificaban proyectos educativos en función de las condiciones del establecimiento, que poca o nula relación guardaban con la historia de vida del joven en consideración.

Trabajando en el mismo marco de Severidad-Justicia, principio proclamado por la Doctrina de la Protección Integral, las medidas se presentaban como Sanciones Alternativas³. Claramente, jerarquizaban su componente de Sanción jurídica al tiempo que se postulaban como Alternativas a la internación, por tanto uno de sus aspectos claves era el estar dirigidas a los mismos jóvenes (igual perfil y tipo de infracción) a quienes se sancionaba con privación de libertad (Liwnsky, 1991). Sus impulsores colocaban la propuesta en las antípodas de un esquema de progresividad sancionatoria, alertando sobre los riesgos del softcontrol, en virtud del cual las alternativas a la privación de libertad podrían devenir en alternativas a la libertad, expandiendo los mecanismos de control penal y llegando a los jóvenes que antes no eran captados por el sistema (Pavarini, 1995).

Quizás, o sin quizás, los primeros argumentos verdaderamente fermentales sobre los daños psicosociales del encierro provengan de los teóricos del interaccionismo simbólico. Así, los

² La convivencia con los educadores, en el más extenso de los casos es de 12 hs, en tanto con sus pares, el intercambio es de 24hs.

³ Aquí se emplea el concepto de “alternativas” sin complejos. Literatura posterior, así como el discurso de algunos operadores sociales comenzaron a connotar negativamente el concepto de “alternativa” interpretándolo como “inferioridad numérica” u “opción minoritaria”. Quizás, por la habitualidad del concepto en estadística (Hipótesis nula e hipótesis alternativa) desde el marco aportado por las ciencias sociales, no se comparte esa connotación.

aportes de Bécker, George Mead, Berger, y en particular Erving Goffman, con sus estudios “anatómicos” de las instituciones totales, son referencias ineludibles. Despersonalización, desocialización, “carrera moral” del recluso, desdibujamiento de las barreras que separan los ámbitos de la vida en sociedad, la “rutina administrada formalmente”, “ajustes secundarios”, “violencia institucional”, constituyen algunos de los conceptos derivados del estudio estructural y funcional del encierro. Pero, sin lugar a dudas, los desarrollos argumentales fueron llevados al “siguiente nivel” por los autores abolicionistas y minimalistas. A nivel local destacan: Gonzalo Fernández, Carlos Uriarte, y Eduardo Pesce.

Luego de la crisis del discurso del tratamiento resocializador, (y cualquier variante de las ideologías re) se patentiza que el encierro es malo per se, estructuralmente, formando parte del problema y no de la solución.

Oswaldo Vázquez, detalla al tiempo que sistematiza “Las 10 consecuencias de la Privación de Libertad” en los adolescentes, de la siguiente manera:

1. Desarrollan conductas psicopáticas, ligadas a la conformación de una coraza caracterológica. Esta coraza no les permite mediatizar los estímulos del medio a través de la movilización del mundo afectivo, valórico y cognitivo personal.
2. Los trastornos de la vivencia y expresión de la emocionalidad, caracterizada principalmente por una diferencia afectiva les posibilita enfrentar y protegerse del sistema carcelario, pero no les permite percibir las reacciones emocionales personales ni el sufrimiento ajeno.
3. Trastornos en la capacidad de mediatizar la calidad y la intensidad de la respuesta emocional, según elementos objetivos del entorno.
4. El joven aprende a desarrollar vínculos superficiales y manipulativos con su medio.
5. Todo sistema carcelario se basa en la promoción de la pérdida de la individualidad y la autonomía. En este sentido, las respuestas y reacciones de los adolescentes a los estímulos, se basan en la ausencia de una diferenciación subjetiva, lo que redundo, en una alta vulnerabilidad al entorno carcelario.

6. La experiencia carcelaria provoca una pérdida de la noción espacio temporal. Esto implica la vivencia continua del aquí y ahora, deteriorando gravemente la capacidad de desarrollar aspectos cognitivos relacionados con la proyección vital, el establecimiento de metas y el análisis de consecuencias de las propias acciones en un sentido vital más amplio.
7. Se favorece la impulsividad y la intolerancia a la frustración.
8. La pérdida de la cercanía familiar y de otras figuras adultas o pares significativos potencia aún más que el adolescente termine la construcción de su identidad a partir del contexto carcelario
9. Los efectos de la privación de libertad son altamente nocivos para el desarrollo de aspectos esenciales en esta etapa vital, como son la construcción de identidad e integración social positiva.
10. Tales efectos provocan reacciones de frustración con un aumento progresivo de conductas violentas en el enfrentamiento al entorno, lo que favorece la consolidación de una identidad delictual.

Las prácticas de encierro no resocializan sino que desocializan, estimulan las conductas violentas y desentrenan para la vida en sociedad y en comunidad.

Ante esto, el consenso experto fue cerrando filas en torno al convencimiento de los efectos perjudiciales del encierro, y en particular, cuando éste se realiza en una etapa formativa de la vida. Se termina de consolidar el principio de subsidiariedad de la privación de libertad y la opción por las alternativas.

Está opción “... Debe ser comprendida dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la pena estatal”

“(...) En ese marco, el ya clásico “derecho penal mínimo” o garantismo penal surge como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas”.

“(…) Es a partir de esa idea que, por lo menos en teoría, en América Latina (…) se han diseñado y se están implementando sistemas que dan respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes del modo más activo y menos reactivo posible” (Beloff, 2008, p. 179)

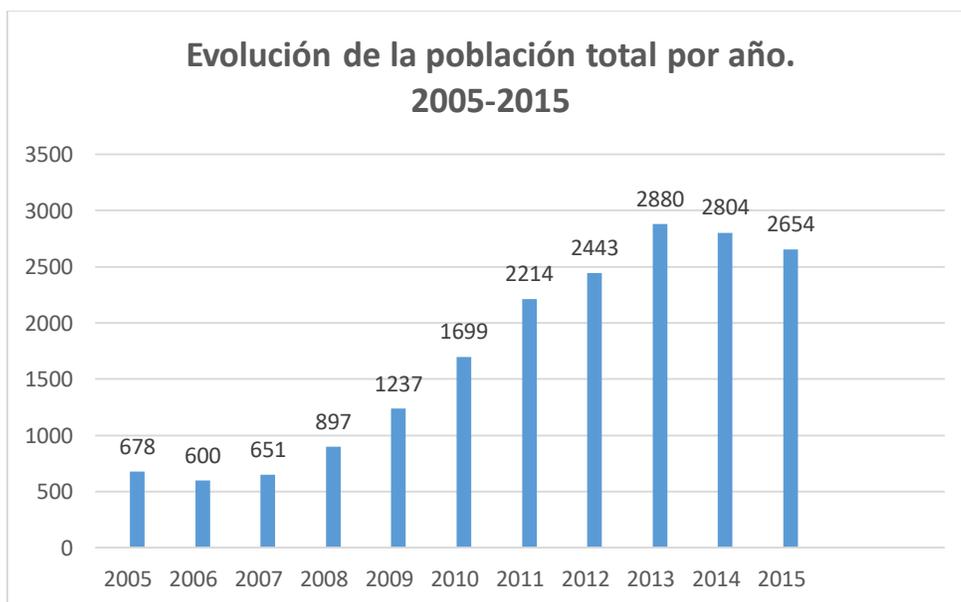
En suma: El diseño de las medidas alternativas a la privación de libertad, comportaría ventajas de puro diseño a punto de partida. Al tratarse de medidas que se implementan en el medio comunitario, evitan la violación de los derechos humanos que suele producirse en las instituciones de encierro (y que varios autores consideran rasgos inherentes a las instituciones totales), lo que reduciría notablemente los niveles de violencia; evitan la desocialización o la socialización inconveniente, producto del montaje de las condiciones artificiales de las instituciones de secuestro; evitan la itatrogenia institucional y la inscripción de los jóvenes en trayectorias delictivas; y por último, permiten trabajar la responsabilización por la infracción en un encuadre legitimado.

3. Lo que dicen los datos: No pasarán

En el período considerado, la institucionalidad encargada de la atención de los adolescentes con medidas judiciales dispuestas por la Justicia competente, cambió de nombre en varias oportunidades. El Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil (INTERJ); se convirtió en el Sistema de Ejecución de Medidas sobre Jóvenes en Infracción (SEMEJI), posterior SIRPA, Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, actual INISA, Instituto de Inclusión Social Adolescente (luego de vetar al INCCA). Estudiar los marcos criminológicos, discursos y correlación de fuerza detrás de estas sucesivas “colonizaciones semióticas” constituiría un estudio en sí mismo (y fuera del alcance de esta presentación). A los efectos de este apartado, se hablará genéricamente del “SISTEMA” para referenciar a la institucionalidad.

En el siguiente gráfico se presenta la evolución de los datos del total de cobertura del Sistema a nivel país en números absolutos de adolescentes con sanciones judiciales durante el período comprendido entre 2005 y 2015, en base a los datos aportados por el Sistema de Información para la Infancia (SIPI) de INAU.

Gráfico 1.



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por SIPI.

El número corresponde a la cantidad de total de adolescentes atendidos por disposición de la Justicia competente, desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.

Cómo se puede apreciar, desde el año 2006 hasta el 2013, el crecimiento es sistemático y sostenido. A partir de ese año comienza a registrarse un leve decrecimiento.

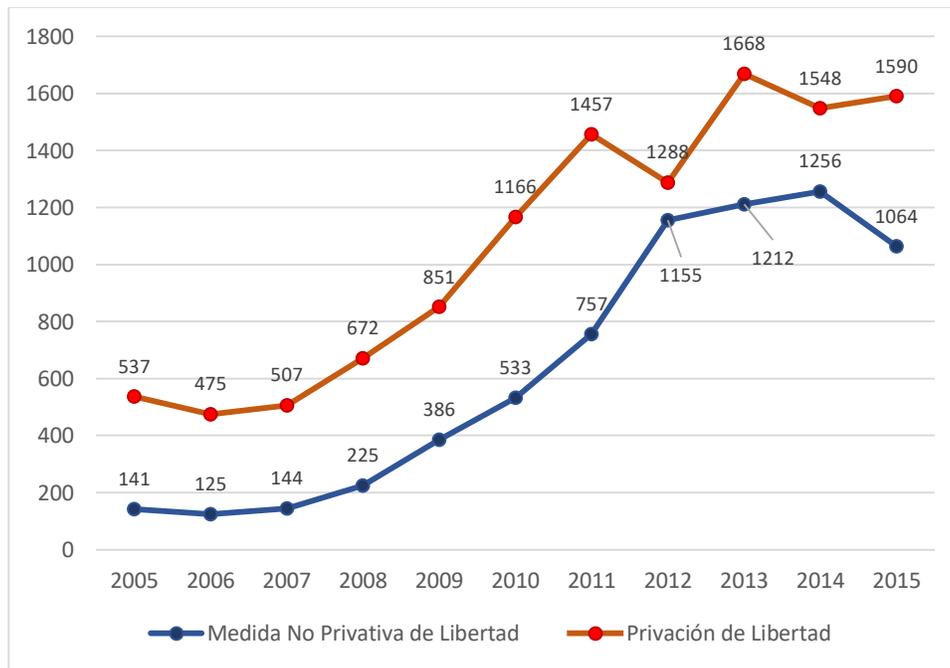
Cuadro 1. Variación del Sistema de Respuesta

| | Valores índice | | Δ |
|------|----------------|-------|----------|
| 2006 | 600 | 100 | 0 |
| 2007 | 51 | 108.5 | 8.5 |
| 2008 | 897 | 149.5 | 49.5 |
| 2009 | 1237 | 206.2 | 106.2 |
| 2010 | 1699 | 283.2 | 183.2 |
| 2011 | 2214 | 369 | 269 |
| 2012 | 2443 | 407.2 | 307.2 |
| 2013 | 2880 | 480.0 | 380.0 |
| 2014 | 2804 | 467.3 | 367.3 |
| 2015 | 2654 | 442.3 | 342.3 |

El Cuadro 1 permite dimensionar, mediante la construcción de números índice, la variabilidad del Sistema de Respuesta a las infracciones de adolescentes, tomando como base 100 al año 2006. Como se puede observar, el mayor valor corresponde al año 2013, con un incremento en el orden del 380%.

En el siguiente gráfico se presenta la evolución de la población según el tipo de medida:

Gráfico 2. Evolución de la población por año según tipo de medida.2005-2015



Las medidas no privativas de libertad, a lo largo de la década, jamás superan a las medidas con privación de libertad, lo que significa que nunca se cumplió con el principio de subsidiariedad de la privación de libertad. El año 2012 es el que destaca, con un intento de acercamiento de ambas evoluciones donde las medidas alternativas casi equiparan a las privativas de libertad, para luego volver a aumentar la brecha que las separa en los siguientes años.

4. Lo que dicen los actores: Sí, pero No.

Para complementar el relevamiento, se hicieron una serie de entrevistas a operadores sociales y jurídicos en su calidad de informantes calificados. Entre los operadores sociales se entrevistó a educadores y trabajadores sociales que se desempeñan en proyectos de medidas no privativas de libertad. Por su parte, entre los operadores jurídicos, fueron entrevistados fiscales, defensores y Jueces de Adolescentes.

Por razones de espacio, sólo se compartirán algunos de los ejes derivados del análisis de contenido de las entrevistas.

a) Adhesión doctrinaria

En materia doctrinaria las opiniones son prácticamente unánimes: la mayoría de los operadores judiciales y sociales adhieren a la Doctrina de la Protección Integral, apuestan a su aplicabilidad y vigencia, en particular el principio de subsidiariedad de la privación de libertad. También todos, de manera igualmente unánime coinciden en señalar la sobrevivencia de la Doctrina de la Situación Irregular, en múltiples aspectos.

En primer lugar, algunos actores señalan la propia “letra” del Código, con la que no se llegó a un modelo unívoco de protección integral sino que consta de varios pasajes híbridos, así como de vacíos que contribuyen a esa sobrevivencia del enfoque tutelar.

En segundo lugar, la falta de reglamentación que pauté el “cómo”, aportando criterios de aplicabilidad. Por último, las propias actuaciones de los operadores.

- en la confusión existente. El Código es un producto negociado y creo que en la construcción política, muchas cosas se colaron, muchas incoherencias, cosas inconexas, que tienen que ver con el resultado de lo posible, producto del negociar. Después tenemos las inconsistencias. El “cómo” no encastra. Y

a eso le sumás la mirada de quien tiene que hacer la aplicación de eso, depende de cada quien como lo va a aplicar. (Operadora Social 3)

El código tiene contradicciones. ¿Por qué? Porque no ha definido claramente frente a qué derecho estamos. (...) Hay normas muy contradictorias

Ahí están las contradicciones. Porque no está muy claro. Si eso a nivel de especialistas de derecho internacional no está claro, imaginemos lo que es a nivel de parlamento nuestro, donde, pese a algunas insistencias nuestras en algunos puntos, les cuesta modificar. (Juez 1)

Se señala para el caso uruguayo, la ausencia de una *vacatio legis*, que se puede encontrar en los procesos de otros países, claramente en España, por ejemplo. La *vacatio* consiste en un período de puesta a prueba y ajustes de la aplicación de la nueva normativa. Es una suerte de período de gracia para la incorporación de modificaciones en función de su puesta en práctica, que en opinión de este entrevistado, hubiera facilitado enormemente la implementación, en particular, considerando a los actores encargados de su aplicación.

A nosotros se nos tiró un Código encima, lleno de contradicciones, nos costó muchísimo, y bueno lo pudimos aplicar. (Operador jurídico, Juez 1)

A estas contradicciones y vacíos del “pantanal filosófico” se agrega, en la opinión de algunos entrevistados, la inexistencia de “reglamentación”, que permitiría en parte, reducir las ambigüedades mediante la aportación de un marco interpretativo para la aplicación y sus “detalles”

Nosotros tenemos ley, y no tenemos reglamentación, o sea, tenemos una falla. Comparado con otros sistemas de otros países, existe esa reglamentación que facilita la aplicación, porque el Juez sabe lo que está disponiendo y el alcance del mismo. Nosotros tenemos una definición muy general (...)

Y la reglamentación, cada medida tiene su reglamentación, porque eso permite ir al detalle, ir a qué pasa con la medida, que significa cada cosa. (Operador jurídico, Juez 1)

Por último, los entrevistados identifican elementos de situación irregular a nivel de las actuaciones. Aquí es posible observar un discreto “fuego cruzado” entre operadores sociales y jurídicos. Los primeros refieren elementos tutelares en las actuaciones de los magistrados, en tanto los segundos encuentran estos elementos concentrados en las prácticas de los operadores de los proyectos que, según refieren, indiscriminan y pegotean plásticamente políticas sociales con políticas criminales.

b) La famosa tensión Derecho Penal de Acto- Derecho Penal de Autor

- De qué depende que un joven lleve medidas privativas o no privativas de libertad?
- La gravedad, aunque también es muy discutible los antecedentes, pero incluso yo ya he visto que se ha hecho así con una rapiña, si es la primera tal vez por ahí podés ponerle medidas no privativas de libertad, pero si ya tiene una o dos, va a ser difícil, salvo que sea una cosa pero muy boba, va a ser muy difícil que no le pongas privativas de libertad. Si ya tiene antecedentes...bueno, porque de alguna manera hay que ir frenando la cosa. Eso es muy discutido porque se está implementando **la famosa discusión de lo que se llama derecho de autor y derecho del acto**. Lo que pasa es que, yo pienso, que es principio de realidad de la vida, si un tipo te falla 25 veces a vos, ya sabés que está para la joda. (Juez 2)

La “famosa discusión” es un debate histórico entre los operadores jurídicos y remite directamente al cambio de paradigma. En este punto es posible observar tres situaciones: Jueces que se posicionan, doctrinariamente, en derecho penal de acto, otros en derecho penal de autor, y otros en una concepción diferente de penal de acto con ingredientes de autor, pero integrados en una postura de benignidad de las penas, en orden a protección integral.

Muy sumariamente, se puede afirmar que el Derecho Penal de Acto supone juzgar al sujeto por un comportamiento (acción u omisión) que produjo un daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley. Se sanciona al individuo por lo que hizo, o no hizo y debería haber hecho.

En el derecho penal de autor, se juzga al sujeto por su forma de ser, el tipo de vida que tiene, por su personalidad. (Lo reprochable sería la personalidad y no el acto).

El derecho penal de autor ha sido el históricamente aplicado en materia adolescente. En la Exposición de motivos del viejo Código del Niño de 1934, se planteaba:

El delito cometido por un niño o adolescente es muy a menudo un episodio, un simple accidente de su vida de libertad, de vagancia o de abandono; otras veces es el fruto inevitable del ambiente que se respira en un hogar vicioso y desorganizado; otras es la consecuencia de estigmas congénitos o adquiridos; en ningún caso importa conocer detalladamente las circunstancias constitutivas del hecho cometido, para determinar la gravedad objetiva del delito; lo que interesa, en cambio, es saber cuáles son los factores que han colocado al menor en la pendiente del crimen, para alejarlo de ella y para impedir que caigan otros en la misma y eso no puede hacerlo la justicia criminal con los procedimientos ordinarios.

Este derecho penal de autor lleva directamente al corazón del enfoque de la rehabilitación; se busca conocer las causas últimas que lo llevaron por la *pendiente del crimen*, y actuar sobre esas causas. No interesa centrarse en la infracción, en el hecho cometido, sino en tanto “síntoma de” situaciones más profundas. Luego, las intervenciones sociotécnicas se realizan en orden a modificar la **personalidad** del individuo.

La base para una conducción correcta del Proceso y la posterior decisión es, por ejemplo, la aprehensión conforme a la realidad de la Personalidad del autor. Pero en este terreno el jurista es un lego, al que le falta el necesario conocimiento especializado, aún tratándose del más experimentado Juez para jóvenes, que pusiese toda su buena voluntad para entender al joven y que no viera en él sólo al autor de un delito. Para ello, necesita la colaboración de especialistas formados en las Ciencias Humanas (respecto de lo cual queda por resolver cuánto ha de intervenir el psiquiatra o el psicólogo)⁴

⁴ Kauffman, H. “Delincentes Juveniles. Diagnósis y juzgamiento” 1983, citado en *Garín- De Martino. 1998*

Se invita a la escena a otras disciplinas para poder conocer la “peligrosidad” del sujeto, y así contar con capacidad de pronóstico: En esta situación al sujeto se lo juzga no sólo por lo que hizo sino por lo que pueda llegar a hacer, por su virtualidad. Virtualidad que trae al 'juzgamiento' el acto en sí por el cual es capturado por el sistema; pero también, y captando aún más la atención de la mirada, el pasado y el futuro potencial. (¿Volverá a hacerlo? ¿Volverá a delinquir? ¿Qué tan peligroso es?)

Las prácticas de justicia organizadas en torno al derecho penal de autor redundaron en abrumadoras internaciones por tiempos indeterminados. Jueces y operadores preocupados por la “continentación” de jóvenes en situación irregular, sin padres, sin familia o sin presencia de referentes adultos, sin trabajo, sin estudio..... dejaron en evidencia las microcapilaridades de la criminalización de la pobreza.

Un ejemplo precódigo:

Gustavo I. internado en La Tablada por robar ropa de bebé y bombones garotos en una tienda. El diagnóstico de los técnicos, psicólogo y asistente social, daban cuenta de una familia incontinente, desestructurada, con condiciones de vida de pobreza extrema y sin capacidades para sostener (“continentar”) al muchacho. El resultado: Por esta infracción, el adolescente estuvo privado de su libertad por el período de 4 años y medio, prácticamente 5 años, desde principios del 88 a fines de 1992.

V.M.; adolescente que, con arma de fuego da muerte “a quemarropa” a otro joven de 18 años, un sábado a la noche, en un baile. A raíz de un incidente puntual en el contexto del baile (no se conocían de antes), saca el arma y le dispara en el medio del pecho. La víctima no portaba armas. Los informes psicosociales referían la pertenencia de V.M. a una familia trabajadora, integrada, de clase media-baja, por ende, con capacidades para sostener procesos. Resultado: El adolescente por este homicidio, estuvo privado de su libertad 3 meses (año 92).

Estas prácticas típicas de la doctrina de la situación irregular, que indiscriminaban búsquedas de soluciones a problemas sociales y respuestas penales, llevaron a la naturalización del

quebrantamiento del principio de proporcionalidad. De esta suerte, se tornó de uso implementar sanciones descomunales para actos irrelevantes y sanciones irrelevantes para actos gravísimos, en el marco de la teoría de la continentación.

En la esfera el derecho penal es donde se ha hecho el mayor esfuerzo de racionalidad; medir la pena, hacerla proporcional a la falta, aproximar cada vez más la equivalencia entre la escala de la culpabilidad y la de la pena: todo esto es claramente obra del entendimiento; el entendimiento mide, y lo hace por medio de un razonamiento de proporcionalidad del siguiente tipo: la pena A es a la pena B lo que el crimen A' es al crimen B'. Afinar sin cesar este razonamiento de proporcionalidad es la tarea entera de la experiencia jurídica bajo su forma penal" (Paul Ricœur, 2003, citado en Silva Balerio et al, 2008)

Sin embargo, en materia adolescente, durante décadas a los jóvenes se los juzgó en función de lo que tenían, o más precisamente, en función de lo que no tenían (una familia continente, una inserción laboral, etc.)

A partir de la aplicación del Código del 2004 se despeja claramente el principio de legalidad:

- Yo soy juez penal, de delitos, soy juez de delitos, no soy juez para tratar las situaciones de los muchachos que están en la calle, ni tampoco para tratar las situaciones de los que están desamparados por la familia. (Operador jurídico, Juez 2)

Hay, por parte de los jueces entrevistados un claro posicionamiento en relación al principio de legalidad/ tipicidad; son jueces en materia penal. Igualmente, expresan sentirse desafiados en su cotidianeidad cuando se presentan situaciones de omisión de políticas sociales, situaciones de consumos problemáticos de drogas, presencia de enfermedades crónicas o situaciones de calle, etc. Pero rápidamente despejan en sus discursos el alcance de las competencias, separando las arenas de las políticas sociales de las políticas criminales.

Un entrevistado realiza un sugestivo señalamiento respecto a la ausencia de dispositivos especializados para la atención de situaciones específicas de "primeras violencias", donde no

llega a configurarse un delito, pero se anuncia una escalada de problemas si no se da respuesta a las primeras demandas planteadas: "...que hubiera un lugar intermedio para tratar aquellos casos que no son delito pero que la situación está corriendo mucho riesgo él, por su conducta o por su manera de actuar" (Operador jurídico, Juez 2)

Esta es una debilidad constatada en la matriz de políticas de protección, "algo debería hacerse", pero desde el nuevo paradigma queda claramente planteado, que no es desde allí, no será desde las competencias de los juzgados penales de adolescentes. No corresponde, en la opinión de este entrevistado, aunque sí resulta pertinente señalar la ausencia de dispositivos adecuados para la atención de estos casos específicos. Estas demandas también habían sido planteadas por operadores sociales de proyectos barriales, y en particular, de proyectos de atención a niños en situación de calle con enclave territorial, tanto oficiales como en modalidad de convenio con organizaciones de la sociedad civil.

Actualmente, ¿qué es lo que define los juicios de los jueces? ¿En base a qué criterios juzgan?

(...)la gravedad del hecho, pero si es un tipo que tiene muchos antecedentes anteriores yo para mi, si, precisa algo más para buscar una corrección de su conducta. Así que ya te digo, la gravedad y también las circunstancias del hecho, es decir hay hechos que son fútiles, que son bobos, que no hay gran ... que se recuperan las cosas, en las tentativas por ejemplo. Incide también, yo valoro todo, valoro, el monto, los antecedentes, valoro las circunstancias personales, de repente si está en un estado de drogadicción y no es una cosa muy grave, pero te quiero decir que uno nota que el drogadicto no puede ni consigo mismo muchas veces, lo tomo como que no es lo mismo uno que tiene clarita la mente, que premeditó todo, hizo todo. Entonces digo, yo tomo en cuenta muchísimas cosas para decidir una medida privativa o no privativa de libertad, en el entorno de eso, pero más que nada te digo eso, si tiene antecedentes y la gravedad del hecho" (Operador jurídico, Juez 2)

Acto en primer término, gravedad, antecedentes, circunstancias.

Este entrevistado se ubica doctrinariamente en derecho penal de acto (es lo que "debería" ser) pero reconoce que luego las prácticas se deslizan hacia otras direcciones.

Por su parte, otro juez entrevistado, se posiciona y argumenta a favor del derecho penal de autor, entendiendo que en ello radica la especificidad de la materia adolescente, lo que diferencia este derecho del penal de adultos.

- Para nosotros es más el derecho penal de autor. Porque una misma rapiña se puede sancionar de diferente manera según sea el autor. Si tiene padres, si no tiene padres, situación diferente que se cometió la rapiña, se ve más acá el derecho penal de autor, que de acto.
- Las características del joven importan?
- Importan más, importan las características del joven.
- (...) no es a favor ni en contra del joven. No es ni mejor ni peor. Es atendiendo a su situación personal. (Operador jurídico, Juez 3)
- En esos casos por ejemplo, no ameritaría la internación. Lo que pasa es que muchas veces la internación se hace porque no hay quien se haga cargo de ese chiquilín. Porque no hay un padre o una madre. Digo, el padre está preso o la madre está presa. A veces hay alguna tía o algo, pero hay veces que no hay. Entonces tenés que internarlo por razones de, digamos de necesidad, porque en otras circunstancias no lo internarías. (Operador jurídico, Juez 3)

Para este entrevistado, las características del joven son las que “importan más” a la hora de dictar sentencia y definir la privación o no de libertad. También las toma especialmente en cuenta para la definición de las sustituciones de medidas.

- Bueno, hay casos en que no tienen padre o familia que los reclame y no los pueden entregar a nadie, y entonces, como no hay padre ni madre ni tía ni abuela ni nadie que se ocupe, cumplen todo en internación. Eso es un 10%, chicos que están un poco, los que están en situación de calle (...) (Operador jurídico, Juez 3)

Doctrina de la situación irregular, pura y dura.

En tanto, otro juez entrevistado, afirmará prácticamente lo contrario:

- Sin duda, primero, a mi no me cabe ninguna duda, hay que separar lo que es personalidad del acto. La persona se juzga en un estado de derecho por lo

que hizo, no por lo que es, no se juzga por su situación sino por lo que hizo. Qué hizo? Un hurto? Estamos juzgando un delito que tiene determinadas características. Cometió una rapiña? Estamos juzgando una rapiña. Y la respuesta tiene que ir en relación a eso, no solo a eso, pero a eso en primer ratio. Después analizaremos otra cosa. Ahora, cuando analizamos su situación por ejemplo, que además la norma lo dice, y ahí un poco puede venir la confusión, las circunstancias del individuo.....es el acto, el límite, la respuesta en relación al acto, ahí marcamos un límite. Qué quiere decir? Qué no podemos aplicar mayor sanción de la que corresponde por ese acto. Ahora podemos morigerar o disminuir la sanción teniendo en cuenta las circunstancias. O sea que hay si una consideración eventual más allá del acto, o sea no solo el acto, pero nunca va a ser para agravar la pena, sino para disminuirla, desde otra perspectiva. O sea en ese sentido se toma en cuenta, pero solo en ese sentido. El acto marca el tope. (Operador Jurídico, Juez 1)

El acto en primera ratio, luego se observan otras cosas. El acto marca el límite superior de la intervención punitiva, en tanto las características de personalidad pueden incidir, pero al contrario de las aplicaciones históricas, pueden hacerlo solamente en el sentido de reducción de la sanción. Cuando los límites a la intervención punitiva son impuestos por el acto, y no por las necesidades educativas, “se introducen pautas de certeza más eficientes en orden a garantizar derechos” (Uriarte, 1999)

El resto de los operadores jurídicos, tanto defensores como fiscales, comparten que debería aplicarse un derecho penal de acto, pero sigue rigiendo el derecho penal de autor. Esta opinión es igualmente compartida por los operadores sociales.

Ahora bien, esta tensión histórica de acto/ autor no pareciera resolverse con la sola definición y adhesión doctrinaria. Por ejemplo, un operador jurídico que se adscribe enfáticamente al Derecho Penal de Acto (lo narra antes de que se le pregunte), opina que el joven debe ser juzgado estrictamente en función de sus acciones: “¿qué fue lo que hizo? y nada más”.

“Todo lo que sea excluyente de una responsabilidad objetiva y clara, es doctrina tutelar”.

En este caso extremo siquiera entraría “lo que hizo antes”, porque para este entrevistado, tampoco se tienen que considerar los antecedentes. Sin embargo, a la hora de pedir los informes técnicos lo que le demanda a los equipos profesionales siguen siendo informes con características

de personalidad, correspondientes al Derecho Penal de autor. Son tantos años donde todos los instrumentos y dispositivos han estado al servicio del penal de autor, que no se dispone de herramientas con las que operativizar un derecho penal de acto.

c) *Trabajo con las familias: Cuando Caín mató a Abel, dónde estaban los padres....?*⁵

Con respecto a la dimensión de trabajo con las familias de los adolescentes con medidas no privativas de libertad, existen distintas posturas frente al tema según el proyecto, e incluso según la etapa del proyecto.

Una postura, que fue quedando por el camino (varios entrevistados explicitaron esta evolución), planteaba la necesidad de no trabajar con la familia, porque “expandía” la criminalización. Desde ese lugar se argumentaba que la “medida” es del joven y para el joven, por lo que no correspondía involucrar a la familia en lo que se interpretaba como una extensión de la intervención punitiva.

El rango actual de las opiniones se distribuye desde los partidarios de dosificar las visitas a demanda o debidamente justificadas para no incurrir en excesivas “invasiones” al espacio familiar, hasta los que plantean “penalizar” la falta de respaldo o compromiso de los adultos a cargo. Las posturas más “duras”, por así denominarlas se concentran en los operadores jurídicos, quienes también devuelven las representaciones e imágenes más disminuidas de los familiares en cuestión: *“padres superficiales”; “padres irresponsables”; “madres que ... son madres de esos chicos”*

Un operador jurídico realiza el planteo de generar la figura de responsabilidad penal para los padres que no se hagan cargo, incurriendo en el delito de “omisión de los deberes inherentes a la patria potestad”

5 La frase se atribuye a Salvador Minuchin.

(...) que se legisle (...) eventuales sanciones para los padres incumplidores cuando les entregan a sus hijos y tienen que tomar medidas sobre ellos. Si el padre se compromete a en la noche, mantener al chiquilín en la casa y si el chiquilín, no cumple, denuncia esa situación inmediatamente ante el juez, y bueno, tenés un mecanismo hasta más seguro (Operador jurídico, Ministerio Público)

Igualmente, por parte de los operadores sociales es posible percibir un cierto cambio en los niveles de tolerancia del otrora comprendido “yoyano”⁶, y en este sentido, se podría interpretar como un relativo endurecimiento con respecto a las exigencias a los padres o referentes adultos.

d) Lo que no cierra de la medida abierta

“Ir a firmar”

Todo el desarrollo del trabajo presentado por el educador referente en cuanto a la aplicación de instrumentos socioeducativos para el diseño de un “plan singular” a medida del adolescente, donde se pauten acuerdos, se promueva la realización de actividades acordes a su etapa vital y donde se trabaje la responsabilidad por la infracción, es resumido por los adolescentes del siguiente modo: “Voy a firmar”.

Es que, las libertades asistidas, según los adolescentes, son las medidas en las que “tenés que ir a firmar”. Del amplio abanico de contenidos desplegado por los educadores y referentes, ellos se quedan con eso: “ir a firmar”.

- Hoy por hoy las ongs a las que los chiquilines concurren, en general, cuando vos los interrogás, te comentan, y estamos unos 20 minutos conversando, y que te preguntan, y me dicen si yo me he dado cuenta que por este camino

⁶ “Yo ya no sé qué hacer con él” frase recurrente en la “jerga” de los proyectos, planteadas por madres de los jóvenes atendidos, con dificultades para poner los famosos límites.

no debo, pa, pa, pa. Esas conversaciones que el individuo puede desplegar en las ongs a las que concurren, ellos le llaman “**ir a firmar**”, ponele que sea de una hora, mientras estemos en el aspecto verbal (...)! (Operador jurídico, Ministerio Público)

- ¿Qué le pediría a una medida para que fuera confiable?
- “Que no sea así como dicen ellos: ah, tengo que **ir a firmar**: que no sea eso!” (Operador jurídico, Juez 2)
- La devolución que te hacen es totalmente superficial. El cumplir la medida es nada más que ese tiempo que fueron y **FIRMARON**. No hay una devolución definitiva” (Operador jurídico, Ministerio Público)
- “a una la frustra un poco, porque una está meses, y horas y horas con las familias, y una cosa así y te dicen, bueno hay **que ir a firmar, te querés matar!** Pero igual tampoco da cuenta de nada, porque de repente hizo un laburo preciosísimo, y bueno, ta sigue diciendo “ir a firmar”, aunque sabe que hace más cosas, uno le explica que lo que firma son los boletos y demás. (Operadora social 2)

Los operadores sociales son los primeros en señalar lo frustrante de esta traducción, que pauperiza totalmente la propuesta del programa. El grueso del trabajo socioeducativo se desarrolla en el “aspecto verbal” y la técnica con la que trabajan es, básicamente, la entrevista. Esta metodología de trabajo no resulta convincente para los operadores jurídicos, constituyendo el blanco de numerosas críticas (medidas superficiales, que no hincan el diente, no trabajan en serio, palabras que se lleva el viento, inacción completa, etc.).

- Las medidas no privativas? Yo creo que hoy por hoy, las medidas no privativas tienen una **superficialidad** enorme”.
- Si les llegamos a preguntar a los chiquilines, en general es una **superchería** muy grande”. (Operador jurídico, rol Ministerio Público)
- Bueno, los chiquilines, que son más vivos que nosotros, es facilísimo decir, no yo no voy a hacerlo más. Y por qué está mal? Está mal porque esta persona no merece.... Pero ese proceso verbal, queda ahí en el agujero negro de inmediato. Hoy por hoy las ongs están trabajando **en esos niveles de verbalización**. No tienen obviamente muchos más elementos”. (Operador jurídico, Ministerio Público)

- Son **la inacción** completa, o sea, no hicieron nada más que mantener entrevistas, ta. Entrevistas donde el gurí viene y relata las cosas y nada más. (Operador jurídico, abogado defensor 1)

Por su parte, el relato de los operadores sociales trasmite la energía que ellos ponen en esos *niveles de verbalización*; dan cuenta de las horas de conversación, de la paciente configuración del vínculo, del lento establecimiento del rapport educativo, de las dificultades para lograr diminutos cambios que traducen enormes logros. En el endogrupo se entiende rápidamente: un reconocimiento de causa, el cumplimiento de un acuerdo, la asistencia con puntualidad, el sostenimiento de una actividad; se constituyen en enormes victorias en el marco del trabajo con estos jóvenes. Visto de afuera; ¿qué es? ¿Qué se ve? ¿Qué se trasmite? Nada, o casi nada. Pequeños-grandes cambios, sólo perceptibles para el “ojo entrenado”. Pero, ¿cómo se comunica esto a los ojos no entrenados? ¿A los extranjeros del oficio socioeducativo? Sólo funciona en el endogrupo.

Y en particular, ¿qué resultados objetivables arroja? El concentrado queda en un nivel muy íntimo, muy privado, que no objetiva ni comunica..... De allí las enormes dificultades históricas para la construcción de indicadores que esta área ha tenido.

Pero además, la perspectiva del joven, tampoco colabora. Por ejemplo, uno de los jóvenes entrevistados, a 6 meses de estar participando en una medida no privativa por una sustitución, no podía explicar de qué se trataba. Ellos van y “hacen” lo que les dicen. Siguen la flecha. (Es que...cualquier cosa es mejor que estar encerrados).

En el trabajo con los jóvenes, los educadores hablan de “entrevista inicial de encuadre” en la que se intenta aportar elementos para que puedan entender lo que les está pasando y así, colaborar con la construcción de un “relato”. Resulta sorprendente ver como los jóvenes transitan por las medidas, sin enterarse de lo que les está pasando. Muchos de los jóvenes no entienden, como salió su juicio, no identifican quién era el juez, quién el fiscal, quién su abogado defensor, así como tampoco se enteran de la sentencia y de qué va la sanción.

Muchas veces se explica porque no se entiende. No se entiende. Y no se entiende! Cuando hacía el control de arrestos domiciliarios, yo llegué a hacer hasta rollplaying, hacía de juez, yo de la defensora, del fiscal, porque los chiquilines.... yo me acuerdo de una chiquilina puntualmente, que pensaba que iba a ir a la audiencia y le iban a dar un trabajo, cuando le iban a dar ¡una sentencia!

(...) Y hay gurises que están convencidos que les van a dar trabajo, y son gurises que han pasado un montón de veces por el sistema penal y que todavía no conocen el discurso, porque no se les explica, yo qué sé.....

Yo en audiencias he parado cuando miraba la cara del chiquilín como diciendo “qué están diciendo?” Fulano, estás entendiendo? No. Sr Juez, le puedo explicar? Y explíquele. Porque de eso se trata. Y en general no saben. Y entonces no saben qué medida se pidió. Bueno, uno les lee todo, se les explica, la modalidad de trabajo, se les presenta el equipo de trabajo, los tiempos, cuál va a ser justamente el canal con el Poder Judicial, les explicamos claramente las responsabilidades y los derechos. (Operadora social 2)

El tema de las diferentes lecturas, las distintas comunidades de significado, y la (in)comunicación, también comprende a los operadores jurídicos.

d.2) El incumplimiento

Un magistrado plantea abiertamente que las medidas no privativas de libertad no le han dado resultado. Y llega a esta afirmación concluyente por la experiencia negativa que tuvo con los incumplimientos. Este magistrado, con aproximadamente año y medio en ejercicio en materia adolescente, relata que en sus inicios disponía profusamente medidas no privativas, pero “se le iban todos”.

En esta oportunidad, un juez predispuesto inicialmente a la aplicación de medidas no privativas, termina “bajándolas de cartel” por lo que entiende implementaciones de baja implicación. Lo que este operador demanda, es que cuando el joven desiste, haya un seguimiento por parte del proyecto. Entiende que la performance queda muy librada al desempeño individual del joven, y no hay un trabajo de motivación por parte del proyecto. En su opinión, los proyectos deberían hacer un “intento más severo”.

- (Ahora) ...soy partidario de poner privación de libertad en el arranque y tratar de que cumpla la mayor parte del tiempo en privación de libertad y que salga dos o tres meses a cumplir la libertad asistida, entonces salen como más controlados porque ya estuvieron internados y saben que si no van internados de nuevo y entonces cumplen mejor. Porque cuando uno pone (medida no privativa) desde el arranque pasa que la mayoría de las veces no cumple.

El ensayo y error lo fue llevando a privilegiar las medidas privativas de libertad.

e) *La insoportable levedad de la medida*

Por último se hacen explícitas las razones ideológicas, sin dudas y en primer lugar: la falta de contundencia, de presencia inobjetable de castigo. Las medidas no privativas aparecen como un castigo demasiado “light” para las demandas de punición de la ciudadanía y su nueva sensibilidad (Garland, 1999)

Todo lo que está pasando ocurre porque hay una falta de sinceramiento, estamos con unas hipocresías verbales. Las medidas socioeducativas son aflictivas. Entendiendo que son aflictivas, después determinemos qué grado de aflicción. Pero las medidas esas **no son para el niño premiarlo**. Bueno, y **se entiende que las medidas no privativas de libertad son una especie de premio**, son una especie de estímulo”. (Operador jurídico, rol Ministerio Público)

A la medida no privativa le falta la contundencia que le sobra a la privación de libertad. No se ve cómo es que el adolescente “está pagando” lo que hizo, se diluye el componente retributivo y de aflicción.

Por su parte, los adolescentes lo perciben de una manera muy diferente; con presencia clara del componente aflictivo:

- “Para mi es una penitencia ¡PENITENCIA!, porque es una transa venir acá” (Adolescente, mujer, 13 años)
- Y qué es lo que más te gusta de una libertad asistida?
- Nada. (Adolescente, mujer, 13 años)

Se registran sólidos avances en lo que refiere al respeto del principio de legalidad/ tipicidad así como en la separación entre las arenas de las políticas sociales y las políticas criminales, traduciéndose por tanto en un sistema más garantista que el previo al 2004.

Pero no se concreta el respeto al principio de subsidiariedad de la privación de libertad así como su utilización como medida de último recurso y por el período más breve que proceda.

La privación de libertad sigue registrándose como la opción preferencial de los magistrados a la hora de dictar sentencia.

Esta preferencia, con algunas pocas excepciones, es acompañada por el resto de los operadores jurídicos entrevistados.

Dicha predilección es básicamente explicada por razones ideológicas. La medida no privativa no tiene la contundencia que le sobra a la privación de libertad, presentándose como un castigo muy liviano para las demandas del neopunitivismo actual.

A pesar de la mayoritaria adhesión filosófica y doctrinaria al Derecho Penal de Acto, los entrevistados reconocen un funcionamiento de la dinámica judicial que sigue organizándose en torno a un Derecho Penal de Autor.

En este sentido, a pesar de la presencia de una relativa instalación de un esquema de progresividad sancionatoria a nivel conceptual, se verifican pocos avances en relación al respeto del principio de proporcionalidad.

Las medidas no privativas presentan serias debilidades organizativas y de gestión que quedaron expuestas. En particular, los proyectos pagan un precio muy caro por el déficit de un sistema claro de monitoreo y evaluación. Lo pagan con importantes pérdidas de

prestigio y legitimidad. Las opiniones vertidas por los operadores jurídicos entrevistados dejaron claramente explicitadas las desconfianzas.

La propuesta de trabajo no resulta clara para los adolescentes participantes, ni tampoco suele serlo para sus familiares. La reducción de la propuesta a la expresión “ir a firmar”, transmite en el mensaje una aparente burocratización que des-jerarquiza a la medida no privativa.

Las debilidades de diseño contribuyen a la imagen de medidas “superficiales” desde la percepción de los operadores jurídicos. Los proyectos deberán combatir la “superficialidad” de las medidas con profundización metodológica y robustecimiento de los instrumentos y dispositivos. Trabajar estos aspectos será clave para poder revertir la desconfianza por parte del sistema judicial hacia las medidas no privativas de libertad y hacer realidad el principio de que la privación de libertad sea efectivamente empleada como medida de “último recurso”.

Bibliografía

- Beloff, Mary (2008) *Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)*. En: *Justicia y Derechos del Niño N° 9*. pp 177- 217. Montevideo, Uruguay: UNICEF.
- De Martino, M. y Gabin, B. (1998) *Hacia un enfoque integral de la minoridad infractora*. Montevideo, Uruguay: Carlos Álvarez Editor.
- Liwinsky, Norberto (1991) *Humanización Institucional*. Montevideo, Uruguay: C.F.E.E.
- Pavarini, Massimo (1995) *Los confines de la cárcel*. Montevideo, Uruguay: Carlos Álvarez Editor.
- Silva Balerio, D. et al (2008) *Límite al poder punitivo. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano*. Montevideo, Uruguay: UNICEF.
- Tenenbaum, Gabriel (2016) *Infracción y Castigo. Los procesos de normalización para adolescentes con medidas en libertad en la Ciudad de México y Montevideo*. Trabajo de tesis. Versión Pdf.
- Uriarte, Carlos. Coord. (1999) *Control Institucional de la niñez adolescencia en infracción*. Montevideo, Uruguay: Carlos Alvarez Editor
- Vázquez Rossoni, Osvaldo (2012 a) *Características psicosociales de la adolescencia. La privación de libertad y sus consecuencias*. Versión pdf.
- (2012, b) *Mediación y Servicios en Beneficio de la Comunidad como prácticas restaurativas*. Versión pdf.
- Wacquant, Loïc (2004) *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- Zaffaroni, Eugenio (1994) *La cárcel. Abordaje histórico filosófico*. En: *I Seminario sobre Cárceles en el Uruguay. ¿Un quehacer de todos?* Montevideo, Uruguay: SERPAJ.



Ciencias Sociales
Universidad de la República
URUGUAY