

JUSTICIA PENAL JUVENIL

ENTRE EL CASTIGO DE UNOS Y EL DERECHO DE OTROS

AUTORES: TS. Gabriela Coronel.
Lic. Orlando Cesoni.

Nos parece importante partir del concepto que UNICEF da sobre la justicia penal juvenil, para poder entender de que hablamos cuando hablamos de ello.

Unicef dice que:

“la característica central de la justicia penal juvenil debe ser que la sanción penal debe tener una finalidad educativa y de inserción social, y no un fin de castigo y que en ese marco, el encierro o la restricción de la libertad, solo puede proceder en determinados casos, como último recurso y por el menor tiempo posible.”¹

Esta definición, además de ser cierta, es tan vaga que nos permite encuadrar casi cualquier situación de la realidad, dentro de ella. Digo “casi” porque la práctica muchas veces sale por mucho, del marco legal para rayar o inclusive entrar de lleno en la ilegalidad.

El derecho penal admite que la gravedad de la infracción en casos de adultos, es el elemento central para definir la severidad de pena a imponer. Sin embargo, en materia de justicia penal juvenil, ese principio de proporcionalidad dejó lugar a otros factores, que son tenidos en cuenta por sobre él. El más importante es el de la situación del delincuente, sobre todo su situación económica y socio familiar. Esto, que durante todo el siglo XX estuvo vigente, sigue aun predominando y todo ello, en el marco de la definición antes dada.

¹ ¿Qué es el Sistema Penal Juvenil? UNICEF Argentina. Pág. 1

Si bien a partir de finales del siglo pasado se empieza a discutir este paradigma y se quiere poner el foco en la gravedad de la situación y la víctima, esta revalorización de la infracción disparó dos propuestas distintas.

Por un lado, aquellos que plantean que el fin del derecho penal es el castigo y que este debe ser proporcional al delito, encontrando un paralelismo entre derecho penal de adultos y derecho penal juvenil, a lo sumo con la idea de gradualidad, entendiendo que la pena que corresponde para un delito en caso de adulto, debería estar proporcionalmente disminuida si se aplicara para un joven.

Otra corriente plantea que las medidas educativas y protectorias deben ser conservadas, y que el derecho penal en jóvenes no tiene un fin de castigo sino de intervención en situaciones extremas que requieren de un corregimiento del comportamiento por parte del estado, lo más breve posible, planteando una relación entre la gravedad de hecho y la medida a adoptar. Esta corriente de pensamiento es la que propugna medidas socioeducativas que tiendan a regenerar los lazos rotos entre ese joven y la vida en comunidad. Es decir que el principio de proporcionalidad sirve en este caso para definir el grado de intervención educativa y protectoria.

En la actualidad, si bien lamentablemente va tomando más fuerza el criterio de castigo como fin del derecho penal de menores, para colmo de males queda sujeto a otros factores que condicionan el tipo y la duración del mismo.

El principio de proporcionalidad no se define solo en función de la gravedad de la infracción, sino también en función de las circunstancias y necesidades del delincuente y de la misma sociedad. Es decir que al criterio clásico del derecho penal, sobre la proporcionalidad del castigo en virtud del delito cometido, se agregan otros dos factores que son las condiciones económicas (y entiéndase también condiciones familiares del joven infractor) y las necesidades sociales (entre las que también deben figurar las presiones mediáticas, los momentos electorales, los intereses judiciales, etc).

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia (en adelante Reglas de Beijing) plantean que soluciones estrictamente punitivas no son convenientes. Mientras que al tratarse de adultos y a veces también en los casos de delitos graves cometidos por jóvenes, las nociones de “pena merecida” y de “sanciones adaptadas a la gravedad del delito” son utilizadas (aunque solo relativamente) en los asuntos de menores, el interés y el futuro del menor deben siempre prevalecer en consideraciones de este género. Veremos que en realidad, en muchos casos, aun cuando desde lo discursivo se plantea la incorporación del joven en prácticas educativas, la privación de la libertad es el verdadero fin de la medida (en muchos casos) y todo ello en función de una “necesidad social” o inclusive enmarcada en una “incapacidad familiar” de contención o ordenamiento del joven, propio de los criterios tutelares del viejo paradigma de justicia penal juvenil.

Además, todo ello enmarcado muchas veces en el “interés superior”, principio que una vez más deja abierta la puerta a tomar medidas en contra de la real necesidad del joven. Es decir, el supuesto bienestar del menor se presenta como un criterio determinante de la toma de decisión, que termina por restringir su libertad, con el fin de resguardarlo de la presión social y de restituir durante ese lapso, derechos vulnerados que lo incluyan en la vida en comunidad una vez que salga de allí.

En este punto es importante decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intimó hace unos años a todos los jueces de menores del país a visitar periódicamente los centros de detención para verificar sus condiciones:

“El control judicial debe abarcar el acceso a los derechos sociales de los niños privados de la libertad (educación, alimentación, salud) y no quedar limitados solo a tomar conocimientos de eventuales malos tratos”²

Sin embargo, en términos generales, los jueces de menores no hacen caso a este llamamiento de la justicia federal, inclusive algunas Cortes Suprema de Justicia provinciales, exhortan a los jueces a no involucrarse respecto al funcionamiento de las instituciones que albergan jóvenes.

² Fallo 331:2691. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Considerando 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

Esto sucedió en la Provincia de Santa Fe por ejemplo, con un fallo donde la Corte Suprema que recuerda a las juezas de menores de Rosario la existencia de la división de poderes.

Un rol importante podrían jugar las Defensorías de niños, niñas y adolescentes, aunque la dinámica para la selección de su responsable muchas veces condiciona su independencia a la hora de mirar críticamente el funcionamiento del Estado en estas áreas y a lo sumo se limita a realizar informes periódicos, lavados de contenido. Podríamos preguntarnos entonces si acaso será que para ellos (Jueces y Defensoría) también el castigo y la privación de libertad es el fin último, enmarcándose en el viejo paradigma que propugnaba que el derecho penal está para restablecer el derecho vulnerado a la víctima y el castigo al victimario.

En este punto es necesario que nos detengamos y hablemos un poco de quienes son los chicos que entran al sistema penal juvenil.

La población con la que se trabaja desde las Direcciones Provinciales de Justicia Penal Juvenil se compone de jóvenes varones y mujeres de entre 16 y 18 años, derivados por Oficio Judicial por estar acusados de haber cometido uno o más delitos. Al menos estos son los requisitos para el ingreso de un joven al sistema de justicia penal.

Ahora bien las características socio-ambientales y culturales de la población que se abarcan desde estos programas, desde su inicio son muy similares y a fin de que podamos tener un panorama más claro ofrecemos información relevada en el tránsito por estas instituciones los últimos 15 años.

En cuanto a su implicación con el delito, los jóvenes suelen ingresar por primera vez a la Dirección de Justicia Penal Juvenil, con imputaciones de uno o dos delitos de menor tenor pero además con alta situación de vulnerabilidad detectada en torno a sus condiciones socioeconómicas.

Considerando algunas variables como: constitución familiar, situación socio-económica, situación laboral de los adultos referentes de la familia, nivel de instrucción de los padres y del joven infractor, Vivienda y contexto barrial.

En cuanto al primer punto son en su mayoría hogares monoparentales, donde el adulto responsable es la madre de los niños.

En relación a la situación económica en casi todos los casos es de pobreza y marginalidad. En los hogares donde hay un ingreso mensual fijo es el de las AUH o quizás alguna Pensión No Contributiva. La situación laboral del adulto responsable del sustento económico del hogar, es de desempleo, aunque las mujeres casi en su totalidad trabajan de manera informal en el servicio domestico y si están en pareja los hombres tampoco están incluidos en el mercado de trabajo formal. Son changarines del oficio la construcción o se dedican al cirujeo/cartoneo. Cuando se rastrea en entrevistas familiares si estuvieron en algún momento trabajando de manera formal la respuesta es que NO. Con todo lo que implica la ocupación en un trabajo temporario: no contar con amparo legal, ni garantías, ni protecciones de ningún tipo, pero además, la imposibilidad de armar proyectos a mediano o largo plazo.

Sobre el nivel de instrucción, tanto en el caso de los adultos como del joven infractor y en el resto de la familia aparece la Escolaridad Primaria terminada, y un intento del joven por comenzar la escolaridad secundaria pero sin éxito. Frente a la pregunta en las entrevistas sobre los motivos por los que abandonaron la escuela alegan diversas situaciones como problemas de conducta en la institución. Sin embargo, es dable destacar que el nivel de escolaridad promedio en dichos jóvenes ha aumentado ya que la población de jóvenes que ingresaban a la Dirección hasta el 2004-2005 en su mayoría no superaban el 5° grado de la escuela primaria y actualmente al menos es una etapa que pudieron terminar. Puede ligarse este dato superador a la implementación de políticas públicas como la A.U.H. a nivel Nacional, pero también hay que remarcar que lamentablemente la escolaridad secundaria no está garantizada a nivel estatal ya que el Programa PROGRESAR, tiene como objetivo que el joven siga estudiando y contempla una beca estímulo para esto, pero es a partir de los 18 años, y encima, en los últimos meses se ha recortado su alcance de manera drástica. A ello se suma que muchos municipios y provincias no cuentan con programas de estímulo para tal fin, o si cuentan con ellos, suelen ser programas deficitarios y poco efectivos a la hora de mantener a un joven dentro de la escuela, es el caso de los existentes en la Provincia de Santa Fe. Por lo tanto esta población de jóvenes que quedó por fuera del sistema educativo a los 13 años, llega

a la Dirección de Justicia Penal Juvenil a los 16 o 17 sin estar escolarizados ni incluidos en actividad alguna desde hace varios años.

En cuanto a la situación ambiental, las viviendas suelen ser construcciones precarias, de chapas de zinc, que nunca cuentan con el espacio adecuado para sus integrantes, por el contrario no solo se trata de falta de comodidades sino que hablamos de condiciones de hacinamiento, además de encontrarse ubicadas en zonas de asentamientos en algunos casos. La realidad barrial, especialmente en nuestra ciudad, también da cuenta de la marginalidad en la que viven algunos sectores de la población que no solo carecen de recursos propios para la subsistencia diaria sino que además no acceden porque no les es garantizado desde el gobierno local el acceso a servicios básicos como de agua corriente por ejemplo, ni iluminación, ni seguridad. En las entrevistas se repiten frases como “anoche me corrieron a los tiros”.

Es importante hacer esta revisión de las características de la población por dos motivos: primero porque queda a la luz que los jóvenes de bajos recursos no tienen el mismo acceso a la justicia que cualquier otro joven. A lo largo de este tiempo hemos visto como jóvenes con posibilidades de pagar asistencia jurídica no pasaban ni siquiera 1 día de encierro.

Segundo porque también estas condiciones de vulnerabilidad son las que desde antaño daban la potestad al juez de menores para decidir una medida tutelar que podía alcanzar el encierro del joven. En 2001 un chico de 13 años (Cristian C.) fue ingresado en el Instituto de Recuperación del Adolescente Rosario con una causa de tentativa de robo, ya que lo había encontrado la policía durmiendo en un auto. Cristian se guarecía del frío, la policía lo trajo a IRAR y el juez de menores que intervino en su causa convocó a sus padres, claro que en ese momento los tiempos eran más lentos que ahora. En determinado momento localizan a su madre, que además tenía cuatro hijos más chicos, algunas dificultades mentales igual que su hijo y es ella misma quien le pide al juez que lo deje un tiempo más encerrado porque no tenía comida. No estuvo menos de un año encerrado en una institución carcelaria y, además de la carencia extrema de recursos básicos para la subsistencia, el niño era un NN, ya que nunca había sido inscripto en el Registro Civil, por lo que para el Juez en esa oportunidad ameritaba que continuara encerrado hasta que se resolvieran estas situaciones desde el área social.

Por ese tiempo no estaban aceitados los canales de diálogo y todavía no se vislumbraba la relevancia de hacer una intervención de tipo integral, por lo que la gestión de una ayuda económica en ese momento tardó meses, inscribirlo en el registro civil llevó casi un año y por estos motivos el Juez estimó que era mejor que estuviera encerrado hasta que el Estado se pusiera al día garantizando sus derechos como niño. Este fue un claro ejemplo de Intervención en Justicia Penal con el viejo paradigma.

Volvamos ahora a las palabras de UNICEF. Nos dice el organismo que:

“la justicia penal juvenil tiene que convertirse en un escenario para que el joven pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que solo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la proposición de cambios de conducta. Asimismo, debe ser un espacio para conectar al joven con medidas y programas destinados a su inserción social”³

Cabe recordar en este punto, que la justicia penal juvenil plantea en el caso argentino, a través de la Ley N°22.278, dos instancias. Una primera en donde el juez investiga la causa y al finalizar dirá si el joven es o no responsable del delito que se le imputa. Este primer procedimiento implica varios meses de investigación que según el Código Procesal penal de menores de la Provincia de Santa Fe no es menor a 6 meses aunque en general puede duplicarse o más este tiempo. Durante ese tiempo, el juez puede adoptar medidas tutelares, en el marco del art. 35 de dicho Código, que son medidas transitorias, hasta que el juez define la situación del joven. Ellas duran el tiempo que el juez disponga, pueden ser modificadas, prolongadas o disminuidas en el tiempo según criterio judicial y no pueden tener como fin la asunción de la responsabilidad por parte del joven, porque el juez aun no lo declaró responsable, por lo que trabajan esencialmente, las condiciones socio familiares del mismo.

Una segunda instancia está constituida por la fijación de una pena por parte del juez competente. Para que ello proceda, según la legislación vigente, el joven debe haber cumplido 18 años, haber tenido al menos 1 año de medida tutelar y contar con la sentencia de

³OpCit UNICEF Argentina. Pág 2.

responsabilidad. Cumplidos estos tres requisitos que figuran en el art. 4 de la 22.278, el juez puede disponer una sanción o entender que la medida tutelar adoptada fue suficiente. En caso de requerir fijar una pena, lo hace en el marco del art 98 del Código antes mencionado si es una medida no privativa de la libertad o la privación de la libertad en un establecimiento adecuado.

Antes de entrar a analizar en que consisten las medidas socioeducativas que se aplican en la actualidad, observemos que estas se dan cuando el joven aun no fue declarado responsable por lo que hacerle entender su responsabilidad en un hecho, como así también, trabajar sobre su posible participación en hechos delictivos, es algo muy complejo que además, pone en juego el principio de inocencia que se les reconoce a los adultos.

Pensemos entonces el carácter de la privación de la libertad en este momento del proceso penal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconoció hace unos años que:

“en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aun, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nombrar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde muchos años se conoce en doctrina como el “embuste de las etiquetas”⁴

Y al respecto, las reglas de La Habana (Reglas de UN para la protección de los menores privados de libertad) define a la privación de la libertad en la regla 17 como:

“toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

⁴ Fallo 330:5294, considerando 10 de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

Esta privación de la libertad entonces, no puede tener nunca el fin de hacer entender al joven su responsabilidad en algo que no se ha definido aun, y si se trabajara respecto de su participación en hechos delictivos, genéricamente, sería el propio sistema el que estaría ahora actuando bajo el prejuicio de que la pobreza implica delincuencia.

Veamos entonces en que consisten estas medidas socioeducativas, para poder comprender cual es el trabajo que en ellas se desarrolla y a partir de allí, indagar un poco sobre la conveniencia o no de la baja de la edad de imputabilidad.

La definición de medidas socioeducativas de los educadores Santiago Arredondo y Jesús Diago en su libro “Evaluación de programas de intervención socioeducativa” dice que:

“Un programa de intervención socioeducativa consiste en un conjunto de acciones planificadas que quieren dar respuesta a necesidades educativas concretas en un determinado ámbito de intervención (...) Un conjunto de elementos aplicados a una situación o ámbito determinado sobre la base de una acción previa planificada para solventar las necesidades de un individuo o de un grupo en una situación desfavorecida. La planificación, la intervención, y la evaluación son fases en el proceso de actuaciones socioeducativas que se materializan de forma más operativa en el desarrollo de un proyecto concreto.”⁵

Entonces parece ser que el punto de partida es el reconocimiento de que una infracción cometida por un adolescente debe ser una consecuencia de una falta o carencia a nivel educativo y a nivel social.

En relación al concepto de educación que se toma sin adentrar en el tema ya que no es de nuestra competencia específica, los expertos hablan de Educación Social, como respuesta a los nuevos problemas y necesidades sociales “garantizando programas y actuaciones socioeducativas dirigidas a lograr una mejor atención y desarrollo de los individuos”.

⁵ Arredondo y Diago. Evaluación de Programas de intervención socioeducativa. Pag. 3

Las intervenciones con los adolescentes infractores desde las distintas instituciones y programas que existen en la actualidad, se encontraban originariamente encorsetadas en el paradigma de situación irregular y respondían a las medidas tutelares dispuestas por los organismos judiciales. Si se puede ubicar un momento en el tiempo a partir del cual se fueron sucediendo algunas discusiones y debates que eran necesarios para transformar la intervención profesional fue a partir del año 2005/2007, debates que cuestionaban nuestras prácticas a la luz de la promulgación por ese tiempo (año 2005) de la Ley Nacional 26.061, y las distintas leyes provinciales en la materia.

A fin de que no queden dudas sobre las diferencias en la intervención con los jóvenes Mary Beloff marca algunos parámetros teniendo como línea divisoria la Convención. Entonces remarca que la condición de sujetos de derechos le asigna a la vez cierto nivel de responsabilidad a los niños. Pero sin embargo no son los únicos que adquieren responsabilidades porque el resto de los actores, sea la familia, como la sociedad en su conjunto también deben asumir la responsabilidad que les compete- Se trata de responsabilidades bien diferenciadas.

“En el sistema tutelar, pre-convención nadie se hacía cargo de nada (..) El sistema tutelar toleraba la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales que garantizaran los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños marginales por tiempo indeterminado a través de las medidas tutelares.”⁶

Las medidas cautelares, tanto como las fijadas por los Códigos de Procedimiento provinciales, se encuentran igualmente reguladas y supeditadas a parámetros o estándares fijados por Naciones Unidas y reconocidos como válidos por la República Argentina.

En el caso de la Provincia de Santa Fe, la Dirección de Justicia Penal Juvenil se constituyó históricamente por 4 dispositivos de intervención que son la libertad asistida, centros de día, hogares de puertas abiertas y las instituciones cerradas, para que se cumplieran lo que hoy llamamos Medidas Socioeducativas de Ejecución Penal. Las derivaciones a estos programas, son exclusivas decisiones de las juezas de menores. Los jóvenes con situaciones delictivas de

⁶ Bellof, M., Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. N°1. Pág 97.

menor tenor (de una a tres causas de robo por ejemplo) suelen ser derivados a Programas como Libertad Asistida o los Centros de Día y con imputaciones de delitos de mayor importancia, tales como puede ser Homicidio, o acumulación de causas de robo calificados suelen ser derivados a instituciones semi abiertas o cerradas.

En cuanto al trabajo de la responsabilización, que sería uno de los objetivos primordiales, a trabajar con el joven en el tiempo que dure la medida, se convierte en una tarea compleja cuando los jóvenes son derivados a estos dispositivos sin tiempo estipulado de duración de la medida, y lo que es más grave, sin sentencia de responsabilidad sobre el delito que se le imputa. En algunas oportunidades el oficio de derivación viene con algunas pautas a cumplir por el joven y con algunas restricciones como permanencia obligada en el domicilio en determinados horarios, por un tiempo determinado, por los que las intervenciones deberán ajustarse a estas disposiciones. Por fuera de esto, los equipos tienen suficiente autonomía como para armar el Plan de Intervención con el joven, del que debe informar periódicamente al juzgado interviniente.

Esta modalidad de intervención, está en pleno proceso de reforma, ya que ha demostrado que ha fracasado a los efectos del trabajo que se requiere, sin embargo, la solución que encuentran las autoridades provinciales, no es la de invertir más recursos en el trabajo con los jóvenes sino en volver a crear una institución que en 2005 fuera cerrada. Me refiero al CAT, Centro de Alojamiento Transitorio, lugar donde los jóvenes son alojados por pocas horas, hasta que el juez dispone su situación final, pero que en la práctica, quedaban detenidos entre 2 y 6 meses, sin que se le garanticen allí los derechos a una atención digna, con acceso a educación y sistemas de salud, con acceso a espacios de esparcimiento y recreación, etc.

En paralelo, las instituciones semi abiertas, que se caracterizan por gozar de plena libertad al interior de la institución, consideradas las más convenientes por toda la legislación de avanzada, vienen sufriendo el no aumento de los presupuestos, la falta de mantenimiento edilicio, y un progresivo decaimiento en las derivaciones desde el órgano judicial. De manera paralela. Esta tendencia vuelve a dar protagonismo a las instituciones cerradas, de tipo carcelario, en donde además de estar privados de su libertad de manera absoluta, y confinados en una celda individual, sus derechos a educación de calidad, acceso a sistemas de salud, o a

espacios de esparcimiento y recreación, como así también de formación deportiva se encuentran restringidos, según las posibilidades del momento.

Conviene en este momento, adentrarnos en las Reglas de Tokio, que son Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad. En primer lugar es necesario resaltar que entre los objetivos centrales que se plantea, habla de la necesidad de rehabilitación del delincuente y de la necesidad de equilibrar los poderes entre los derechos de la víctima, los del victimario y la necesidad de la sociedad de garantizar la seguridad pública, es decir, reconoce que el propio estado a fallado en la inclusión plena de ese joven y que su inserción en el mundo delictivo es producto de eso, lo que nos remite a las Directrices de Riad, sobre prevención de la delincuencia juvenil.

Las Reglas de Tokio hablan de dos tipos de medidas: aquellas que se aplican para evitar la privación de libertad, que figuran en la Regla N°8, y aquellas que se aplican como morigeración de la privación de libertad y que figuran en la Regla N°9.

En todos los casos, plantea que:

“Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima”⁷

En ambos casos se trata de medidas dentro del circuito de la justicia penal, sin embargo, la propia Naciones Unidas en el Art. 40 de la Convención sobre Derechos del Niño, infiere la necesidad de contar con salidas alternativas al proceso penal, diciendo:

“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de

⁷ Regla de Tokio 12.2

que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”⁸

Y también lo esboza en la Regla 2.5 de Tokio cuando habla de:

“ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardas y las normas jurídicas”⁹

Es decir que para Naciones Unidas, la solución a la delincuencia juvenil no viene dada por el temor al castigo, sino por la inclusión, y que dicha inclusión debe darse en primer lugar con el niño desde pequeño, pero en caso que ello fracase y el joven llegue a estar involucrado en procesos delictivos, aun así debe procurarse buscar soluciones alternativas a la justicia penal y en caso de que ello fracase, soluciones dentro de la justicia penal pero no privativas de la libertad. Solo en casos excepcionales y con controles permanentes durante todo el tiempo que dure y por el menor tiempo posible, aplicar sanciones privativas de la libertad.

Esto que podríamos llamar la Justicia Restaurativa, implica reconocer la complejidad del caso a partir de dar cuentas no solo del fracaso del estado en la contención e inclusión del joven, sino también de las particularidades que implica esa etapa de la vida que es la infancia adolescencia, el reconocimiento de que los factores socio-económicos tienen incidencia y que todo ello puede generar una situación de pérdida de derechos, que requiere de su restauración para la inclusión plena. En Argentina además de existir instancias dentro del poder ejecutivo que abordan la problemática de la infancia desde múltiples miradas, y no solo desde lo penal como aplicación de un castigo, la propia Corte Suprema de Justicia reconoció que:

*El principio de especialidad que asiste a la justicia penal juvenil, debe traducirse también en más derechos a los niños, lo cual debe comprender mayores posibilidades para acceder a salidas alternativas”.*¹⁰

⁸ Convención sobre Derechos del Niño. Art. 40, inciso 3 b).

⁹ Regla de Tokio 2.5

¹⁰ Fallo CSJN 331.2691, considerando 7 de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

Además, algunas provincias¹¹ vienen reconociendo la aplicación de la suspensión del proceso a prueba como forma de evitar la instancia de justicia penal juvenil y algunos dicen que las medidas tutelares que se aplican en la Provincia de Santa Fe podrían ser reconocidas en ese marco, aunque el hecho de que sean medidas impuestas por un juez, descartaría a priori esta idea.

Bien, veamos entonces que nos dice Naciones Unidas en torno a estas prácticas, privativas de libertad, en las Reglas de La Habana, que justamente son Reglas para la protección de los menores privados de la libertad.

Pero antes, y a modo de parámetro para analizar la privación de libertad, tengamos en cuenta las palabras de la Convención Americana de Derechos Humanos, que manifiesta que:

“Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”¹²

Obsérvese que la Convención habla de una finalidad esencial que es “la reforma y readaptación social de los condenados. En igual forma lo manifiestan las Reglas de Beijing, que en la Regla 26.1 define como finalidad de la privación de libertad:

“garantizar su cuidado y formación, así como educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”¹³

En todo caso, lo que buscan estas normas dejar en claro es que debe evitarse el deterioro de la persona, al mismo tiempo que se promueva, o al menos que no se obstaculice, su inserción en

¹¹ Neuquén, Mendoza, La Rioja, ciudad de Buenos Aires.

¹² Art. 5, inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³ Reglas de Beijing. N°26.1

la sociedad. Es decir que esta privación de libertad viene acompañada de dos principios que son la “excepcionalidad” y la “máxima brevedad posible”.

La excepcionalidad viene entonces ligada a la proporcionalidad, en tanto solo se justificaría la privación de libertad en aquellos casos donde el delito cometido, o imputado, es de tal magnitud que no permite otra opción. Inclusive la normativa internacional plantea la necesidad de demostrar que otros castigos no privativos de la libertad, no serían convenientes para el caso, a los efectos de garantizar la excepcionalidad del caso. Esto puede observarse claramente en los argumentos esgrimidos por los fiscales cuando piden la privación de libertad.

En tanto la “máxima brevedad posible”, viene planteada en las Reglas de Beijing y también en las Reglas de La Habana, en la Regla N°2 que dice:

“La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por un período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La sanción de la duración debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese plazo”

Es necesario en este punto, hacer una salvedad. En la actualidad, podemos hablar de al menos dos instancias distintas donde puede proceder la privación de la libertad. Una, cuando aun no se definió si el joven es o no responsable del delito, y otra cuando eso ya ocurrió. Esta segunda instancia además, se dividiría entre el momento que va de la sentencia de responsabilidad a la fijación de una pena y la que arranca a partir de la imposición de pena privativa de libertad.

La situación en cada uno de estos momentos es distinta. Arranquemos a analizarlo por la más simple, que es cuando la privación de libertad es impuesta como pena. Ese momento queda claramente regulado y enmarcado en la ley, en tanto la pena impuesta va acompañada de su definición y de su tiempo de duración, como así también del lugar donde se va a cumplir.

En la situación anterior, entre la sentencia de responsabilidad y la fijación de una pena, también encontramos generalmente claridad del tiempo de duración, ya que la primer sentencia suele ocurrir cuando el joven ya cumplió los 18 años y por ende el juzgado en la gran mayoría de los casos declara la innecesidad de aplicar sanción privativa de libertad. Los casos excepcionales donde se aplica la pena privativa de libertad, generalmente son casos de jóvenes que ya vienen privados de libertad y continuarán así por alguna mala conducta o algún factor agravante, por lo que los juzgados en esos casos se aprestan a fijar rápidamente una pena, que implica la privación de libertad y lo hacen en un breve tiempo, conforme establece el Código.

El problema mayor se encuentra entonces en aquellos jóvenes que por distintos factores (muchas veces económicos) se encuentran alojados en instituciones sin una sentencia de responsabilidad.

Esa derivación muchas veces se hace sin fijar una fecha cierta de finalización e inclusive en algunos casos se fija una fecha y luego no se la revisa a pesar de que los informes profesionales planteen dicha revisión, sino que se espera a que ese plazo se cumple, o lo que es peor, muchas veces se espera a que el Órgano administrativo plantee la imposibilidad de seguir alojando jóvenes y entonces se revisa el listado de alojados. O inclusive, lo que también sucede es que el Poder Judicial usa como depósito las instituciones y después de un tiempo da lugar a un Habeas Corpus por las malas condiciones y el hacinamiento que se produce en las mismas.

Esta máxima brevedad posible hace hincapié en los efectos negativos que el encierro tiene en cualquier persona y toma en consideración la particular situación de un joven que se encuentra en plena etapa de formación de su persona.

El problema no solo se encuentra en la privación de libertad en sí, sino que las Reglas de Tokio aclaran en aquel punto 2 que leímos anteriormente, que durante la privación de libertad se debe trabajar no con el encierro del mismo, sino de cara a su futura libertad, generando nuevos conocimientos y habilidades que le permitan su reinserción social. E inclusive la Regla 79 manifiesta que:

Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada y cursos especiales”¹⁴

Todo esto plantea la necesidad de reconocer que el estado debe garantizar asistencia suficiente para que pueda regresar con su familia, participar de forma activa en la vida en comunidad y acceder a educación y trabajo. Esto, debe garantizarse durante la detención pero también con posterioridad a ella, acompañando ese proceso de recuperación de libertad.

Pero también requiere discutir respecto a la progresividad de la recuperación de la libertad. Originariamente un joven ingresaba a una institución de encierro y hasta que salía del sistema penal juvenil, pasaba por distintas instituciones y programas que de alguna manera acompañaban y ponían a prueba al joven en torno a como él se manejaba en libertad. Así, pasaba de un lugar cerrado a otro de puertas abiertas, luego a un centro de día para culminar en algún programa como libertad asistida.

Basados en la idea de que la privación de libertad es excepcional y por el menor tiempo posible, se revirtió esta metodología y se generó un sistema de oferta de programas e institutos independientes, donde cada joven ingresa y sale al sistema por alguno de ellos. Puede ser entonces que un joven que estuvo en un instituto de puertas abiertas egrese sin necesidad de pasar por una instancia de Libertad Asistida.

Esta lógica, basada en la defensa del criterio de excepcionalidad, choca con el problema que genera aceptar el otro principio, el de “por el menor tiempo posible”, ya que el tiempo en que interviene el órgano administrativo es el menor posible y entonces la posibilidad de cerrar ciclos de formación o reforzar la responsabilización de los actos es limitado y muchas veces deja trunco el trabajo que se comienza. Inclusive a pasado que se siguió trabajando por un tiempo más con un joven que por orden judicial ya había cesado la intervención, a los efectos

¹⁴ Reglas de La Habana N°79.

de generar cierre de ciclos y asegurar la adquisición completa de los conocimientos o comportamientos.

Todo esto ha puesto en dudas el funcionamiento actual, que se encuentra una vez más en revisión a los efectos de amalgamar la máxima de “privación de libertad por el menor tiempo posible” con la lógica de que la privación de libertad reviste un carácter formativo y de inclusión que requiere tiempos de trabajo. Así lo dejó dicho la Corte Suprema cuando consideró que:

“La aplicación de una sanción privativa de la libertad no debe fundarse en la gravedad del hecho o la peligrosidad del joven, sino que debe ser necesaria para su resocialización”¹⁵

Obsérvese que hasta acá hablamos de sanciones, con o sin sentencia de responsabilidad, que tienen como fin último la reinserción social. Entonces, es el momento de preguntarnos si esta inclusión se consigue a partir de la incorporación del joven al circuito penal, y por ende al mundo del delito, o bien esto está vinculado más bien a la posibilidad o no de tener otras oportunidades en las etapas iniciales de la vida.

Dicho de otra manera: ¿la baja de la edad de punibilidad e inclusive de imputabilidad, permitiría brindar alternativas a los jóvenes a más temprana edad a los efectos de evitar la delincuencia juvenil?

Naciones Unidas reconoce en las Directrices de Riad (Directrices de UN para la prevención de la delincuencia juvenil - 1990) que la prevención del delito juvenil debe ser entendida en el marco de la inclusión y manifiesta que:

“Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista”

¹⁵ CSJN. Fallo 328:4343, considerando 23 del voto de la mayoría.

A estos fines propone una serie de medidas de inclusión, exigiendo que los Estados se centren en la atención de los niños¹⁶, y que hagan foco en la creación de oportunidades, en particular educativa,

“creando una red de servicios cuya finalidad sea reducir los motivos, las necesidades y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien”¹⁷

Inclusive manifiesta que:

“calificar a un joven de delincuente, contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”¹⁸

Para lo cual dispone que los Estados partes deben crear servicios locales y programas con base en la comunidad y solo en última instancia recurrir a organismos oficiales de control social.¹⁹

En este punto tendríamos que pensar qué es lo que la sociedad reclama cuando pide la baja de la edad de imputabilidad. Si lo que busca es la intervención del Estado a más temprana edad para prevenir el delito, es necesario explicar que la judicialización del problema no lo resuelve sino que lo agrava en tanto mezcla dos grupos distintos como ser los sectores vulnerables con los sectores dedicados al delito, mostrando a un sector de la sociedad que aunque al margen de la ley, existe un mundo laboral posible, por lo que este acercamiento inclusive podría ayudar a agravar la situación en tanto estaría sumando a las filas de la delincuencia nuevos sectores sociales.

Ahora bien, si esto no es explicado, el discurso de la baja de la edad como solución al problema es un discurso que penetra en amplias capas de la sociedad y que probablemente en algún momento logre concretarse.

¹⁶ Directriz de Riad N°2.

¹⁷ Directriz N°5.b. Directrices de Riad.

¹⁸ Directriz N°5.f. Directrices de Riad.

¹⁹ Directriz N°6. Directrices de Riad.

Es por ello que es necesario poder separar el problema del diagnóstico, porque el diagnóstico encierra errores de análisis que nos llevarían en una escalada de represión y privación de la libertad cada vez más grande sin que ello pueda dar resultados positivos para la baja de la delincuencia juvenil.

Para ir concluyendo, sería interesante dejar abiertos algunos interrogantes sobre que significa ser adolescente. Lejos de pretender presentar a la adolescencia como un momento de caos y confusión, es necesario que veamos cómo esta etapa de la vida, etapa creada por la cultura occidental moderna, viene a dar respuestas a una demanda social, más que a una necesidad del joven. Antaño, los niños pasaban de su etapa infantil a la adultez a partir de ciertos rituales que constituían la maduración del sujeto. Estos rituales que en algunos casos eran agresiones directa al cuerpo, como la mutilación o el castigo, y en otros casos eran mucho más placenteros como un período sabático de esparcimiento y recreación con pares, han desaparecido a partir de la irrupción del mundo capitalista que requiere mano de obra joven y al mismo tiempo calificada y que entonces fija una edad límite en la que el mismo debe concluir su etapa de formación formal y pasar a conformar el mundo laboral.

Toda esta acomodación psíquica se da en el mismo momento en que el cuerpo biológico presenta las últimas grandes transformaciones con el despertar sexual, la aparición de contexturas físicas que se mantendrán estables hasta casi el final de la vida. A ello hay que sumarle que en este momento, varios de los tabúes o prohibiciones sociales, empiezan a caerse o reconfigurarse, para habilitar al joven en nuevas prácticas que implicarán la adquisición de nuevos conocimientos y una nueva mirada sobre su vida, la interioridad del hogar y la exterioridad de la comunidad. Nuevas alianzas, nuevos pactos, nuevas obligaciones, que vienen a poner en juego todo lo aprendido hasta ese momento y que ponen en jaque la actitud del adolescente.

Ante este nuevo panorama, las Naciones Unidas ha sido contundentes: no hay que buscar el castigo, sino la inclusión y el acompañamiento para que este paso sea fructífero, no (al menos no tanto) para el joven sino más bien para el conjunto de la sociedad que no podrá hacer que desaparezca o se esfume, por más anti sistema que puedan ser sus conductas, sino que deberá

incluirlo plenamente en todos los aspectos sociales, políticos y económicos de la vida en comunidad.

Como plantea Doltó, la pubertad es un momento de mucha fragilidad, es un período en el que se está muy indefenso ante cualquier golpe o comentario y por ello es necesario para que el “yo” se fortalezca, cederle la voz, escuchar al joven sin confrontarlo con el discurso adulto. Aparece así el modelo de relevo, donde la figura adulta se constituye en modelo a seguir, pero no como mandato del adulto, sino como acción del joven. En ello, la privación de la libertad solo viene a restar. Si lo único que creamos son sistemas de represión, exclusión o expulsión, no solo no estaremos restituyendo el derecho perdido de la víctima sino que además estaremos creando un sujeto desujetado, que ni la ley, ni el garrote, ni la autoridad podrán sujetar a una sociedad que se empecina en soltarle la mano.

Si todos somos sujetos sujetados, y los canales habituales de sujeción infantil no han funcionado, no podemos seguir probando con lo mismo, debemos innovar, aplicar la creatividad, ser más solidarios, permeables y abiertos para que quienes por algún motivo se sienten fuera del sistema, puedan incorporarse, no adaptándose a lo normal sino reconociéndoles sus diferencias y particularidades. Este es un desafío de la educación, pero no de las escuelas, sino del sistema escolar. Requerimos de nuevos modelos educacionales que sean verdaderamente inclusivos, que sepan navegar por la diversidad, por mares de tormenta, porque en aguas calmas, todos somos capitanes. No busquemos en las cárceles la solución, porque no la encontraremos. En realidad, no la busquemos en ninguna institución existente tal como las conocemos hoy. Debemos dar vuelta el mapa, sacudir las ideas y empezar a crear cosas nuevas.

BIBLIOGRAFÍA

- ¿Qué es el Sistema Penal Juvenil? (2012). Revista Digital. UNICEF. Argentina.
- Arredondo, Santiago y Diago, Jesús. (2011) Evaluación de Programas de Intervención Socioeducativa. España: Pearson Educación S.A.
- Beloff, Mary. (2005) Los adolescentes y el Sistema Penal. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N°1. Argentina.
- Beloff, Mary; Deymonnaz, Virginia; Freedman, Diego; Herrera, Marisa y Terragni, Martiniano. (2012) Convención sobre los derechos del niño, comentada, anotada y concordada. Buenos Aires: La Ley.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Naciones Unidas.
- Directrices de Riad (1990). Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.
- Doltó, F. (1992). La causa de los adolescentes. El verdadero lenguaje para dialogar con los jóvenes. Buenos Aires: Barral
- Reglas de Beijing (1985). Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia.
- Reglas de La Habana (1990). Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
- Reglas de Tokio (1990). Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad.