

CUATRO CONSIDERACIONES ACERCA DEL DERECHO PENAL JUVENIL Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA (1)

GONZALO BERRÍOS DÍAZ

La presente ponencia se centrará en torno a cuatro aspectos que me parecen fundamentales acerca de los sistemas penales juveniles.

De dicho modo, me referiré a algunas concepciones distintivas del derecho penal juvenil y que se reflejan en cómo entiendo debieran funcionar estos sistemas. Directamente relacionado con lo anterior, mencionaré la importancia de desarrollar una “lectura” especializada de la base normativa común del sistema jurídico-penal que les resulta aplicable, y de tal forma intentar promover la consideración de las particularidades de la adolescencia en dicha base jurídica.

Asimismo, en una reunión interamericana de defensores y defensoras no podría dejar de referirme a ciertos aspectos específicos del derecho a defensa penal de los adolescentes, en especial, a algunas amenazas que recaen sobre la relación profesional entre el abogado y el joven, y al carácter especializado que debe tener dicha defensa.

Debo indicar, además, que parto de la premisa que los sistemas penales de adolescentes *realmente existentes* son un campo en disputa, pese al auge en los últimos años de modelos y prácticas con un acento claramente represivo. Aunque en esta premisa se pueda reflejar un cierto “pesimismo de la razón y optimismo de la voluntad”, me parece que desde la mirada de la defensa de los jóvenes es la única perspectiva posible de asumir para no caer en la desesperanza e inacción.

(1) El texto corresponde a una versión revisada de la exposición efectuada en la mesa de debate “Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El derecho penal juvenil y la protección integral”.

PRIMERA CONSIDERACIÓN

Como es bien sabido, una característica de los sistemas tutelares de menores dice relación con el denominado fraude de etiquetas, o si se prefiere, con aquella creencia que embargaba al conjunto de los operadores del antiguo sistema de que las cosas *son* lo que formalmente se dice que *son* y no lo que materialmente, lo que en realidad representan en su aplicación práctica. El mejor ejemplo de esta forma de ver las cosas lo constituye la medida de “internamiento”, cuya aplicación selectiva sobre los menores de edad “en peligro moral o material” se decidía como una forma de “protección” de los mismos, desconociendo (y peor aún, justificando) su carácter privativo de la libertad personal y, en general, violando una amplia variedad de otros derechos y garantías, como la integridad física y psíquica, el principio de legalidad y el debido proceso, por nombrar sólo algunos.

Entonces, nos parece fundamental comenzar esta exposición reafirmando una premisa —sostenida, entre otros, por autores como P. A. Albrecht y Juan Bustos Ramírez— ineludible en torno al tema que nos ocupa: las consecuencias que impone el Estado a los menores de edad como reacción ante ciertos hechos definidos como delitos y, más ampliamente, todo el sistema jurídico e institucional relacionado con los conflictos de los jóvenes con la ley penal, deben ser entendidos como “derecho penal” y no como otra cosa. En cuanto el sistema implica consecuencias restrictivas de los derechos de los adolescentes a través del uso de sanciones que responden a la comisión de delitos, aquel debe ser limitado por el conjunto de las garantías penales y procesales. El hecho que sea o debiera ser un derecho penal especial, distinto del que se aplica a los adultos, no significa que deje de ser, al fin y al cabo, derecho penal. Terminar con los eufemismos sólo puede facilitar el reconocimiento de la necesidad de considerar la imposición de límites al funcionamiento del sistema y de paso favorecerá la crítica al mismo.

La más obvia consecuencia de todo esto es que, bajo ninguna circunstancia, se puede construir un derecho penal juvenil sin considerar, a lo menos, todos los derechos y garantías penales y procesales propios de un Estado democrático de derecho, entre ellos, el derecho de defensa.

Como señalábamos, este derecho ha de ser distinto, especial, y si ya los derechos fundamentales establecen un límite a la intervención punitiva del Estado, entonces aquellos derechos especialmente protegidos, más intensamente salvaguardados de las personas menores de 18 años, han de constituir una nueva barrera —adicional— frente al sistema penal, sobre todo si somos concientes que los adolescentes pueden llegar a reunir en sí numerosas condiciones que aumentan

su vulnerabilidad frente a la justicia (pobreza, género, privación de libertad).

También ha de ser un derecho penal especial y diferenciado del aplicable a los adultos por una cuestión fundamental. Es imposible desconocer que hay un importante déficit de legitimidad de origen en lo que Bustos llama “la capacidad del Estado de exigir la observancia de las prohibiciones y mandatos” a los adolescentes: las normas que deben respetar no han sido establecidas ni pueden ser democráticamente cuestionadas por sus destinatarios adolescentes, dadas las exclusiones de que son objeto por el sistema político respecto del derecho a elegir y ser elegido como miembro de los poderes legislativos.

Así las cosas, al menos una de los puntos de contacto que se pueden establecer entre el derecho penal juvenil y la denominada doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, es precisamente la necesaria relación que se debe derivar de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) con respecto al establecimiento de límites mayores y más extensos a la justicia penal que se les aplique, límites que pueden ir desde la total renuncia a utilizarlo, hasta su aplicación restrictiva y sujeta a una lógica minimalista.

Estas barreras especiales asociadas a las garantías penales y procesales, sin embargo, no son las únicas que se pueden extraer de la CDN. Todos sabemos que, en los hechos, cuando se activa el sistema penal sobre una persona se afectan *en la práctica* muchos otros de sus derechos, supuestamente no sujetos a restricciones, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. Podemos sostener que un derecho penal juvenil construido en el marco del sistema de protección de los derechos humanos de los niños tiene asociado nuevas barreras al poder castigador del Estado, ya no sólo derivadas de la protección de los derechos de libertad, sino también de la salvaguarda de los derechos de prestación. Una consecuencia concreta de ello es la obligación de modular la respuesta penal a estos límites; al respeto, promoción y garantía de los derechos de prestación. Resulta clara al respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Instituto de Reeducción del menor v. Paraguay” cuando señala que, con la obligación del Estado de proveer a los jóvenes privados de libertad de asistencia en educación y salud, se intenta asegurar “que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.

En nuestra opinión, los límites previamente comentados deben ser considerados siempre que se aplique la ley penal, asumiendo que el sistema punitivo tiene un fuerte efecto desocializador sobre los jóvenes. Por tanto, si las legislaciones penales juveniles quieren efectivamente promover la inserción social de los infractores, en la pri-

mera línea de todo el sistema de responsabilidad penal adolescente adecuado a la CDN debe estar precisamente el evitar todo lo que sea posible el uso del sistema, en especial, de la privación de libertad.

Además, no se puede obviar que será el Estado quien con mayor regularidad “quebrante” sus obligaciones sociales respecto de los adolescentes imputados de cometer un delito, en comparación con los jóvenes que quebranten el cumplimiento de sus condenas, cuestión más que probable dadas las carencias institucionales y desigualdades sociales que presentan nuestras sociedades.

En definitiva, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño es posible construir un sistema minimalista que privilegie la no intervención penal para resolver los conflictos sociales que están en la base de la comisión de los hechos punibles; que si ello no es posible, considere, primero, un conjunto de respuestas alternativas al proceso y, segundo, en caso de juicio y condena, la opción de sanciones comunitarias de cumplimiento en libertad, para reservar como *ultima ratio*, en forma excepcional y breve como obliga el art. 37 de la CDN, la privación de libertad. Todo ello, por supuesto, bajo el más estricto apego al debido proceso y al conjunto de garantías que tiene la persona frente al Estado.

Ahora bien, ni la Convención ni una bien fundada —en términos valorativos y empíricos— política criminal aseguran de por sí que las legislaciones nacionales en la materia resuelvan de buena manera las tensiones existentes entre un modelo (ideal) adecuado a la Convención y otro más cercano a las demandas punitivas propias de la lógica de la “seguridad ciudadana”. Desconocer esta realidad o simplemente atribuir al modelo de responsabilidad el aumento de la carga punitiva sobre los jóvenes, sólo puede contribuir a atarnos de manos para modificar este orden de cosas.

SEGUNDA CONSIDERACIÓN

Como ya señalamos al comienzo, hay un campo fructífero por explorar y desarrollar en términos jurídicos que consiste en “leer” el derecho penal y procesal penal desde el sujeto adolescente y desde la ley especial que los regula, y no trasladar irreflexivamente las categorías dogmáticas y la jurisprudencia propia del derecho penal de adultos. Para explicarme mejor, me referiré a algunas cuestiones específicas sobre este punto.

En Chile existe una agravante de responsabilidad conocida como “pluralidad de malhechores”, cuya aplicación puede llegar a ser casi matemática: si son dos o más los sujetos que participan de un robo,

el hecho se ve agravado con el consiguiente aumento de la pena. Sin embargo, sabemos que la etapa de la adolescencia se caracteriza por una fuerte influencia y predominio del grupo de pares. ¿No es en muchas ocasiones inherente a la realización de un delito por parte de adolescentes su comisión en grupo y, por ende, al aplicar la agravante no estamos considerando dos veces tal factor? Así se ha comenzado a considerar por una parte de la doctrina y también por una parte de la jurisprudencia, sin perjuicio de otras opciones para la valoración de la actuación en grupo, por ejemplo, en el ámbito de la culpabilidad/responsabilidad.

Otro ejemplo dice relación con el valor del consentimiento en materia de actividad sexual, cuando se trata de tipos penales en que dada la edad del sujeto pasivo, la ley entiende que dicho consentimiento no tiene relevancia. En nuestro país, es la misma ley de responsabilidad penal juvenil la que establece una norma especial, exigiendo una cierta asimetría de edad entre los sujetos para que puedan imputarse ciertos delitos sexuales, con lo que se pretende asumir la realidad de la iniciación sexual de los jóvenes a temprana edad. Y aún si se diera esa diferencia de edad, pero existiera consentimiento, quedará abierta la puerta a otras opciones como, por ejemplo, considerar un posible error de prohibición.

En materia procesal son bastante conocidas las posiciones en torno a rodear de mayores garantías a la renuncia de determinados derechos, para que dicha renuncia puede considerarse libre, informada y conciente. Es el caso del derecho a guardar silencio, cuya renuncia en Chile sólo es válida si la efectúa el adolescente en presencia del defensor, con lo que pretenden evitar las “declaraciones espontáneas” obtenidas por la policía a través de presiones psicológicas o derechamente de malos tratos.

En la misma línea podemos recordar el caso de Walter Bulacio, a propósito del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que no basta con que los menores de edad detenidos tengan derecho a comunicarse con un familiar y un abogado defensor, sino que, por la especial vulnerabilidad en que encuentra un niño detenido, son los agentes del Estado quienes tienen la obligación de comunicar la detención a tales personas, aun cuando no se les haya solicitado hacerlo.

TERCERA CONSIDERACIÓN

Respecto del derecho a defensa penal juvenil, se debe reconocer que existe todavía una arraigada cultura tutelar en muchos operadores de la justicia, lo que puede llegar a implicar presiones indebidas

respecto del rol y las funciones de los abogados defensores, ya que cuestionan (o no entienden) la esencia de su trabajo de representación de la voluntad del joven y de resguardo de sus derechos.

De alguna manera, los fines preventivo-especiales positivos, educativos o de reinserción social que las nuevas leyes de responsabilidad penal especial de los jóvenes suelen predicar de sí mismas —aun en contradicción con algunas de sus propias normas claramente retributivas—, pueden llevar a confusión a muchos actores respecto al ya aludido supuesto carácter “benéfico” de las medidas o sanciones y, por tanto, generan incompreensión respecto de las tareas de oposición ante la pretensión punitiva del Estado. Una cuestión muy distinta es considerar tales fines de manera de tomar resguardos ante los efectos negativos del sistema penal sobre los adolescentes, básicamente por medio de límites a la intervención penal y el reconocimiento de derechos, de todos sus derechos, a los jóvenes condenados. Como señalaba Baratta para el caso de la privación de libertad —cuestión que debiéramos considerar para todo tipo de respuestas sancionatorias—, más que reintegración social “a través de la cárcel”, debemos promoverla “a pesar de la cárcel”.

La idea de la protección integral de derechos nos da mayor soporte para afirmar la vigencia de todas las garantías penales y procesales limitadoras de la intervención estatal, pero también para que fuera de ese ámbito punitivo se pueda exigir de los servicios sociales el dar satisfacción a aquellos derechos cuya vulneración puso en evidencia el sistema penal. Pero ello no puede implicar que los defensores dejen de hacer la tarea que el sistema de justicia les exige para su buen funcionamiento. Los problemas sociales requieren respuestas fuera del sistema penal y no se puede desnaturalizar el derecho a defensa, el rol del abogado y las obligaciones de lealtad con el adolescente porque otros actores dejen de cumplir con sus obligaciones o las cumplen mal.

En el caso de los jóvenes, no sólo el sistema confirma su selectividad al provenir su clientela habitual mayoritariamente de los sectores más excluidos socialmente, sino que dicha condición de exclusión y marginalidad puede llevar a justificar y agravar la intervención restrictiva de derechos, producto de la “demonización” de la juventud popular. La tarea de los defensores resulta irrenunciable en cuanto a rechazar tales consideraciones peligrosistas y para ello debe asegurarse el correcto desempeño de su rol.

CUARTA CONSIDERACIÓN

Finalmente, quisiera plantear algunas ideas generales sobre el derecho a defensa y los adolescentes, en torno a la noción de “especialización”.

Es indudable que la superación del paradigma tutelar ha traído consigo un amplio acuerdo sobre la necesidad de asegurar a los jóvenes el derecho a defensa jurídica. Sin embargo, quisiera destacar en este foro que el derecho que se ha de garantizar no es a cualquier defensa, para que ésta pueda ser considerada como adecuada y efectiva: en el caso de los adolescentes, el derecho a defensa penal debe satisfacerse en forma “especializada”.

Muy esquemáticamente y sin pretender agotar el tema, ello implica:

- Contar en las Defensorías con un cuerpo especializado de abogados, en donde los defensores se dediquen exclusivamente (o al menos, con una alta preferencia) a la defensa de adolescentes. En el fondo, institucionalmente debe expresarse también la idea de que estos sistemas son especiales y diferenciados de los adultos, como se deriva del art. 40.3 CDN. Sin duda, esta opción implica una importante inversión de recursos públicos, pero de otra manera no puede construirse una justicia especial para adolescentes infractores.
- Promover y exigir de los abogados una formación de alto nivel y no sólo jurídica: el abogado defensor debe tener amplios conocimientos de criminología, psicología del desarrollo y culturas juveniles, por nombrar algunas materias claves, que le permitirán “leer” las normas jurídicas y los casos concretos en forma diferente, de acuerdo al sujeto y a la ley especial. Dichos conocimientos son esenciales en ciertos debates, por ejemplo, en la determinación judicial de las sanciones y en las audiencias de sustitución de una condena por otra menos gravosa.
- Contar con equipos de apoyo a la defensa penal juvenil conformados por trabajadores y trabajadoras sociales, considerando que al menos en la experiencia chilena ello ha sido de mucha utilidad. Tales equipos han resultado un soporte clave respecto de las relaciones con los distintos programas y operadores de la red infanto-juvenil, en materia de defensa durante la ejecución de sanciones y en las relaciones con los familiares o red de apoyo del joven. También cumplen un rol fundamental en la elaboración de informes sociales que posteriormente son utilizados por los abogados como apoyo a la respectiva teoría del caso.
- La importancia de desarrollar competencias profesionales que permitan favorecer la construcción del vínculo de confianza con el adolescente (que en general mantiene una cierta des-

confianza con los adultos), sobre todo que en el caso de las defensas públicas es probable que en muchos casos sean sus defensores la primera cara amable que conozcan del Estado. Ello se traduce también, por ejemplo, como lo destacan las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en la importancia de fortalecer las capacidades de comprensión del adolescente para la toma de decisiones en el proceso. Si los defensores quieren ser consecuentes en considerarlo como un sujeto de derechos y, por tanto, “dueños de su defensa”, debemos prepararnos profesionalmente para facilitar con nuestro consejo legal que el joven pueda tomar sus propias decisiones. El derecho a ser oído que establece la Convención sobre Derechos del Niño nos obliga a todos y, en forma crucial, a los abogados de jóvenes.

Para concluir esta ponencia, y reiterando lo que ya he señalado en otras ocasiones, me parece evidente que en términos de las grandes tendencias, la justicia juvenil no está aislada de la justicia penal general y la tensión —más amplia y global— entre derechos y seguridad que se expresa en la sociedad actual, tiene efectos directos sobre ella. Por lo mismo, el futuro de los sistemas de responsabilidad penal juvenil está cada vez más indisolublemente unido a los avances y retrocesos que todo el sistema penal y procesal penal pueda seguir experimentando en los próximos tiempos.



DEFENSA PÚBLICA: GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA



III CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN
INTERAMERICANA
DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS

BUENOS AIRES, REPÚBLICA ARGENTINA
11, 12 Y 13 DE JUNIO DE 2008

LA LEY

Ministerio Público de la Defensa - Defensoría
General de la Nación
Defensa Pública: garantía de acceso a la justi-
cia, 1ª ed.- Buenos Aires: Defensoría General
de la Nación, 2008.
672 p. 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-22522-1-2

1. Derecho.
CDD 340

Es una publicación del Ministerio Público de la Defensa - 2008

Defensoría General de la Nación

Av. Callao 970

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

C1023AAP

Tel.: 11 4814 8417 / 52

Fax: 11 4814 8425

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

Tirada: 500 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-22522-1-2