

Hacia un Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente. El desafío de un reproche penal adecuado sin castigo/encierro

Por Germán Darío Martín

*“La solidaridad perfecciona la reparación de la justicia
al sabernos parte del tejido dañado.
No se restaura lo dañado en el otro, sino en ese utrum, uno y otro a la vez,
que es más profundo que nosotros, nos-otros”.*

Llamada de la ausencia.
José Carlos García Fajardo
Profesor Emérito de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).
Director del Centro de Colaboraciones Solidarias (CCS)

El presente artículo pretende aportar algunas reflexiones a partir de aprendizajes experienciales y de intervenciones concretas; por lo cual, no encontrarán, en este texto, un trabajo conforme al modelo monográfico - académico típico.

Antes de dar algunas notas críticas con respecto al encierro penal en la adolescencia, entiendo que debería y merece el tema, realizar algunas breves precisiones de -y desde- nuestra disciplina especializada. No se trata de una reflexión crítica desde el tradicional “*liberalismo penal*” o “*garantismo formal*” (Gutiérrez, 2016) sino desde la axiología jurídica de la especialidad penal y procesal penal adolescente.

I

Entiendo que conviene enmarcar esta discusión y los aportes, yendo hacia un verdadero Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente. Proceso que incluye la necesaria crítica y *deconstrucción* histórica, epistemológica y dogmática del derecho penal de adultos que identifica casi miméticamente la pena, el castigo y el encierro como parte inescindible de su naturaleza, identidad y definición (Martín G., 2015).

Ya que, desde allí, se secundariza y pierde centralidad real y fuerza contextual el castigo/encierro y todo el debate por el tipo de sanciones alternativas especializadas y, eventualmente, su ejecución y monitoreo. Desafiar esa lógica de reproche/castigo/encierro lógica esa es la invitación.

Entonces, el recorrido de este artículo será analizar brevemente las implicancias y necesidad de pensar desde un *Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente* y luego realizar algunas críticas, desde la práctica, a la sanción de encierro en adolescentes y jóvenes.

¿Por qué Sistema?

Porque no se trata sólo de poder judicial, no es sólo justicia especializada, proceso penal especializado y, ni siquiera, un proyecto legislativo especializado. Tampoco de “régimen” como aun se le dice, parte de la doctrina moderna. Se trata de un *sistema* en cuanto *conjunto de dispositivos que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto (RAE)* donde la justicia especializada es solo un dispositivo más.

Es decir, se requiere de una justicia especializada interconectada y articulada que funcione coordinadamente con otros dispositivos estatales y comunitarios (esto también hace a la corresponsabilidad). Una justicia penal especializada pero que funcione solitaria y

compartimentada, nos acerca peligrosamente a la justicia penal de adultos: una justicia penal *fordiana* y lineal, con alguna incidencia o influencia en las otras etapas del proceso.

El modelo sistémico, obviamente, es un gran desafío para la justicia penal acostumbrada a relacionarse mediante órdenes, a controlar y a censurar a otras agencias estatales; que no está habituada a relacionarse con otros ámbitos, ni articular, dialogar, proponer, prevenir o incidir en el diseño de políticas públicas.

No olvidemos que el mandato convencional es hacia la desjudicialización, (Y a la remisión, Reglas N° 11 de Beijing) por lo que nuestra mayor aspiración no puede ser sólo una justicia adaptada o especializada. Se debe pensar una política estatal transversal e interagencial de responsabilidad penal adolescente que incluya en su agenda desde la prevención hasta la intervención y ejecución en temas de delitos y violencia adolescente (Informe CIDH-2015).

¿Por qué de **Responsabilidad**”?

Entiendo y quiero poner todo el énfasis en que la clave se encuentra en la “palabra” responsabilidad. Ese es el giro novedoso, el necesario cambio de “chip” para pasar del paradigma del castigo al de la responsabilidad. Pensar y hablar de *responsabilidad*, desde el paradigma de la protección integral, es hablar de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho que pueden y deben asumir sus obligaciones y, por ende, sus responsabilidades en el contexto de desarrollo vital. O como mejor lo han expresado: “*La desresponsabilización del adolescente corresponde, en realidad, a su objetivación, a la negación, de hecho, de su condición de sujeto de derechos*” (Gomes da Costa).

Cuando en lo subjetivo y teóricamente realizamos el cambio, el abanico de oportunidades de intervención y las herramientas (en términos de metáfora foucaultiana) de abordaje que comienzan a florecer en el ámbito del derecho penal son interesantísimas, novedosas y necesariamente innovadoras. Estamos hablando de **responsabilidad subjetiva** por lo cual las herramientas son interdisciplinarias y así el proceso penal comienza a tomar una postura pedagógica, compleja y a delinear su especialidad.

A diferencia del derecho penal de adultos en que dado A –delito- tiene que ser B –castigo-, en el ámbito de la especialidad entonces, dado A se abren oportunidades, posibilidades, caminos posibles. Esto es desconcertante para el derecho penal tradicional que le cuesta asumir esta imprecisión e inestabilidad propia de nuestra especialidad.

Hablar de responsabilidad también nos permite salir de la exclusividad de la responsabilidad individual y empezar a ver que hay -o pueden existir- otros responsables y aceptar el desafío convencional de la *corresponsabilidad* en el ámbito penal. Incluyendo como un actor a las familias, al barrio, las instituciones, al gobierno y sus políticas públicas; sintéticamente: cumplir con el mandato convencional de incorporar al proceso penal adolescente a la comunidad, transversalmente al Estado, a las empresas (RSE), a los sindicatos y ongs. Este tema me trae a la memoria un antiguo adagio africano que dice que “*para educar a un niño se necesita un pueblo*”

Interpelar la responsabilidad ajena es –debería- interpelar la responsabilidad del interpelante. Es pensar *la legitimidad* de la comunidad política para llamar a rendir cuentas a un adolescente por sus faltas. Hasta donde es legítima y/o co responsable (Duff, 2015) más aun un adolescente desaventajado económicamente (Tadros, 2015). “*Una cosa es decir que una persona es responsable de sus actos y otra que tenemos el derecho de responsabilizarlos*” (Tadros, 2015, 51). Se trata ni más ni menos del antiguo *pacto comisorio* del fuero civil, “*yo cumplo si uds. cumplen*”.

Pero también pensar la corresponsabilidad respecto de las víctimas ¿Por qué éstas, individualmente, deben padecer las consecuencias del delito? ¿No se trata claramente de una desigual atribución de una carga pública? ¿No debería también la comunidad ser solidaria y co responsable con la víctima?

La idea de co-responsabilidad es desincriminalizante, no pone el eje en el delito, o por lo menos no lo sintetiza todo allí o no simplifica en términos binarios.

Entonces, co-responsabilidad en la prevención, co-responsabilidad como co-gestión, co-responsabilidad en la reprobabilidad jurídico/penal, co-responsabilidad en la intervención y abordaje individual y co-responsabilidad en las consecuencias del delito penal adolescente.

A esta altura se puede observar que las herramientas y el contexto adecuado para este proceso de responsabilización y corresponsabilización son las que nos brindan las prácticas y tradiciones restaurativas.

Por último, la responsabilidad trabaja con *el lenguaje* que es la contracara de la violencia. Donde hay violencia no hay lenguaje/vocabulario/diálogo. Por el contrario; el castigo es violencia, es físico, conmina, coacciona el cuerpo.

Pareciera que en el ámbito de la responsabilidad, entonces, estamos en un espacio complejo, transdisciplinario, no punitivo, sin tantas certezas del final del proceso, reflexivo, colaborativo y donde la palabra es la protagonista.

¿Por qué **penal**?

Lo penal/sancionatorio debe estar siempre presente. Como límite de incumbencia e intervención –legalidad, proporcionalidad, extrema ratio- y también en forma de garantías intrasistémicas –presunción de inocencia, pro reo, defensa, entre otras- .

Ambas dimensiones con el “*plus protección*” propio de nuestra especialidad que le otorga a todo el andamiaje de garantías un particular cariz e intensidad. En este marco debo advertir que nuestra disciplina especializada, a diferencia de la de adultos, tiene una política de persecución penal claramente orientada y constitucionalizada.

Debo alertar que no siempre la realidad o el destino de la *despenalización o desincriminación*, aun bien intencionada, son un lugar progresista o auspicioso sino que, muchas veces, es todo lo contrario. Recordemos que la historia de la “*despenalización*” en el ámbito penal adolescente ha sido perjudicial y hasta tenebrosa. De hecho, actualmente, el sistema de protección es un espacio jurídico institucional donde existe mucha más discrecionalidad y aun arbitrariedad respecto a la intervención con niños, niñas y adolescentes que en el propio sistema penal especializado (Clara Martínez García, 2015). Por eso la “huida” o salida al sistema de protección –allí donde existe- no siempre significa ese lugar ideal y respetuoso que nos prometen.

El derecho penal adolescente se encuentra en un proceso interesante y complejo de diferenciación del derecho penal tradicional de construcción claramente adultocéntrica (Martín, Germán, 2015).

El rito penal, entendido como el dispositivo social/institucional de resolver o conjurar nuestras peores acciones y de responder por sus consecuencias, posee una dimensión pedagógica muy importante que ha sido resaltado por la doctrina especializada (Bellof, Gomes Da Costa). En este marco es importante no banalizar el proceso, ni la sobriedad del “rito” penal –oral y acusatorio- ni hacer difusos los roles de los actores del proceso.

Sin poder analizar y desarrollar cada uno de las diferencias de un derecho penal desde la especialización y el tradicional de adultos, y siguiendo en esto a Gomez da Costa, se podría sugerir el siguiente esquema.

Para la responsabilización	Derecho Penal	Para el castigo
Responsabilidad.	Culpabilidad.	
Reproche	Castigo	
Politizada	Apolítica	
Responsabilidad amplificada	Individual	
Inter o transdisciplinaria	Jurídica	
DDHH	Derecho penal liberal/tradicional	

Imputado-sujeto	imputado-objeto
Víctima-activa	Víctima invisibilizada, emotiva o sobredimensionada – sobrerepresentada-
Mediación sustancialista	Mediación descongestionadora
El castigo como fracaso	El castigo como fin (índice de producción positivo)
Justicia articulada (como subsistema)	Justicia como sistema independiente (Atomizada, ombliguisita, compartimentada, endogámica y jerárquica)
Énfasis en lo procesal	Énfasis en lo sustantivo
Consenso axiológico/contradictorio/ estratégico	Contradictorio /litigioso/táctico
Garantismo real	Garantismo formal
Pasado/historia del presente/Futuro	Pasado
Preventivo	Reactivo
Rehabilitador - Restaurativo	Retributivo
Material	Formal /abstracto
Conflicto	Infracción
Sanción/medio	Sanción /fin
Acto/autor	Acto

¿Por qué **adolescente**?

Nuestra disciplina ha sido muy rica en eufemismos. Entiendo que la palabra *adolescente* es más precisa y gráfica respecto al grupo etario con el cual se pretende intervenir. Ya conocemos las implicancias que poseían la palabra y el rótulo peyorativo o lastimoso de “menor” para la historia del tutelarismo. Pero, también, la denominación “jóvenes” no me parece pertinente por su vaguedad etaria, por la significación anhelada que lleva la palabra juventud y por la tendencia a adultizar y, por lo tanto, a legitimar otras herramientas; así como el adicional de “en conflicto con la ley” en tanto sincretismo teórico inviable pero con potencial de efecto expansivo para la intervención penal. No quiero extenderme en este tópico porque lo he desarrollado en otro artículo con más profundidad (Martín, G. 2015). También hay actualmente profundos desarrollos de las neurociencias que pueden argumentar a favor de esta tesitura (Taruffo, 2.013).

IV

Apuntes críticos al encierro penal adolescente

En el breve contexto apuntado ya se puede observar la casi incompatibilidad del encierro penal adolescente con la axiología “*del Sistema*”. Aun así, me gustaría dejar y ratificar algunas reflexiones teórico/prácticas respecto a la sanción del encierro penal adolescente, en el entendimiento que el encierro penal cautelar debería ser no excepcional sino mínimo y excepcionalísimo con tendencia a abolirse.

- 1. Por el deterioro físico y mental que genera el encierro en los adolescentes.** Ya dijimos que el encierro genera violencia vertical/institucional y violencia horizontal; entre ellas, las de índole sexual entre los adolescentes. No obstante, la violencia auto infligida es también un grave problema. El impacto de la situación de privación de libertad en la salud mental de los adolescentes es tal que *según la organización Prison Reform Trust (Reino Unido), la probabilidad de que los menores en situación de privación de libertad cometan suicidio es dieciocho (18) veces mayor que la gente que vive en la comunidad y, además, tienen una mayor tendencia a desarrollar enfermedades mentales que los adultos. Las cifras muestran que el 95% de los jóvenes sufren al menos un problema de salud mental y el 80% más de uno.*
- 2. Porque genera prácticas de subcultura carcelaria, de apología del delito.** Para justificar esta afirmación debemos realizar una breve reseña de lo que ha dicho la sociología del delito

al respecto. Ya Gabriel Tarde (2011) a finales del siglo XIX nos indicaba que siendo el delito un comportamiento social, puede ser imitado, puesto de moda o tratarse de una aspiración vital; dependiendo del lugar. Las teorías criminológicas *del aprendizaje* o de los contactos diferenciales de (Edwin Sutherland) nos explican que el comportamiento *desviado* es aprendido en el proceso de socialización e interacción con otras personas. Es decir según los *contactos diferenciales* sean con personas respetuosas o no de la ley es más o menos probable que una persona tenga mayores posibilidades de delinquir. Específicamente la teoría de las *subculturas* se la debemos a Albert Cohen que hace referencia a que las personas actúan y resuelven sus problemas en función de “*sus grupos de referencia*” donde el delito muchas veces es una estrategia de identidad y pertenencia. A este panorama, se suman los estudios del impacto del *etiquetamiento* que produce el encierro institucional (Howard Becker), mas “*el cartel*” – capital simbólico- que suele dejar el paso por el encierro a los adolescentes (Gabriel Kessler). También que los adolescentes en el encierro aprenden antiguas y novedosas *técnicas de neutralización* (Matza y Sykes). Se trata de una serie de frases, palabras o razones que justifican o excusan el comportamiento delictivo y conjuran la culpa y la responsabilidad del adolescente. Entonces, podemos afirmar que, si obligamos a convivir y socializar a alguien con un grupo homogéneo de personas que han cometido delitos, lo más probable es que se solidifique la identidad delincinencial y *se emblematic el estigma* (Irving Goffman), que se otorgue más experticia para la actividad delictiva, que se asuman valores subculturales machistas, individualistas, hedonistas y violentos; que se encuentren “buenas” razones para hacerlo y que eso además otorgue “*prestigio*” al adolescente.

3. **Porque el encierro en sí mismo es un grave problema.** Lejos de resolver los problemas vinculados al delito en la comunidad, el encierro genera una infinidad de nuevos problemas con nuevas víctimas. El/la adolescente encerrado/a seguramente por la etapa de edad, no puede asimilar las condiciones del encierro. Sólo basta googlear algunas instituciones de encierro, por ejemplo: Convivir en Bariloche, IPESA en Santa Rosa, Pagano en Viedma, COSER en Rawson; para observar el tipo de noticias que surgen de allí. Fugas, torturas, apremios, abusos, daños, lesiones al personal, abandono, deterioro, incendios, son la constantes. Hace muy poco (04/10/2016) la presidenta chilena Baschelet confirmó la muerte de 1331 chicos y chicas institucionalizados por el SENAME en los últimos 10 años, de los cuales mas de 200 eran instituciones penales juveniles de encierro. De las noticias no surge la cantidad de adolescentes que había en la institución en el momento de las situaciones descritas, pero si uno se toma el trabajo de conseguir ese dato, se asombraría de saber que siempre son 5, 6, 7; generalmente, menos de 10, los chicos los detenidos. Entonces, ¿Cómo instituciones carcelarias con más de 200 adultos soportan condiciones inhumanas “pacientemente” y 5 chicos no? No tengo ni he encontrado un respuesta, pero intuitivamente tiendo a pensar que los adolescentes no tienen la capacidad emocional, biológica ni cultural para soportar el encierro penal.
4. **El control jurisdiccional del encierro ha sido un fracaso en adultos.** El sistema penal de adultos funciona, como dijera, en forma compartimentada. Esa forma deposita demasiadas expectativas en un supuesto control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ese control jurisdiccional de las condiciones de detención es, por un lado, por lo menos insuficiente y por otro, burocratiza las estrategias resocializadoras de las instituciones (autorizaciones, vistas, traslados) En nuestra especialidad ese control ya es un estándar, debe ser mixto entre la jurisdicción, órganos especializados y comunidad. No obstante, aun así, las condiciones materiales del encierro no se modifican fácilmente.
5. **Porque es costoso desde el punto de vista económico.** La sanción de privación de libertad “encierra” siempre un alto costo económico y financiero. No es un ámbito donde

sobren estudios, pero los pocos que existen y de lo que aproximadamente se puede realizar, (Presupuesto dividido personas encerradas) se sabe que el costo del encierro adulto es muy alto, por lo cual el encierro adolescente con todas las características, objetivos y estándares propios que posee nos permite pensar que puede duplicar el costo de adultos. Propongo al lector que realice en su jurisdicción esta fácil cuenta y observará que las cifras que se invierten en la privación de la libertad de adolescentes, aun sin los estándares requeridos, son altísimas. Por lo menos en función de la eficacia de las mismas. Sumas que, además, nunca llegan directamente al “beneficiario” sino que se van quedando en la estructura burocrática. En el año 2.007 en Neuquén un detenido adulto costaba unos \$ 9.500 pesos mensuales. Existe un estudio estadounidense muy completo realizado por el Estado, que muestra no sólo la disparidad de gastos/inversión que se realiza en los diferentes estados, sino los costos de los mismos que van, por mes por adolescente o joven encerrado, desde u\$s 2.500 a u\$s 12.000 dólares, con un promedio de u\$s 7.500 dólares.

Conclusión

Debemos ir a un verdadero y robusto Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

Soy consciente que es difícil, tortuoso y hasta épico ese camino, esencialmente, porque un planteo de esta naturaleza actualmente es *contracultural*. En tanto, desde hace algunos años vivimos inmerso en una cultura y *sensibilidad* penal que hace hincapié en el control policialista, en la responsabilidad individual, en el *justo merecido* (Braithwaite, 2015), en una penología de la venganza que posee fines neutralizantes (Garland, 2005).

Al crear o fortalecer los dispositivos especializados de intervención en la conflictividad penal adolescente, no sólo estaremos cumpliendo nosotros con la ley, lo cual legitima nuestra intervención, sino que estaremos dando un trato, nada más y nada menos, que humano a los adolescentes.

En posible síntesis, el desafío epistemológico y práctico de nuestra especialidad será la de desarrollar la relación entre el necesario reproche social *institucionalizado* (con las características apuntadas), la responsabilidad adolescente (con las características apuntadas) rompiendo la *inercia* consecualista de reproche / castigo/encierro (por las críticas apuntadas) (Gargarella, 2008).

Estoy convencido que es más eficiente y sustentable a los fines de gestionar la violencia y reducir los daños que ocasiona el delito adolescente en víctimas –y en victimarios- el mantener la llama encendida del humanitarismo y la innovación, y hasta conservo la esperanza, que así, además, se pueda influir al gris y desmotivado derecho penal de adultos.

Bibliografía

- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. INFORME: Violencia, Niñez y Crimen Organizado.11//11/2015.OEA. Particularmente el Capitulo 6, pagina 209 y sstes..
- GUTIERREZ, Mariano. *Sobre las ideologías actuales en las reformas penales*. En Revista Derecho Penal y Criminología. Año VI. Nº 05. JUNIO 2016 – Pág. 156. I Director Eugenio Raúl ZAFFARONI.
- GOMES DA COSTA, Antonio C. “*Pedagogía y Justicia*”. http://www.iin.oea.org/Pedagogia_y_Justicia.pdf
- DUFF, Anthony. “*Sobre el Castigo. Por una Justicia Penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. Buenos Aires. Siglo XXI editores. 2.015.
- TADROS, Victor. *Pobreza y responsabilidad penal*. Revista Argentina de teoría jurídica. Ed. Siglo XXI. 2015.
- MARTÍN, Germán D., “*Adolescentes Ni. Ni. Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos*”. *Infancia, adolescencia y cuestión penal*. En libro “*Inseguridades*”. UNCo. 2015.
- Informe: Costos del confinamiento 2009. en ingles. <http://www.justicepolicy.org/research/78>
- Costo de un preso en Neuquén. http://www.agenciacna.com/2/nota_1.php?noticia_id=35658
- TARUFFO, Michelle. Nieva Fenoll Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Ed. Marcial Pons. 2013.

MARTÍNEZ GARCÍA Clara, Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. Es una de las pocas autoras de la especialidad que se ha dedicado a observar el proceso práctico de las garantías en el ámbito proteccional. <http://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-derecho-y-menores>

TARDE, Gabriel. Sociología criminal y derecho penal. Ad Hoc. 2011

Observatorio Internacional de Justicia Juvenil. <http://www.oijj.org/es/forum-oijj/el-suicidio-de-los-jovenes-en-el-mundo-mas-alla-de-los-estandares-internacionales-the-you>

GARLAND, David. *“La cultura del control”*. Buenos Aires. Gedisa. 2.005

BRAITHWAITE, Jhon. PETTIT, Philip. *No solo su justo merecido. Por una justicia penal que vaya mas allá del castigo*. Ed. Siglo XXI. 2015.

GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Colección Derecho y Sociedad. Ed. Universidad de los Andes. Bogotá.