



Límite al poder punitivo

Análisis de la aplicación
del principio de proporcionalidad
en el sistema penal juvenil montevideano

Para toda la infancia
Salud, Educación, Igualdad, Protección
ASÍ LA HUMANIDAD AVANZA

unicef 

Límite al poder punitivo

Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano

© **Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia,
UNICEF Uruguay 2008**

© Defensa de los Niños Internacional - Uruguay
DNI - Uruguay 2008
Derechos reservados

Límite al poder punitivo: Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano.

Autores:
Diego Silva Balerio
Jorge Cohen
Francisco Terra
Nicolás Brunet

Consultores:
Ricardo Perciballe
Luis Pedernera
Gianella Bardazano

Coordinación del proyecto por UNICEF:
Lucía Vernazza
Susana Falca

Corrección de estilo: María Lila Ltaif

Coordinación editorial: Área de Comunicación UNICEF Uruguay

Diseño y diagramación: Rodolfo Fuentes Diseño

ISBN: 978-92-806-4239-1

Las expresiones y conceptos manifestados en este documento no son responsabilidad de UNICEF ni comprometen a dicha organización

Primera edición marzo 2008

UNICEF Uruguay
Bulevar Artigas 1659, piso 12
Montevideo, Uruguay
Tel (598 2) 403 0308
Fax (598 2) 400 6919
e-mail: montevideo@unicef.org
www.unicef.org/uruguay/spanish

UNICEF. Oficina de Uruguay, Defensa de los Niños
Internacional - Uruguay
Límite al poder punitivo: Análisis de la aplicación del
principio de proporcionalidad en el sistema penal
juvenil montevideano / Diego Silva Balerio [et. al.]. —
Montevideo : UNICEF, mar. 2008. 270 p.
ISBN: 978-92-806-4239-1

URUGUAY / JUSTICIA PENAL JUVENIL / SISTEMA
DE JUSTICIA

Límite al poder punitivo

Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano

Autores:

Diego Silva Balerio
Jorge Cohen
Francisco Terra
Nicolás Brunet

Consultores:

Ricardo Perciballe
Luis Pedernera
Gianella Bardazano

Contenido



Abreviaturas y siglas utilizadas	9
Presentación	11
Resumen preliminar	13
Primera parte: Análisis teórico del principio de proporcionalidad	19
Capítulo I: El principio de proporcionalidad: estudio jurídico comparado	19
Capítulo II: Interpretación del derecho y discurso jurídico, y sus implicancias en el sistema penal juvenil	57
Capítulo III: La necesidad del bien jurídico como límite de la intervención punitiva en las infracciones adolescentes	75
Segunda parte: Análisis empírico de la aplicación del principio de proporcionalidad	97
Capítulo IV: Análisis empírico de la aplicación del principio de proporcionalidad en Montevideo (1994-2002)	97
Capítulo V: Factores metaprocesales en la determinación de la sanción	123
Capítulo VI: Derecho penal juvenil y género	147
Tercera parte: Propuesta para la evaluación de los sistemas penales juveniles a través del principio de proporcionalidad	179
Capítulo VII: Índice de exceso punitivo: una propuesta para evaluar el sistema penal juvenil	179
Epílogo	207
Bibliografía consultada	213

Anexos	225
Anexo 1. Duración de las sanciones en el sistema INTERJ de acuerdo con los datos del SIPI	225
Anexo 2. ¿Tenemos fundamentos para decir que los adolescentes con derechos sociales, económicos y culturales vulnerados cometen infracciones más graves que el resto?	239
Anexo 3. Listado de medidas socioeducativas aplicables	243
Listado progresivo de medidas y sanciones aplicables del CNA	248
Anexo 4. Construcción del IDH. PNUD	251
Anexo 5. Conclusiones del taller Desafíos actuales del sistema penal juvenil a 14 años de aprobación de la Convención	259

Abreviaturas y siglas utilizadas



CDN: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CE: componente de ejecución
CJ: componente judicial
CL: componente legal
CMS: privación de libertad con medidas de seguridad
CNA: Código de la Niñez y la Adolescencia
CP: Código Penal
CPo: componente policial
DAS: Departamento de Asistencia Social de Poder Judicial
DNI: Defensa de los Niños Internacional
DPJ: derecho penal juvenil
EA: error administrativo
IEP: índice de exceso punitivo
IIN: Instituto Interamericano del Niño
IMG: infracciones de menor gravedad
INAME: Instituto Nacional del Menor
INAU: Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay
INTERJ: Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil
JPJ: justicia penal juvenil
LA: libertad asistida
NNA: niños, niñas y adolescentes
ONG: organización no gubernamental
PL: privados de libertad
PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SD: sin dato
SIPI: Servicio de Información para la Infancia de INAME
SMP: sanciones de menor punición
SMS: privación de libertad sin medidas de seguridad
SNA: salida no autorizada
UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Presentación



La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 37 y 40, ha consagrado los principios fundamentales sobre los cuales se ha de construir un sistema de justicia penal juvenil, entre ellos la especificidad de la sanción penal, cuyo objetivo debe ser el de la integración a la sociedad del adolescente que ha infringido la ley, desde un lugar constructivo, que fortalezca el respeto de este por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, teniendo en cuenta su interés superior, la infracción cometida y las circunstancias. Estos tres principios orientadores de la sanción penal juvenil deben estar presentes durante todo el proceso judicial, en las sentencias y en la ejecución de las sanciones.

A dieciocho años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la construcción de un sistema de justicia penal juvenil continúa siendo un proceso de largo aliento que involucra a diferentes instituciones, públicas y privadas, y a sus respectivos operadores. Para conocer el estado de situación es necesario monitorear los procesos judiciales de esta naturaleza, observar cómo se desarrollan, cómo se consideran las circunstancias del delito y del adolescente, qué sanciones se aplican y cómo inciden estas circunstancias en la determinación de la responsabilidad, primero, y de la sanción, después. También resulta imprescindible conocer qué sucede en las etapas previas —detención policial— y en las posteriores —ejecución de las sanciones.

Tanto las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores como las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad recomiendan a los Estados partes el establecimiento de un mecanismo regular de evaluación e investigación en el sistema de administración de justicia.

Por ello, UNICEF decidió apoyar la investigación que se presenta, en el entendido de que el trabajo realizado por los investigadores significa un aporte fundamental para la lectura de un sistema de justicia penal juvenil. Desde una perspectiva de los derechos humanos y con una mirada holística, se ha creado una herramienta para analizar el funcionamiento de un sistema y la aplicación de las sanciones que tenga en cuenta principalmente los principios de proporcionalidad, de especificidad de la justicia juvenil y del carácter educativo de la sanción.

Este novedoso sistema de evaluación del ejercicio del poder punitivo del Estado a través de las agencias involucradas en el sistema de justicia penal juvenil (policía, juzgados y administradores públicos de las sanciones), en interacción con la ley específica que se aplica, resulta un desafío para cualquier país que quiera conocer el alcance de los aciertos y errores en la aplicación de las sanciones penales que sufren los adolescentes.

En definitiva, este trabajo puede convertirse en un insumo clave para la adecuación de las instituciones y el mejoramiento de las prácticas de los operadores involucrados, al apostar a la instalación de un sistema de recolección de datos que mejore los estándares de cumplimiento de los derechos humanos de los adolescentes en un sistema de justicia penal juvenil.

UNICEF
Oficina en Uruguay

Resumen preliminar



Este trabajo de investigación fue iniciado con el objetivo de encontrar una estrategia de evaluación del sistema penal juvenil. Se trató de encontrar un instrumento que valorara los impactos desde un enfoque de derechos humanos, lo que significó seleccionar adecuadamente los conceptos pertinentes que ayudaran a tal fin. El principio de proporcionalidad, entendido como prohibición del exceso sancionatorio del poder estatal, resultaba más que atractivo para iniciar indagaciones en la dirección marcada.

Este libro recoge fragmentos del recorrido realizado. En la primera parte, que consta de tres capítulos teóricos, se inicia el recorrido con la reseña de los antecedentes del principio de proporcionalidad, sus principales vertientes doctrinales y una sistematización de cómo es recogido, fundamentalmente por la legislación latinoamericana y nacional. Resulta relevante iniciar el recorrido con la definición los conceptos más importantes que forman la sustancia teórico-jurídica sobre la que se trabajará.

En el segundo capítulo se aportan instrumentos hermenéuticos para la interpretación del derecho; se trata de una indagación de distintas teorías. Las concepciones del *normativismo jurídico*, cuyo objetivo manifiesto es el hallazgo de las normas jurídicas, entendidas como entidades preestablecidas o preconstituidas, formuladas con precisión sintáctica y univocidad semántica; y las ideas del realismo crítico, que ubica al derecho como fruto de la interpretación y coloca como concepto clave la idea de responsabilidad del aplicador del derecho, quien lo construye con sus decisiones e incide directamente en la vida de los adolescentes.

Asimismo, en el tercer capítulo se propone analizar el concepto de bien jurídico como límite al accionar del sistema penal juvenil. Aparece que para que se configure la lesión a bienes jurídicos se requiere de una agresión y una afectación de estos; si no existe ese presupuesto mínimo indispensable no tiene razón de ser la intervención penal. La ponderación de los bienes jurídicos fundamentales es central para desarrollar un sistema garantista.

La segunda parte del libro consta también de tres capítulos en los que se efectúa un análisis empírico de los datos recogidos en la base de datos de Defensa de los Niños Internacional (DNI) elaborada en el año 2003 a partir de dos muestras estadísticamente representativas de los expedientes judiciales iniciados por infracciones a la ley penal en los años 1994-1995 y 1997-2002 en los juzgados letrados de menores de Montevideo. Se trata de realizar un análisis acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad en un período de ocho años, previo a la vigencia de la ley 17.823. Este hecho no le quita actualidad al estudio, en la medida que nos permite conocer el funcionamiento del sistema penal juvenil previo a la vigencia

del código, operando como un espejo que permitirá comparar la aplicación del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA).

En el capítulo V se analiza la incidencia de diferentes elementos meta-procesales, tales como la situación social del adolescente y la relación con el principio de proporcionalidad, y los efectos de las actuaciones policiales en la configuración del caso.

Luego, en el capítulo VI, se profundiza en los impactos diferenciales del sistema penal juvenil sobre adolescentes varones o mujeres. Esa parte del estudio realiza diversas indagaciones, propone distintas hipótesis acerca de las variaciones generadas en el ejercicio del poder punitivo producto de una variable externa como el género del adolescente judicializado.

En la tercera parte del libro, capítulo VII, se desarrolla una propuesta para evaluar la operativa del sistema penal juvenil desde un enfoque de derechos humanos, con énfasis en la mirada al principio de proporcionalidad entendido en un sentido amplio.

Se parte de la hipótesis de que las acciones, a veces omisiones, de las distintas agencias del sistema penal son evaluables y deben serlo para el control democrático, y se presenta una propuesta de *índice de exceso punitivo* (IEP) que considera cuatro dimensiones independientes que interrelacionadas y comparadas establecen una medición del funcionamiento global de los dispositivos punitivos dirigidos a la adolescencia en infracción.

La idea del IEP tiene que ver con la construcción de un instrumento que intente captar el impacto del sistema penal juvenil sobre los adolescentes. Para ello nos centramos en un enfoque de derechos que toma como principio clave la interdependencia de los derechos e intentamos trasladar esta idea al instrumento que valore el funcionamiento del sistema.

Interesa al índice ubicar las responsabilidades de los distintos actores estatales involucrados, cómo asumen o asumieron los diferentes poderes del Estado su decisión de impactar en el sistema penal, tomando los instrumentos de derechos humanos como marco regulatorio básico.

El IEP es un instrumento para monitorear, desde un enfoque de derechos humanos, la evolución de los componentes estructurales de cualquier sistema penal juvenil.

Se trata de una elaboración del equipo de investigación inspirada en el *índice de desarrollo humano* (IDH) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que es medido en más de 150 países. El desafío fundamental consistía en traducir a indicadores observables el contenido de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

y restantes instrumentos internacionales de derechos humanos. La selección del principio de proporcionalidad¹ como guía en la construcción del instrumento fue uno de los elementos determinantes en el éxito del proceso.

La realización de un estudio jurídico comparado confirmó la importancia y el carácter particular del principio de proporcionalidad en el marco de la justicia penal juvenil (JPJ) como instrumento clave en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) frente al poder punitivo del Estado.

La esencia del principio de proporcionalidad como elemento fundamental de los sistemas penales consiste en el establecimiento de límites claros para detener la inercia punitiva y la discrecionalidad del Estado en la determinación de sanciones. El principio promueve una racionalidad en el ejercicio punitivo y exige la búsqueda de la sanción más *adecuada* para cada infracción, es decir, reserva las sanciones graves para las infracciones consideradas graves y sanciona con medidas leves las infracciones leves.

Pero en el marco de la JPJ, los principios del derecho internacional (el interés superior del niño y el derecho a la protección integral de este contextualizado como principio educativo) otorgan un carácter particular al principio de proporcionalidad. A partir de estos derechos es que podemos interpretar que en la JPJ no debe encontrarse la sanción más *adecuada* para cada infracción, sino que la sanción será tanto más *adecuada* cuanto menor menoscabo de derechos provoque. Es decir que en este marco, el principio de proporcionalidad no sólo deberá entenderse como un límite a la violencia ejercida en las sanciones sobre los adolescentes, sino también y principalmente como una exigencia permanente para la reducción de dicha violencia.

El otro elemento determinante fue la conceptualización de la JPJ como un sistema compuesto por actores fuertemente dependientes entre sí y la identificación del Estado como principal responsable de una respuesta global a las conductas de los NNA.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil es un fenómeno de gran amplitud y complejidad, que no sólo afecta a aquellos adolescentes efectivamente captados por este sistema, sino a todos los NNA de una sociedad determinada, en tanto potenciales víctimas de una respuesta punitiva desproporcionada.

Centrar la discusión exclusivamente en la esfera judicial es una de las restricciones más comunes a la hora de evaluar la aplicación efectiva de

1. La regla 5 de Beijing introduce el concepto de principio de proporcionalidad —el Estado garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito—, que tiene como objetivo limitar una aplicación indiscriminada de sanciones penales.

este principio. La proporcionalidad de una respuesta punitiva del Estado no puede ser evaluada como el producto de una decisión libre y sin restricciones del juez, que olvida de esta forma la importancia del entorno como condicionante fundamental de dichas decisiones y la existencia de verdaderos sistemas punitivos.

El enfoque que desarrollamos para la elaboración del IEP incluye, además de la judicial, otras tres esferas que consideramos fundamentales para un monitoreo de derechos humanos: la legal, la policial y la ejecución de sanciones.

El contenido del IEP podría definirse como la cuantificación de las trasgresiones que realiza el Estado al principio de proporcionalidad en cada una de estas instancias.

Sabido es que las decisiones de los jueces ante una infracción deben apoyarse en la normativa legal vigente. Esta resulta definitoria para el establecimiento de un sistema general de garantías y, más en detalle, indica criterios para la dosificación y administración de las penas. Igualmente importante es el rol de la Policía en la selección y captación del público de NNA que será objeto del sistema de justicia, así como también en la reunión de pruebas y construcción de la infracción. Finalmente, la oferta real de sanciones a disposición del juez y su experiencia pasada en cuanto a la eficacia de estas aparecen como factores que pueden tener una influencia determinante en su decisión.

En síntesis, el IEP tiene cuatro componentes: legal, policial, judicial y de ejecución de sanciones. Y en cada uno de ellos se encargará de aplicar el principio de proporcionalidad para medir el funcionamiento del sistema con relación a su respeto de los derechos humanos de NNA.

Para el caso del componente legal (CL), nos va a interesar saber, por ejemplo: si las normas locales establecen la inimputabilidad de los menores de 18 años, si eximen de sanción penal a los niños a partir de determinada edad, si establecen la última ratio y determinan límites estrictos para la privación de libertad, etcétera.

En cuanto al componente policial (CPo), el índice evalúa principalmente dos cosas: por un lado, que las detenciones respeten los mandatos constitucionales; y por otro, que las condiciones de reclusión otorguen garantías acerca del respeto de los derechos humanos de los NNA. Ninguna respuesta del Estado ante una infracción puede considerarse proporcional si el procedimiento de detención o las condiciones en que los adolescentes son retenidos no respetan las garantías establecidas en la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, el componente judicial (CJ) es el más complejo y mide, por ejemplo: si la privación de libertad es utilizada efectivamente como una medida excepcional, si se la utiliza o no para infracciones leves como el hurto y si las sanciones aplicadas por la justicia guardan la debida progresión en la dosis de violencia que ejercen sobre NNA.

Y finalmente, no podemos exigir que el juez determine sanciones socio-educativas si estas no existen o no tienen un buen funcionamiento. Al mismo tiempo, aun cuando queden demostrados la gravedad de una infracción y el carácter absolutamente excepcional de la sanción, no podremos considerar proporcional ningún caso de privación de libertad si las condiciones de reclusión no respetan las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. La provisión estatal de una oferta variada de medidas socioeducativas y el respeto por las normas de reclusión son dos compromisos que los estados han asumido con la aprobación de las normas internacionales de derechos humanos. Es por este motivo que el componente de ejecución (CE) de sanciones los incluye en el IEP.

Los posibles excesos punitivos del Estado en cada uno de los componentes son resumidos por el índice en una única expresión numérica que permite tener una imagen global del funcionamiento del sistema en relación con los derechos humanos de NNA.

Es importante observar que las ventajosas cualidades sintéticas de un índice que se expresa a partir de un único número no excluyen la posibilidad de analizar por separado la evolución de los distintos componentes ni las dimensiones interiores de cada uno.

Esta característica del IEP es muy importante en tanto responde al menos a tres objetivos clave. En primer lugar, permite una detallada comparación entre sistemas penales juveniles de diferentes países, pero también entre distintos momentos del sistema para un mismo país. En segundo lugar, contribuye a un esclarecimiento tal del funcionamiento del sistema que posibilita una justa adjudicación de responsabilidades entre las distintas agencias estatales (y sus respectivos jefes). Finalmente, y en directa relación con los puntos anteriores, contribuye a un seguimiento del sistema que permite discriminar y observar por separado la evolución de sus distintos componentes y facilita en forma notoria la selección de prioridades y la elaboración de políticas públicas.

Resulta difícil pensar en la posibilidad de incidir en la reducción de la violencia aplicada por los sistemas de JPJ de la región sin contar con datos fiables y que aporten una mirada global acerca de qué es lo que efectivamente está sucediendo. Esta dificultad se incrementa si pensamos que las

mayores dosis de esa violencia son aplicadas de forma sistemática por los componentes estructurales de cada sistema.

Entonces, más allá del impacto mediático que puedan tener las denuncias de violaciones flagrantes a los derechos humanos en casos puntuales, su propio carácter efímero las limita como insumos para transformaciones profundas de las políticas institucionales. El IEP apunta, precisamente, a proveer esos insumos.

Pero cuando nos referimos a problemas estructurales, proveer información confiable no parece suficiente para que los estados desarrollen los cambios necesarios. Es por ello que los objetivos dos y tres se enfocan en utilizar la fuerza sinérgica de la coordinación entre países como una herramienta fundamental para demostrar a los sistemas políticos que los cambios son posibles, necesarios y urgentes.

En el contexto actual parece sumamente necesario que aparezca una voz firme y concisa que defienda los derechos humanos de NNA y le recuerde al Estado los compromisos internacionales que ha asumido para la reducción de la violencia punitiva.



Primera parte



Análisis teórico
del principio de proporcionalidad

Capítulo



El principio de
proporcionalidad:
estudio jurídico comparado

I. Introducción

Al introducirnos en el análisis del principio de proporcionalidad no podemos soslayar un dato objetivo que lo prologa: la historia de las penas ha sido más truculenta, degradante y atroz que la mismísima historia de los delitos.³

Ante ello, diversas voces se alzaron desde tiempos remotos⁴ con el fin de limitar la violencia institucionalizada. Empero, es recién con la Ilustración que la *proportio poenalis* (proporcionalidad en las penas) se asienta y se corporiza⁵ junto con diversos principios limitantes de la respuesta punitiva del Estado: los de igualdad, legalidad e indemnidad personal (o humanidad de las penas).

Beccaria sostenía:

Debe por esto haber una proporción entre los delitos y la pena [...] si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura.⁶

En tanto Montesquieu resaltaba:

Es esencial que las penas⁷ guarden entre sí cierta armonía porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que no menos grave, lo que más ofenda a la sociedad que lo que menos la hiera [...] En nuestro país es un grave daño imponer

2. Capítulo elaborado por el doctor Ricardo Perciballe.

3. Véase para una aproximación mínima Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Ciudad de México, Siglo XXI, 1989, caps. I y II, pp. 11-74.

4. Así se planteaba Platón: “¿No hemos de distinguir el ladrón que roba mucho o poco, el que roba de lugares sagrados o profanos, ni atenderemos a tantas otras circunstancias enteramente de semejantes entre sí como se dan en el robo, que siendo muy varias exigen que el legislador se atenga a ellas imponiendo castigos totalmente diferentes?”. Citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001, p. 451.

5. Cabe recordar que la Carta Magna de 1215 ya avizoraba la cuestión: apartado 20: “Por simple falta un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones más graves pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia”; apartado 21: “Los duques y barones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito”.

6. Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Altaya, 1994, capítulo 6, pp. 35 y 36.

7. “Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y lo menos doloroso sobre el cuerpo del reo”, Cesare Beccaria, o. cit., cap. 12, p. 46.

la misma pena al que robe en los caminos reales y al que robe con asesinato. Se ve claramente que para la seguridad pública convendría poner alguna diferencia en la pena.⁸

Por ello, ya en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagra primariamente el principio de proporcionalidad: "La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito", y reafirma en el artículo 9: "Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

Desde sus orígenes el principio ha sido identificado en la relación delito-pena; con el transcurso del tiempo y las permanentes construcciones doctrinarias se ha asentado como una máxima en varias ramas del derecho. Así, ha adquirido extrema relevancia en el ámbito del derecho penal (derecho procesal penal) y en especial en lo que guarda relación con las medidas de coerción procesal.

Por tanto resulta de orden su estricto cumplimiento en los siguientes ámbitos: a) el encarcelamiento preventivo, ya sea en sentido amplio, conducción forzada, aprehensión, arresto, detención; ya en sentido estricto, prisión preventiva. De igual modo, en: b) allanamientos, c) embargos e incautaciones, d) interceptación de comunicaciones telefónicas, telegráficas, de correspondencia, etcétera, en los que se deberá guardar rigurosa proporción entre la medida dispuesta y el fin procesal a alcanzar, así como entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción dispuestos en el marco del procedimiento.⁹

La proporcionalidad también adquiere importante significación en el ámbito de la teoría del delito. Es común su aplicación en el campo de la antijuridicidad, sobre todo en lo atinente al requisito de la necesidad racional del medio empleado para la defensa en los casos de legítima defensa. Allí la proporcionalidad tiene relación en primer lugar con la jerarquización de los bienes jurídicos en juego y posteriormente con el grado de afectación material de estos.

Pero en cuanto a la esencia del principio de proporcionalidad, debe considerarse adecuadamente el equilibrio entre conducta previamente descrita como disvaliosa por el orden jurídico y respuesta punitiva del Estado.

8. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1996, libro VI, cap. XVI, p. 74.

9. Ver al respecto Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1999, tomo I, pp. 518-522; Pablo Cesar Farsa, "La importancia actual del principio de proporcionalidad en materia de coerción", en: *La Ley*, Buenos Aires, 2003, tomo D, pp. 594 y ss.

En primer lugar este principio, más allá de su extendido reconocimiento, constituye aún un programa a realizar en la medida en que está plasmado normativamente pero su pleno cumplimiento se encuentra distante.

Perviven al presente las sombrías reflexiones que el penalista español Dorado Montero efectuaba a principios del pasado siglo:

Me parece que el problema de la proporcionalidad o justicia de las penas dentro del propio espíritu de los que hablan de él va resultando más complicado de lo que pudiera creerse. Y es que semejante problema no es otro que el de la finalidad penal, toda vez que pena proporcionada vale lo mismo que pena adecuada al fin por la misma perseguido; siendo variadísimos y a menudo hasta antitéticos los fines que con la pena se quiere obtener, forzosamente tiene que resultar difícil la organización del respectivo sistema de medios penales.¹⁰

Tales consideraciones no hacen más que traer a colación el ámbito complejo de la *teoría de la pena* en general y de la determinación de esta en particular, que en lo que nos atañe se vincula con conceptos problemáticos como los de adecuación, idoneidad, necesidad, conveniencia, exactitud.

De modo que la cuestión de la determinación de la respuesta punitiva del Estado, de la cantidad y calidad del poder punitivo a ejercerse, no ha adquirido, por cierto, un lugar de privilegio en la doctrina.

De ello dan cuenta diversos autores, al afirmar, por ejemplo:

La determinación de la pena es desde hace un tiempo un muro de lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la Ciencia como del Foro. Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad.¹¹

Por su parte, Zaffaroni reconoce:

Es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teó-

10. "Sobre la proporcionalidad penal", en: *Derecho penal, jurisprudencia y administración*, Montevideo, 30 de noviembre de 1916, año 23, p. 84.

11. Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 137.

rico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva.¹²

En el mismo sentido, y respecto de la cuantificación de las penas, Rivacoba sostuvo:

[...] han sido sin excepciones despreciadas por la Doctrina y se hallan en los hechos abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o en el más afortunado de los casos a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también en ocasiones a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo.¹³

No obstante, el panorama planteado no debe operar como excusa para la búsqueda de ciertas limitaciones a la discrecionalidad judicial en la aplicación de las penas. En tal sentido cabe resaltar el carácter referencial que el principio conlleva por cuanto porta la idea de comparación, de cotejo entre dos variables que pueden expresarse en las siguientes parejas: acción-reacción, delito-pena, infracción-sanción. Expresado en términos más descriptivos, debemos hablar de la relación de correspondencia que debe existir entre la calidad y cantidad de la pena y su concordancia con la entidad y gravedad del delito.

En la actualidad esta fórmula conceptual se intenta concretar desde la dogmática jurídico-penal fundamentalmente a través del injusto (acción típica antijurídica) y de la culpabilidad, conceptos que por esencia son eminentemente graduables. Son ineludibles las referencias al grado del injusto:

- a) La calidad como el grado de vulneración del bien jurídico protegido; así no es lo mismo atentar contra la vida o la integridad física de las personas que contra su propiedad o su honor. Debe tenerse presente, de igual forma, si se consumó o no el delito, y en el primer caso se deberá considerar la gravedad en sí de la conculcación del bien, pues es claro que no es lo mismo la sustracción de una prenda de vestir de una cuerda de ropas que la de un vehículo, un electrodoméstico, etcétera; o, en caso de lesiones, la pérdida de un miembro que un simple traumatismo.
- b) La participación en el evento dañoso debe considerarse de la misma forma, puesto que la respuesta punitiva no puede ser la misma si se

12. Raúl Zaffaroni, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, parte general, p. 949.

13. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, "Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial", en: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, núm. 2, 1996, p. 105.

fue autor mediato, coautor o cómplice; variará, a su vez, el tipo de aporte al ilícito.

Por otra parte, en lo que tiene relación con la medida de la culpabilidad han de tenerse presentes elementos como motivos, edad, grado de educación o socialización, que denotan su campo de autodeterminación. Sobre ello se volverá al final del presente capítulo.

En este punto queremos reafirmar el presupuesto básico del cual se ha de partir: **la proporcionalidad de la pena (al igual que la legalidad, lesividad, igualdad) es por esencia un límite, un coto al poder punitivo del Estado.**

En un Estado de derecho como el que nos gobierna es necesario reafirmar lo que implica un acatamiento estricto de la potestad punitiva al derecho, el que legitimará su respuesta cuando se ciña a parámetros de actuación conformes al fin sobre el que se sustenta. En tal sentido se ha identificado al principio de proporcionalidad con prohibición de exceso.¹⁴

Finalmente, y a modo de puente entre esta introducción y el desarrollo del estudio de la normativa con base internacional, nacional y de derecho comparado a desarrollarse a continuación, puntualizamos lo siguiente:

La idea de proporcionalidad (cuya misión, reiteramos, estriba en esencia en regular las dimensiones de la reacción punitiva estatal) no puede aquilatarse sino desde y a partir del sistema en el cual se proyecta.

Por ello es que se analizarán someramente las características, los presupuestos y los principios básicos que gobiernan el sistema penal juvenil con el tamiz de los instrumentos internacionales y el derecho comparado para cotejarlos con la normativa con base legal de índole nacional.

A modo de ejemplo, no puede soslayarse que el principio de proporcionalidad presupone la existencia de un sujeto responsable al cual se adscriben derechos y obligaciones, la delimitación conceptual de lo prohibido (tipicidad) y los márgenes temporales, con el fin de dosificar proporcionalmente la herramienta al alcance.

Tampoco pueden eludirse cuestiones tan relevantes como el tipo de respuesta estatal frente al conflicto planteado. Resulta diferente una respuesta primordialmente retributiva (lato sensu), como la que se da para los mayores de edad, frente a otra que focalice la cuestión desde una óptica restaurativa a partir de acuerdos entre ofensor y víctima.

14. Winfried Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy*, o. cit., p. 279; Francisco Muñoz Conde, "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión preventiva", en: *Revista de Derecho Penal*, Rosario, Juris, núm. 7, 2000, pp. 168 y ss.

De igual modo, una cosa es que la reacción se encuentre gobernada pura y exclusivamente desde la pena privativa de libertad (justicia penal para adultos), y otra muy distinta es que exista un abanico progresivo de medidas a disponer frente a la infracción.

Habida cuenta de la intrínseca imbricación entre sistema y principio de proporcionalidad, este no puede desconocer los presupuestos y principios básicos sobre los cuales se asienta.

II. La imposición de medidas a partir o desde el ámbito normativo con base internacional bajo la égida del principio de proporcionalidad

A partir de la CDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (resolución 45/113) se ha consolidado lo que ha dado en llamarse la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia.

Asimismo, se afianzan a través de estos instrumentos el principio de legalidad en detrimento del de tutela de la irregularidad y el juicio de responsabilidad en desmedro del de peligrosidad.

Y este reconocimiento explícito de derechos de los NNA ante el Estado conlleva un verdadero estatus jurídico configurativo de un límite al poder punitivo.¹⁵

A partir de la normativa internacional se reconoce carta de ciudadanía presente y no futura a los NNA, y por tanto sujetos de derecho y también de responsabilidades. Responsabilidades, claro está, que estarán en consonancia con la edad que poseen (artículo 5 de la CDN).

Por lo tanto la autonomía evolutiva en el ejercicio de derechos va unida a una progresiva responsabilidad por sus acciones.¹⁶ Este proceso se aquila-

15. Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Colombia, Forum Palis, 1995/6, pp. 82 y ss.; Miguel Cillero, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre Derechos del Niño", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 2, 2001, p. 113.

16. Ver al respecto Miguel Cillero, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 2, octubre de 2001, p. 117; "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 3, diciembre de 2001, p. 56.

tará al momento de resolver el conflicto intersubjetivo, que necesariamente deberá tomar en cuenta la edad del joven para la imposición de la medida.

Es un lugar común en la doctrina penal que la misión, la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos. La verdadera garantía del derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos, por tanto sólo debe intervenir cuando se trata de protegerlos ante conductas que los afecten o supongan un peligro para ellos.

Por ello es pertinente citar a Welzel:

A causa de la especial situación física, síquica y social de la época de la pubertad, el menor no puede ser juzgado, en lo referente al Derecho Penal, con el mismo criterio que el adulto. La época de la pubertad es una época de transformación y de reestructuración de la personalidad, y al mismo tiempo, de integración externa e interna del menor con la comunidad. Se rompe el estado de equilibrio físico y psíquico de la niñez, la personalidad se independiza y madura para sus funciones biológicas y sociales en la vida.

El menor abandona las vinculaciones infantiles para con los padres, educadores y amistades y se dispone a alcanzar la madurez para vinculaciones permanentes, en su profesión, matrimonio y comunidad política. El tiempo de la pubertad se caracteriza anímicamente por: alta labilidad del estado anímico, el despertar de la conciencia (reflexionada) del yo, impulso de independencia y afirmación del propio valer, el ansia de vivencias y la irreflexión en las acciones, irrupción del instinto sexual. El menor, independizado internamente, permanece dependiente en alto grado de la casa paterna, del lugar de aprendizaje, de la escuela. La personalidad realmente independiente está todavía en formación, la integración interior de la vida social todavía en realización.

Como voluntad del joven (al contrario de la del niño) por regla general, ya está configurada y consolidada hasta el punto que puede conocer el valor o disvalor social de sus acciones y puede guiarse por ellos, debe responder, por principio, de sus hechos punibles ante la comunidad. Sin embargo, el contenido de culpabilidad de su hecho es menor que el de un adulto, debido a la situación especial, social y anímica de la pubertad.¹⁷

17. Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 370-371.

Y como consecuencia de ello, en lo que tiene relación con su responsabilidad jurídico-penal, se asiste a una nueva concepción *punitivo-garantista*; a partir de la adscripción de mayores responsabilidades se le reconoce un conjunto de garantías adjetivas y sustantivas que conforman un parque jurídico insoslayable.¹⁸ Se asiste a una suerte de aproximación al sistema penal plasmado para mayores de 18 años en lo que tiene relación con los derechos y garantías.

Empero se aparta al diversificar las medidas posibles a aplicar, se reduce a la mínima expresión a aquellas que conlleven privación de libertad, al sustentar una idea eje que relaciona medida con fin educativo.

Se consolida la aplicación del principio de legalidad en tanto se veda la posibilidad de aplicar sanciones por actos que no se encuentren tipificados en forma previa y estricta por la ley. De esa forma se concreta la imposibilidad jurídica de que el reproche por la conducta, la sanción, quede al arbitrio de la discrecionalidad del magistrado.

Existe un vínculo público de correspondencia entre conducta previamente establecida como pasible de reproche y principio de legalidad. Por tanto,

[...] el Juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o en todo caso merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.¹⁹

Así reza el artículo 40.2 a de la CDN:

Los Estados parte garantizarán en particular que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido aquellas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidas por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

Los instrumentos internacionales confieren una tipificación delegada en la medida que se recurre a los tipos penales del derecho penal de adultos para la definición de las conductas punibles en el ámbito juvenil.

18. Se avienta de esa forma la legitimación de las llamadas sanciones parapenales, según Foucault conforme al paradigma vigilancia —encierro que abarca “las sociedades filantrópicas dirigidas a socorrer a los delincuentes sino también a los niños abandonados o huérfanos” — (Michel Foucault, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990, p. 61.

19. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, o. cit., pp. 34-35.

De igual modo es aceptada una extrapolación conceptual de la dogmática jurídico-penal en lo que tiene relación con la teoría del delito. Fundamentalmente el *principio de lesividad*, según el cual sólo es posible la persecución de hechos que afecten un bien jurídico, y *principio de culpabilidad o responsabilidad*, derivación del principio democrático básico de la dignidad de la persona humana. Se debe partir de la base de que toda persona es responsable pero cada una en niveles distintos, conforme con la estructuración jurídica y social que se le reconoce.²⁰

Por su parte, desde el ámbito de realización se reitera en diversas normas un haz de principios básicos (ya encartados en diversos convenios internacionales sobre derechos, a saber: Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que permiten desprender lo que se ha dado en llamar *debido proceso legal* como necesario para la adscripción de responsabilidades.

La CND lo plantea de la siguiente forma: a) presunción de inocencia (40.2.b.i); b) derecho a presentar pruebas para su defensa y a debatir las pruebas de cargo (40.2.b.i y 40.2.b.iv); c) atribución y notificación de cargos (40.2.b.ii); d) derecho a la defensa jurídica y otra asistencia adecuada (40.2.b.ii y 37.d y 37.e), órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial (40.2.b.iii); f) resolución sin demora de la causa (40.2.b.iii); g) audiencia equitativa en conformidad con la ley (40.2.b.iii); h) derecho a presentar testigos, solicitar que se interroguen y participar en su interrogatorio (40.2.b.iv); i) derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable (4. iv); j) derecho a la revisión e impugnación de lo obrado (40.2.b.v); k) derecho a que se respete su integridad e intimidad personal durante el procedimiento (40.2.b.vii); y l) derecho a que existan medidas alternativas a la internación durante el proceso (37.b y 40.4).

En suma, la gran distancia sustancial entre el derecho penal juvenil (DPJ) y el de adultos se refiere a las respuestas punitivas.

Privación de libertad como excepción

Las respuestas punitivas en el derecho penal se sustentan sobre la base de la privación de libertad como regla; en cambio, en el ámbito juvenil adquieren un carácter excepcional, se entronizan en definitiva como últi-

20. Juan Bustos, "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores", en: *Un Derecho penal del menor*, Juan Bustos Ramírez, et al., Santiago de Chile, Jurídica Conosur, 1992, p. 5.

ma ratio. La privación de libertad constituirá una sanción excepcional que se tornará en verdadera alternativa frente a hechos de gravedad. No conforme con lo excepcional, se le une un acotamiento temporal limitando al extremo el encierro.

Así, el artículo 37.b de la CDN sostiene:

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Por su parte, la regla 13.1 de las Reglas de Beijing en lo atinente a la medida cautelar de prisión preventiva establece:

Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve.

En tanto la regla 13.2 reafirma:

Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutivas.

Asimismo, en lo referido a las sanciones propiamente dichas, la regla 17.1.b prevé:

Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible,

y lo reafirma la regla 17.1.c:

Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra la persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

En igual sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad lo organizan ya en la regla 1:

El encarcelamiento deberá usarse como último recurso;

y establecen en la regla 2:

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

Diversificación de medidas a adoptar

Como correlato de desplazar la privación de libertad como eje de las sanciones a adscribir en un sistema punitivo juvenil, se ha dispuesto un elenco abierto de medidas socioeducativas no privativas de libertad.

Medidas que van desde las meramente socioeducativas de la advertencia, la amonestación, a las punitivas stricto sensu de regímenes de semilibertad, internación domiciliaria, internación de tiempo libre.

Lo relevante es que la centralidad del sistema se gobierna por estas medidas, en tanto lo alternativo sería la privación de libertad.

Así, el artículo 40.4 de la CDN establece:

Se dispondrá de diversas medidas tales como el cuidado, los órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en Instituciones.

En la misma dirección estatuyen las Reglas de Beijing; regla 18.1:

Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones alguna de las cuales pueden aplicarse simultáneamente figura las siguientes:

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión
- b) libertad vigilada
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos
- h) otras órdenes pertinentes.

En ambos instrumentos internacionales se establece en forma palmaria que tales medidas son sin perjuicio de otras que se entendieren perti-

entes, empero estén en consonancia con los principios básicos allí establecidos: interés superior del niño (artículo 3 CDN) y promover la reintegración del niño en la sociedad con el fin de que asuma una función constructiva (artículo 40.1 CDN).

Desjudicialización / oportunidad

Desde la perspectiva de la CDN se asiste a procesos de desjudicialización, lo que hace pensar que se estaría buscando estrategias diferentes de las respuestas para los adultos.

Así, no se plasmó en forma precisa el *principio de legalidad* de la persecución, según el cual los órganos estatales tienen la obligación de perseguir y castigar a los autores de delitos; en tanto sí se dan señales que tienden a inclinarse por el *principio de oportunidad*.

En suma, parece desprenderse que ha de regir el *principio de última ratio* de la intervención y se tiende a la desformalización al tratar de prescindir de la imposición de medidas.

Así, el artículo 40.3 literal D de la CDN prevé:

Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Sigue en ello las Reglas de Beijing, que en su regla 11.1 establece:

Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas en la Regla 14.1 in fine, para que los juzguen oficialmente.

Resultan relevantes los comentarios a dicha regla en los que se prevé:

En muchos casos, la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo [...] puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene carácter grave.

Las Reglas de Tokio²¹ también admiten la imposición de medidas previas o en lugar del juicio; regla 3.4:

21. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14/12/1990.

Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente aplicadas ante o en lugar del procedimiento o del juicio requerirán el consentimiento.

Por esta razón existe una estrecha relación entre la desjudicialización y el derecho penal como última ratio. Esa relación resulta de una concepción racional-utilitaria de adecuar razonable y proporcionalmente los medios que maneja el Estado en la persecución de los delitos a casos graves que no sea posible resolver con otros medios.

Empero, debe quedar vedado, según una lectura correcta del artículo 37 de la CDN (y aun de las Reglas de Tokio), que toda privación de libertad efectiva (ver al respecto regla 11.1 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad) transite el derrotero procesal.

Principio educativo como fin

Pese a las notorias diferencias entre el paradigma tutelar y el de protección integral de derechos pervive entre ambos un punto de conexión que refiere al fin o fundamento de la sanción penal juvenil. Pues aún subyace al modelo instaurado en los instrumentos internacionales la prevención especial positiva²² como idea fundamental de la respuesta.

Este marco teleológico es consecuencia necesaria del *principio educativo* que se encuentra encartado en los diversos pactos internacionales.

Ahora bien, resaltarlo no significa desconocer que el DPJ no es derecho de familia ni derecho social, en tanto no está programado para la ayuda sino que es por esencia derecho penal,²³ aunque toma en cuenta las particularidades del interés superior del niño y de la protección integral.

Por tanto, debe tenerse presente que más allá de ello lo real es que las sanciones, aun en materia de adolescentes, suponen por esencia un *mal*²⁴

22. Conforme a ello el fin de la sanción es tratar de incidir en el infractor para resocializarlo e integrarlo a la comunidad. Adviértase que más allá de la relevante aceptación en el ámbito de la doctrina penal existen claros cuestionamientos a esta por el carácter utilitarista que conlleva.

Ver al respecto entre otros Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 196 y ss.; Francisco Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 145 y ss.; Gonzalo Fernández, "La función de la cárcel", en *I Seminario sobre Cárceles*, SERPAJ, Montevideo, 1995, p. 24; "Crisis de la prisión y medidas alternativas", en: *LJU*, tomo III, pp. 139 y ss.

23. Peter Albrecht, *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990, p. 11.

24. Por ello se debe entablar la cuestión en clave realista conforme a las ideas de Schultz, luego recogidas en el proyecto alternativo alemán: "la pena no es un acontecimiento metafísico, ni la realización de la moralidad, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos".

y una aflicción en tanto desmedro de derechos, y no un *bien* beneficio como tentaba legitimar el modelo tutelar.²⁵

De los diversos instrumentos internacionales es dable extraer el *principio educativo*, que si bien no está explícitamente recogido se desprende de diversas normas. A saber, además del paradigmático artículo 3 de la CDN, se deben resaltar el 40.1 in fine:

Los estados parte reconocen el derecho de todo niño [...] a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad, y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en lo que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que este asuma una función constructiva en la Sociedad;

y el artículo 40.4 in fine: “Se dispondrá de diversas medidas [...] para asegurar que los niños sean tratados de una manera apropiada para su bienestar”.

En igual sentido, la regla 5.1 de Beijing establece que: “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos”, y la regla 17.1: “La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios [...] d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor”.

Principio de proporcionalidad

Es en ese marco de minimalización de la intervención, de acotamiento de las medidas de internación y su correspondencia, de diversificación de las medidas a adoptar, que el *principio de proporcionalidad* aparece como elemento central para el análisis y la evaluación de los sistemas penales juveniles.

En tal sentido, los instrumentos internacionales no sólo reconocen tal principio sino que dan pautas mínimas para su concreción. La CDN, en su artículo 40.4, establece: “Se dispondrá de diversas medidas [...] para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

25. “Estas medidas comportan una restricción de determinados derechos y teniendo como tutela jurídica la realización culpable de una figura delictiva son sanciones negativas, aunque su finalidad sea la de reeducar” (Alessandro Baratta, *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, El Salvador, Ministerio de Justicia, 1995, p. 55).

Por su parte, la regla 5.1 de Beijing enfatiza: “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Asimismo, la regla 17.1 a de Beijing también se explica al respecto: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la Sociedad”.

Cabe destacar que las dos primeras normas referidas se sustentan en la bidimensionalidad clásica del principio, al organizar su sustento tanto en las *circunstancias del niño* como en la *infracción* (CDN artículo 40.4 y *circunstancias del delincuente*, y del *delito*, regla 5 de Beijing).

Los criterios plasmados en ambas normas, por esencia general y abstracta, no se distancian de los parámetros desarrollados desde siempre por la dogmática penal en la determinación de las penas. A saber, que la sanción debe guardar determinado grado de relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, los que dependerán de las circunstancias concretas de cada situación planteada, con sus variantes e imponderables.

No obstante, el comentario a la regla 5 de Beijing concreta el criterio:

La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito y otros factores en que interviengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción, por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil.

A lo mencionado nos parece de rigor agregar, aun cuando no se haya tenido presente en el comentario, que la edad del adolescente es de gran relevancia para la respuesta. Ello en atención a lo que ya se señalara respecto del *principio de progresividad* (conforme al cual a la progresiva autonomía en el ejercicio de derechos va unida una creciente responsabilidad por sus actos) y asimismo de razones normativas.

Así, no puede, no debe soslayarse el artículo 40.1:

Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de

manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en lo que se tenga en cuenta la edad del niño.

Por su parte, la regla 17 incorpora un tercer elemento a la cuestión al introducir la sociedad en la problemática o, para ser más precisos, las *necesidades de la sociedad*²⁶ como otro elemento a ser tenido en cuenta en la respuesta. **Adviértase que a partir de dicho canon normativo se introyectan pautas preventivas generales²⁷ que vienen a jaquear el fundamento sustancial de toda sanción penal juvenil gobernada por la prevención especial positiva.²⁸**

Normativamente, al introducir este criterio mensurador de tradición preventivo general se resalta el clásico antagonismo entre prevención general y prevención especial.²⁹ No obstante, más allá de esa mínima referencia, entendemos que de la interpretación de la CDN y aun del resto de los instrumentos internacionales, como ya lo señaláramos, el fundamento de la sanción penal juvenil es la prevención especial positiva.

Es más, entendemos que en un Estado constitucional de derechos la dignidad de la persona ha de prevalecer por encima de cualquier fin utilitarista de la sanción. Por lo que el *principio de culpabilidad*³⁰ se entronizará en el límite de la sanción por encima de los objetivos, ya preventivos generales, ya preventivos especiales. Por tanto la respuesta estatal no podrá sobrepasar el coto de la culpabilidad.³¹

26. Véase que el mismo se encuentra en consonancia con la propia regla 2.3 de Beijing, en la que se señala: "En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes [...] que tendrá por objeto [...] satisfacer las necesidades de la Sociedad". En igual sentido se han posicionado las Naciones Unidas al estatuir Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), resolución 45/110 del 14/12/90, regla 1.4: "Al aplicar las Reglas, los Estados miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la Sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito".

27. Conforme a ello, y en términos generales, el fin de la pena es la intimidación a la generalidad de los ciudadanos para que se aparten de la comisión de delitos (Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2001, p. 71.

28. Conforme a la cual se trata de incidir mediante la sanción en el delincuente para resocializarlo e integrarlo a la comunidad.

29. Ver al respecto Diego Luzón Peña, "Antinomia penal y medición de la pena", en: *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, en Diego Luzón Peña, et al., o. cit., pp. 167 y ss.

30. Conforme al cual no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor.

31. Ver al respecto Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 33; *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992, p. 46.

III. Incidencia de la CDN en los nuevos sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina

América Latina ha asistido en la década de los noventa a un proceso de adecuación de la normativa con base legal en concordancia con las prescripciones de la CDN. Dicha transformación se inició con el Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil, de 1989, y se extendió por la región con las llamativas excepciones de México, Argentina y Chile.

Del estudio de los textos normativos se siguen diversos principios básicos tendientes a limitar en todos los casos el *ius puniendi* conforme a un Estado de derecho.

A saber:

1. Los nuevos códigos, de conformidad con el artículo 40.2.a, parten del presupuesto *sine qua non* para la reacción punitiva estatal de la comisión por el adolescente de un delito o de una falta (*principio de legalidad*). Lo que significa que se veda la posibilidad de imposición de sanciones cuando no exista contraste entre conducta y figura penal previamente estatuida.

Mas, al igual que en los instrumentos internacionales, en los noveles *corpus iuris* se constata una *tipificación delegada*, pues se efectúa un reenvío al cuadro de figuras penales establecidas en los códigos penales y/o en las leyes especiales previstas para adultos.³²

2. Además de recoger el elemental principio formulado por Von Feurbach (*nullum crime nulla poena sine lege*) alguna de las leyes latinoamericanas van más allá y exigen, además, que la conducta del adolescente vulnere efectivamente un bien jurídico protegido por la norma penal (*nullum crimen sine necessitate*), *principio de lesividad*.

Así, el artículo 14 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica dice: "Ningún menor de edad podrá ser sancionado si no se comprueba que su conducta dañe o pone en peligro un bien jurídico tutelado".

32. En tal sentido, Brasil, artículo 103 del Estatuto del Niño y del Adolescente, ley 8.069; Costa Rica, artículos 1 y 13 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, ley 7.576; El Salvador, artículos 2, 5.e y 8 de la Ley del Menor Infractor, decreto 863; Guatemala, artículo 159 del Código del Niño y de la Juventud, decreto 78/96; Honduras, artículos 180 y 181 del Código del Niño y Adolescencia, decreto 73/96; Nicaragua, artículos 95 y 103.2 del Código de la Niñez y la Adolescencia, ley 287; Panamá, artículos 2 y 16.3 de la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, ley 40; Perú, artículos 183 y 87 del Código de los Niños y los Adolescentes, ley 27.337; Venezuela, artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ley 5.266; Bolivia, artículo 221 del Código del Niño, Niña y Adolescente, ley 2.026; y Paraguay, artículo 192 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

En el mismo sentido, la ley 5.266 venezolana, artículo 529, establece: “Ningún adolescente puede ser procesado ni sancionado por acto y omisión que al tiempo de su ocurrencia no esté previamente definido en la ley penal [...] como delito o falta. Tampoco puede ser objeto de sanción si su conducta está justificada o no lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado”.

Y el artículo 16.12 de la ley 40 de Panamá, *principio de lesividad*: “A que no se le impongan sanciones, sino con posterioridad a que se le compruebe, en juicio, que su conducta dañó o puso en peligro un bien jurídicamente tutelado”.

3. Más allá de los cuestionamientos ya mencionados y los que más adelante se señalarán, los distintos cuerpos legales recogen el *principio educativo* como objetivo cardinal de las sanciones derivadas del interés superior del niño y de la protección integral.

El reconocimiento del principio en este caso es variado, desde el solo reconocimiento del *principio del interés superior del niño* del artículo 3 de la ley 1.680 de Paraguay hasta el connotativo artículo 8 de la ley orgánica venezolana, donde se expresa: “En la aplicación del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre derechos e intereses de los niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros”, que se complementa a su vez con el artículo 621: “Las medidas señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad primordialmente educativa”.³³

4. Todos los códigos y leyes especiales sujetos a estudio expresamente, desde el punto de vista normativo se orientan por el paradigma del *principio de última ratio* de la sanción de privación de libertad.

Según estos, el internamiento debe ser el último recurso, al cual se debe acudir sólo en caso de delitos de cierta entidad o cuando las restantes medidas han sido incumplidas.

En las diversas normas se destacan los típicos giros idiomáticos que dan una impronta indeleble al principio: *medida de último recurso*, artículo 37.1 de la ley 5.266 venezolana; *carácter excepcional*, artículo 131 de la ley 7.576 de Costa Rica; *sujetos a principios de brevedad y excepcionalidad*, artículo 121 del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil y artículo 249 de la ley 2.026 Código del Niño y Adolescente de Bolivia; *excep-*

33. Ver en igual sentido, artículos 4, 5 y 126 de la ley 40, del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Panamá; artículos 7 y 123 de la ley 7.576, de Justicia Juvenil de Costa Rica, artículos 3, 5.m y 9 del Decreto Ley del Menor Infractor de El Salvador, y artículos 98 y 193 del Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua.

nalmente como última medida, artículo 202 de la ley 287, Código del Niño y Adolescente de Nicaragua; *excepcional*, artículo 198 del decreto ley 7.396, Código de la Niñez y Adolescencia de Honduras; *excepcional*, artículo 5.e, y *excepcionalmente como última medida*, decreto ley 863 del Menor Infractor de El Salvador.

Los casos de Perú y Paraguay escapan a tales referencias específicas aunque son contundentes en cuanto establecen que: “La internación se limita a determinadas hipótesis preestablecidas legalmente y sólo podrá aplicarse cuando” (artículo 236 del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, ley 27.337 de Perú). De igual modo Paraguay lo establece en los artículos 196 y 206 de la ley 1.680, Código de Niñez y Adolescencia.

4.1. Empero, además de las declaraciones precedentes, de tono más bien genérico y declarativo, los códigos y leyes especiales reúnen en forma casi unánime aspectos imprescindibles que se deben dar para que proceda la medida de última ratio. Pautas que se encuentran gobernadas fundamentalmente por: a) la gravedad del ilícito en ciertos casos especificando los delitos; b) la reiteración de hechos graves; y c) el incumplimiento de medidas anteriores que en algunos casos se adjetiva como injustificado.

a) Así, se refieren a *delitos graves* en forma genérica el artículo 131 de la ley 7.576 de Costa Rica, el artículo 263 de la ley 27.337 de Perú, el artículo 251 de la ley 2.026 de Bolivia, el artículo 198 del decreto ley 78/96 de Honduras, el artículo 122 del Estatuto da Crianza e do adolescente de Brasil, ley 8.069.

En tanto Nicaragua, Venezuela, Panamá especifican los delitos por los cuales se puede disponer la internación, por ejemplo: “homicidio, salvo culposo, lesiones gravísimas salvo culposas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas en cualquiera de sus modalidades, robo o hurto sobre automotores” (artículo 628 de la ley 5.266 de Venezuela); “Asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, rapto, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteración de agua potable, bebidas comestibles o sustancias medicinales” (artículo 203 de la ley 287 de Nicaragua); “homicidio doloso, violación, secuestro, robo, tráfico de drogas y terrorismo” (artículo 141 de la ley 40 de Panamá).

b) El segundo gran asunto refiere a la reincidencia o reiteración en la comisión de delitos, canon que no es generalmente seguido por los distintos cuerpos legales ya que sólo lo recogen el artículo 127 del Es-

tatuto Brasileiro, ley 8.069; el artículo 236 de la ley 27.337 peruana; el artículo 198 del decreto ley 78/96 hondureño y el artículo 628 de la ley venezolana 5.266.

c) Finalmente, todos aquellos que especifican las causas que motivan la internación recogen en forma expresa la posibilidad de disponer tal medida cuando se da un injustificado incumplimiento de las sanciones ex ante adscriptas.³⁴

Escapa a dichos parámetros, con lo que da muestras de excepcionalidad, la ley paraguaya 1.680, en la que se da primacía al sujeto por sobre el hecho en sí, pues parecería entronizar la respuesta en forma prioritaria al tamiz de la conducta anterior del sujeto. Así, establece:

[...] la medida será decretada sólo cuando: a) las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado; b) la internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta; c) el adolescente haya reiterado y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas a las imposiciones ordenadas; d) anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; e) el adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud. En este caso la medida privativa de libertad será de hasta un año.

De la interpretación de este artículo se puede concluir que en general el juez no tiene parámetros precisos para dilucidar en cuanto al tipo de delito.

Por último cabe destacar que solamente El Salvador no pauta las hipótesis necesarias para la internación, deja al juez ad libitum su imposición:

El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurren las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración ser por el menor tiempo posible (artículo 15 de la ley 863).

34. Así, artículo 236 de la ley 27.337 de Perú, artículo 122 de la ley 8.069 de Brasil, artículo 198 del decreto ley 73/96 de Honduras, artículo 628 de la ley 5.266 de Venezuela, artículo 203 de la ley 257 de Nicaragua, artículo 141 de la ley 40 de Panamá, artículo 131 de la ley 7.576 de Costa Rica y artículo 251 de la ley 2.026 de Bolivia.

4.2. La internación no sólo se limita conceptualmente sino también temporalmente, en tanto se establecen en forma concreta en todas las legislaciones plazos máximos para las medidas a aplicar. De esta forma, implícitamente se proscribe la imposición de internaciones indeterminadas, indefinidas, aun cuando en algunos casos se señala en forma expresa.³⁵

Más allá de lo anteriormente mencionado, reiteramos que todos los textos normativos establecen límites máximos,³⁶ desde la draconiana ley costarricense que fija el límite “máximo en quince años para menores entre los quince y de los dieciocho años y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años”, artículo 131, hasta la *indulgente* ley venezolana 5.266, que en su artículo 628 establece: “En caso de adolescentes de menos de catorce años su duración no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años”.

4.3. Existe a su vez una segunda limitación temporal relacionada con la causa que motivara la internación. En efecto, en varias de las legislaciones se entiende que para el caso de que la internación obedeciere al incumplimiento de otras medidas no privativas de libertad, el lapso máximo de duración de estas también se verá acotado.

35. Así, artículo 16.16 de la ley 40 de Panamá: Principio de determinación de las sanciones: “A que no se les impongan sanciones indeterminadas en particular medidas privativas de la libertad indefinidas”.

Art. 238 de la ley 2.026 de Bolivia: “Toda medida por aplicarse tendrá un plazo determinado. Queda prohibido imponer sanciones por tiempo indeterminado”.

Art. 26 de la ley 7.576 de Costa Rica: “No podrán imponerse por ningún tipo de circunstancias sanciones indeterminadas”.

36. Por su parte, Brasil y Perú establecen el límite máximo en tres años, artículo 1.21.3 de la ley 8.069, y artículo 235 de la ley 27.337, respectivamente.

Bolivia también distingue en el artículo 251 de la ley 2.026: “cinco años para adolescentes de más de catorce y menos de dieciocho años y de tres años de más de doce y menos de catorce años de edad”.

Panamá se afilia asimismo a los cinco años, en el artículo 141 de la ley 40.

Paraguay en el artículo 207 de la ley 1.680 resalta: “La medida privativa de la libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el derecho penal común la duración máxima de la medida será de ocho años”.

El Salvador a su vez distingue por edades, así en caso de mayores de 16 la fija en siete años, en tanto para los menores de 16 será de cinco: artículos 15 y 17 de la ley 863.

Honduras en una fórmula no muy diáfana establece: “El internamiento se aplicará por el menor tiempo posible y no podrá exceder del que sea estrictamente necesario para la rehabilitación del niño. La acumulación no podrá exceder de ocho años” (artículo 198 del decreto ley 73/96).

Finalmente, Nicaragua en el artículo 202 de la ley 287 establece que: “En ningún caso la medida podrá exceder de seis años”, mas lo altamente llamativo en la especie resulta del artículo 95, en el que se exceptúa “la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad [...] a los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece y quince años cumplidos”.

Así, Paraguay en el artículo 206 inciso final prevé un máximo de un año; en el artículo 251.2 Bolivia establece tres meses; Venezuela en el artículo 628 establece seis meses; Panamá en el artículo 141 establece cuatro meses y Nicaragua en el 203.b establece tres meses.

4.4. Por último, algunas leyes pautan a su vez un orden progresivo del internamiento, se entiende que en primer lugar se debe recurrir a internamiento domiciliario, luego de tiempo libre y finalmente en centros especializados.³⁷

5. Al plasmar el principio de internación en centro especializado como última ratio, de conformidad con la normativa internacional (artículo 40.4 de la CDN y 17.1, Reglas de Beijing), se establece la prioridad de diversas respuestas progresivas previas.

Existe por tanto un claro orden de prelación de los medios a imponer en la medida: ha de darse prioridad a las sanciones educativas, luego a las precautorias, infligiéndose finalmente las privativas de libertad. A su vez, dentro de estas ha de preceder la internación domiciliaria a la de tiempo libre para, por último, disponer el internamiento en centro especializado.

Reafirmamos, por tanto, que las sanciones principales son las no privativas de libertad y luego las que conlleven privación de libertad, lo que significa reafirmar su carácter secundario y derivado.

Medidas que en general son muy similares, hasta idénticas en la mayoría de los países. Las que podrían dividirse, a nuestro criterio en:

a) *Punitivas lato sensu*, que incorporarían las:

A.1. *Medidas socioeducativas*: amonestación, advertencia, libertad asistida (LA), trabajos comunitarios, reparación del daño a la víctima.

A.2. *Precautorias*: prohibición de acceso a determinados lugares (discotecas, clubes, etcétera); prohibición de vivir en determinadas zonas; prohibición de trato con ciertas personas; tratamientos ambulatorios por drogas, bebidas, etcétera; abstención de tomar bebidas, estupefacientes, etcétera.

37. En tal sentido, artículo 121.c de la ley 7.576 de Costa Rica; artículo 195.c de la ley 287 de Nicaragua; artículos 139-141 de la ley 40 de Panamá; artículo 237.3 de la ley de Bolivia.

Otros, sin embargo, plantean dos hipótesis de internamiento de tiempo libre e internación en centros especializados: artículo 234 de la ley 27.337 de Perú, artículo 627 de la ley 5.266 de Venezuela, artículo 120 del Estatuto da Criança e do adolescente de Brasil, ley 8.069; artículo 15 de la ley 863 de El Salvador.

b) *Punitivas stricto sensu*: internación domiciliaria; internación de tiempo libre; internación en centro especializado.³⁸

5.1. Estas medidas diversas y previas a la internación también se encuentran circunscritas temporalmente.³⁹

6. En consonancia con los artículos 5 y 40.1 de la CDN, algunas de las leyes admiten (como se describió en el numeral 4.2) la autonomía progresiva desde que dentro de la categoría conceptual reconocen franjas etarias a los efectos de la atribución de responsabilidades.

Así, el artículo 4 de la ley 7.576 de Costa Rica en forma genérica reconoce: “Para su aplicación esta ley diferenciará en cuanto al proceso, las sanciones y su ejecución entre dos grupos a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad”, y lo especifica en el artículo 131.

En igual sentido, el artículo 13 de la ley 5.266 de Venezuela dice: “Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma se exigirá el cumplimiento de sus deberes”, esto está especificado en el artículo 533 y luego desarrollado en el 628.1.

Por su parte, sin formularlo genéricamente lo reconocen Nicaragua en el artículo 95 de la ley 287, Bolivia en el artículo 251 y El Salvador en los artículos 15 y 17 de la ley 863.

7. Finalmente, en tanto desarrollan los principios que se irradian del artículo 40.3.b de la CDN, la regla 11.1 y fundamentalmente la 14.1 de Beijing, en todas se asiste a criterios de oportunidad, de conciliación y aun de diversión (suspensión del proceso a prueba), en el marco de la desjudicialización propugnada como estrategia alternativa a la intervención propiamente punitiva con el fin de aventar la estigmatización que aquella conlleva. Así, por ejemplo, Costa Rica reconoce en el artículo 56 el *principio de oportunidad reglada*, los artículos 61 y siguientes refieren a la conciliación,

38. Se encuentran establecidas en: artículos 121-131 de la ley de Costa Rica 7.576; artículos 200-207 de la ley paraguaya 1.680; artículos 217 y 229-236 de la ley de Perú; artículos 122 y 123 de la ley brasileña; artículos 237 y 242-251 de la ley boliviana; artículos 620-628 de la ley de Venezuela; artículos 128-141 de la ley de Panamá; artículos 195-206 de la ley de Nicaragua; artículos 180-198 de la ley de Honduras; artículos 8-17 de la ley de El Salvador.

39. En Brasil, artículo 117; Perú, artículos 232-234; Panamá, artículos 132, 133 y 135; Honduras, artículos 193, 196, 197; Venezuela, artículos 624-627; Nicaragua, artículos 198 y 199; Bolivia, artículos 243, 244, 246 y 248; El Salvador, artículo 14; Paraguay, artículo 201; y Costa Rica, artículos 125, 126 y 128-130.

en tanto el artículo 89 y siguientes tratan sobre la diversión, suspensión del proceso a prueba.⁴⁰

8. Ante todas estas restricciones a las respuestas punitivas del Estado frente a los adolescentes, el *principio de proporcionalidad* viene a ser el cierre y aun el correlato de los límites al ius puniendi encartados en los nuevos sistemas de JPJ.

Por otra parte, no puede sortearse el hecho de que la *proportio poenalis (sanctio)* necesariamente presupone los caros principios desarrollados (*legalidad, lesividad, internación de ultima ratio*), habida cuenta de que se violaría ostensiblemente la prohibición de exceso si la respuesta acaece frente a una conducta no adecuada típicamente o cuando no vulnere o ponga en peligro un bien jurídico protegido.

La ley de Costa Rica en su artículo 25 establece que: “Las sanciones que se impongan dentro del proceso tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o al delito cometido”. En el mismo sentido, el artículo 122 declara que: “Para determinar las sanciones aplicables se debe tener en cuenta [...] d) “La capacidad para cumplir la sanción, asimismo la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta”.

Empero, al mismo tiempo en distintos literales se aportan parámetros al respecto y en tal sentido es pertinente resaltar que el literal a) establece la relevancia de: “La vida del menor antes de la conducta posible”; en el literal e) que debe considerarse: “la edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales”; y en el literal f) se consideran: “los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños”.

Panamá en su artículo 16: “Además de las mencionadas en el artículo anterior, los adolescentes y las adolescentes [...] tienen los siguientes dere-

40. La ley paraguaya 1.680 en sus artículos 208 y siguientes prevé suspensión a prueba de la ejecución de medidas, en tanto los artículos 234 y 242 admiten la remisión.

Los artículos 59 y siguientes de la ley 863 de El Salvador prevén la conciliación como alternativa.

El artículo 253 de la ley 2.026 de Bolivia y el artículo 207 de la ley 287 de Nicaragua prevén la condena condicional, en tanto los artículos 145 y siguientes regulan la conciliación.

El artículo 561.b de la ley venezolana 5.266 habilita al fiscal solicitar la suspensión del proceso a prueba, el artículo 561.c habilita solicitar la remisión, en tanto el artículo 564 prevé la conciliación.

El artículo 200 del decreto ley 73/96 de Honduras permite la suspensión a prueba.

Por su parte, la ley 40 de Panamá en su artículo 65 regula la remisión, el artículo 67 prevé criterios de oportunidad reglados y el artículo 143 prevé la suspensión condicional de las sanciones privativas de la libertad.

La ley peruana 27.337 en sus artículos 223 y siguientes regula la remisión del proceso.

Finalmente el estatuto brasileño en sus artículos 126 y siguientes regula la remisión.

chos y garantías consagrados en los siguientes principios” numeral 14: “A que las sanciones que se les impongan sean conducentes a su resocialización y proporcionales a la infracción cometida”. Y reitera con posterioridad en su artículo 124.2: “que la sanción que se le imponga al adolescente o a la adolescente sea proporcional al daño o amenaza causado por la conducta delictiva”.

Venezuela, por otra parte, fija en el artículo 539: “Las sanciones deben ser racionales, en proporción al hecho punible atribuido y a sus consecuencias”. Reitera luego, creemos que en forma tautológica, en el artículo 622: “Para determinar la medida aplicable se debe tener en cuenta” [...] e) “la proporcionalidad e idoneidad de la medida”. Empero, en los restantes literales de dicha norma se brindan diversos criterios válidos para efectivizar el parangón. Así, el literal c) consigna: “la naturaleza y gravedad de los hechos; d) el grado de responsabilidad del adolescente; f) la edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; g) los esfuerzos del adolescente para reparar los daños”.

Honduras en el artículo 189 establece: “Las medidas a aplicar al niño deberán ser proporcionales a la infracción y tendrán en cuenta las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes que concurran, así como las necesidades del niño y de la sociedad”.

Por último, Bolivia, en el artículo 239: “La medida aplicada al adolescente será siempre proporcional a su edad, o a la gravedad de la infracción y las circunstancias del hecho”.

Por su parte, sin hacer mención manifiesta, también las restantes leyes se detienen cuando menos a organizar la imposición de las medidas.

En tal sentido:

Nicaragua, en su artículo 194: “Para determinar la medida aplicable se debe tener en cuenta: c) la naturaleza del ofendido o falta cometida; d) la capacidad para cumplir la medida, la proporcionalidad de esta; e) la edad del adolescente; y f) los esfuerzos del adolescente para reparar los daños”.

Brasil en su artículo 112: “La medida aplicada al adolescente tendrá en cuenta su capacidad de cumplirla, las circunstancias y la gravedad de la infracción”.

Perú en su artículo 215: “El Juez al emitir sentencia tendrá en cuenta: a) la existencia del daño causado; b) la gravedad de los hechos; c) el grado de responsabilidad del adolescente”.

De estas normas se puede extraer que el gran principio mensurador que las atraviesa es que la medida dispuesta debe guardar grados de co-

rrispondencia con la magnitud del injusto, aunque de forma explícita o implícita se hace referencia a otra significativa escala, la culpabilidad.⁴¹

Se perciben diversos patrones agregados que pautan normativamente una correcta determinación de la medida de acuerdo con la *proportionalis exigida*.⁴²

IV. Normativa interna con base legal

El novel cuerpo normativo, el CNA, viene no sólo a dar cumplimiento al mandato que emana del artículo 4 de la CDN sino a dar coherencia a una praxis fagocitada por una normativa inconexa, ora por su heterogeneidad (Código del Niño, instrumentos internacionales, ley 16.707, acordadas de la Suprema Corte de Justicia), ora por la pervivencia de diferentes sistemas.

El código, además de ponerse en consonancia con los restantes ordenamientos jurídicos latinoamericanos, viene a plasmar los grandes principios derivados de los instrumentos internacionales. Como por ejemplo, los mencionados a continuación: a) el reconocimiento a todos los niños y adolescentes de su calidad como sujetos de derecho, deberes y garantías (artículos 2 y 8); b) el interés superior del niño y adolescente como gran principio de integración e interpretación (artículo 6); c) principio de responsabilidad (artículos 1 y 74.b); d) principio de legalidad penal delegada (artículos 69 y 72); e) principio de oportunidad reglada (artículos 74.l y 104); f) diversificación de medidas (artículos 77-87); g) indirectamente privación de libertad como última ratio (artículos 75.12, y 86-87); h) principio educativo (artículos 6, 79 y 94); i) debido proceso (artículos 74-76).

1. Al igual que en los instrumentos internacionales y las leyes latinoamericanas, se opta por el *principio de legalidad delegado*, en tanto existe una remisión al Código Penal (CP), empero limitada. Pues las conductas disvaliosas, culposas serán punidas únicamente cuando se establezca en forma fehaciente que el adolescente disponía de capacidad cognitiva so-

41. Ver al respecto: artículo 25 de Costa Rica, artículo 122 de Brasil, artículo 215 de Perú, artículos 16, 14 y 125.2 de Panamá, artículos 612.c y 539 de Venezuela, artículo 194 de Nicaragua, artículo 239 de Bolivia y artículo 189 de Honduras.

42. Ejemplo de ello son las siguientes normas: se resaltan la edad: artículos 122.e y 131 de la ley de Costa Rica, artículos 13 y 622.f de la ley venezolana, artículos 95 y 194.e de Nicaragua, artículo 239 de Bolivia; la capacidad para cumplir la sanción: artículo 122.d de Costa Rica, artículo 122 de Brasil, artículo 622.f de Venezuela, artículo 194.d de Nicaragua y artículo 125.2 de Panamá; el esfuerzo por reparar el daño: artículo 122.f de Costa Rica, artículo 622.g de Venezuela y artículo 194.f de Nicaragua; grado de responsabilidad: artículo 215 de Perú y artículo 622.d de Venezuela; circunstancias del hecho: artículo 239 de Bolivia, artículo 112 de Brasil; agravantes y atenuantes: artículo 189 de Honduras; necesidades del niño y la sociedad: artículo 189 de Honduras.

bre las posibles consecuencias de su obrar (artículo 69.2), y además porque la tentativa y la complicidad sólo serán reprochables en casos de infracciones gravísimas (artículos 69.3 y 69.4) que se describen en el artículo 72.

2. A diferencia de la normativa internacional y los cuerpos legales, no se asiste en la presente ley a verdaderos caminos de desjudicialización en procura de alternativas diferentes de las estrategias tradicionales. Así, no se asiste a procesos conciliatorios ni tampoco de diversión.

Únicamente se plasma, en forma por demás limitada, el *principio de oportunidad reglada* para hechos de bagatela o afines, "hechos que por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución", o frente a situaciones de *poena naturalis*: "El adolescente haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave" (artículo 104). A lo que se suman las instancias conciliatorias que implícitamente se reconocen en el artículo 83.

3. Se recoge (al igual que en los textos internacionales y americanos) una amplia diversidad de medidas a adoptar frente a infracciones de los adolescentes, no obstante con ciertas diferencias.

Se las divide en dos grandes catálogos: *medidas socioeducativas no privativas de libertad* y *medidas socioeducativas privativas de libertad*.

A) De esta forma se condensan en las primeras, que en América Latina se subdividen en socioeducativas y órdenes de orientación y supervisión (ver artículo 121, ley 7.576 de Costa Rica; artículo 237, ley 2.026 de Bolivia; artículo 195, ley 287 de Nicaragua; y artículos 130-137, ley 40 de Panamá).

B) Lo llamativo, y a la vez verdaderamente disímil, en los diversos cuerpos legales es que se comprenda todas las medidas con el *nomen iuris* de *socioeducativas*, lo cual conlleva un alto contenido denotativo.

C) De igual forma, genera ciertas perplejidades que las medidas *socioeducativas no privativas de la libertad* se describan (artículo 80) bajo el título Medidas Sustitutivas, puesto que como se señalara en anteriores capítulos, lo verdaderamente alternativo es la privación de libertad, en tanto la centralidad la representan el conjunto de medios previos y progresivos a aquella.

4. No se recoge en el texto lo que ha sido una constante en el ámbito latinoamericano, donde se gradúan las medidas de internación en un orden creciente: internamiento domiciliario, internamiento durante tiempo libre, internamiento en centro especializado.⁴³

43. Ver al respecto capítulo III 4.4.

En el nuevo código se plantea como hipótesis la internación en centro especializado (artículo 89). El artículo 90 (régimen de semilibertad) establece como excepción a la regla del internamiento únicamente para casos muy puntuales “permiso para visitar a su familia o para realización de actividades externas”, pero siempre desde el encierro. En suma, **no está planteado como una medida autónoma y previa sino como flexibilización desde el internamiento.**

Aquí se plantea un conflicto de normas, pues confluyen en este punto las disposiciones referenciadas con las previsiones de la ley 17.726, que en su artículo 3, literales g, h e i, prevé el arresto domiciliario, el arresto en horas de descanso y el arresto de fin de semana, respectivamente. Parecería ilógico que los adolescentes se encontraran en una situación más perjudicial que los adultos, por lo que sería de aplicación la ley 17.726.

Ello sería una derivación racional del principio educativo (artículo 6,79 y 94) en tanto marco teleológico referencial en la JPJ. Y aun reforzado por los artículos 4 y 5 del código, que viabilizan hipótesis de analogía *in bonam partem*.

5. Se acompasa, asimismo, con el sistema internacional al sostener la privación de libertad como última ratio: “La privación de libertad se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (artículo 76.12).

Empero, a diferencia de los restantes códigos y leyes especiales latinoamericanos,⁴⁴ en los que se pautaba (aun mínimamente) cuándo procedía la internación, el código de referencia sólo pleonásticamente exige que la misma se aplique “a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada responsables de la infracción [...] que a juicio del Juez justifique las mismas” (artículo 86).

En este punto se asemeja al artículo 15 de la ley 863 de El Salvador, que establece que el juez ad litem puede disponer la medida sin parangón normativo alguno. Adviértase a su vez la interrelación que se da entre la inexistencia de pautas materiales y el artículo 91.3: “En situaciones de peligrosidad manifiesta se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”.

Esta apertura normativa viabiliza un efecto expansivo originado en factores exógenos a la infracción. **Como se podrá observar, se introducen conceptos que se acompañan más con el modelo tutelar que se pretendiera abandonar que con la protección integral que se procurara incorporar.**

44. Ver capítulo III. 4.1 al respecto.

Se habilita de esta forma un juicio de responsabilidad que mira al futuro, en vez de uno de responsabilidad que mire al pasado, es decir, que se centre en el acto de trasgresión de la norma.

A poco que se analice se verificará que el concepto de peligrosidad se encuentra desterrado de casi todos los códigos y leyes especiales derivadas a partir de la Convención, con excepción del código uruguayo, las leyes antimaras de Centroamérica y las leyes antiterrorismo de Perú y del País Vasco.

6. Como lo adelantáramos, el nuevo código en diversas normas dispersas (al igual que los instrumentos internacionales y leyes latinoamericanas) da cuenta del principio educativo de las sanciones como criterio limitador de las medidas a disponer. Así, se debe partir del artículo 6, que reconoce el “interés superior del niño y adolescente como criterio de interpretación e integración el cual no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.

A ello le sigue el artículo 79, que en lo referente a las medidas a disponer establece: “tendrán carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente”. Y finalmente, el artículo 94: “Se deberá decretar en cualquier momento el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa”.⁴⁵

7. Por último, en lo que más nos interesa, lo referido en concreto al principio de proporcionalidad, el artículo 79.2 sucintamente resalta: “La medida será seleccionada por el Juez siguiendo los criterios de proporcionalidad e idoneidad para lograr tales objetivos”.

Del mismo modo en que no se dan pautas para la imposición de las medidas tampoco se concretan parámetros para mensurarlas. Necesariamente la búsqueda se debe incardinar en otros ámbitos y el propio código abre camino en tal sentido, dado que el artículo 4 destaca: “Para la interpretación de este código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, las leyes nacionales y demás instrumentos que obligan al país”.

Es así que por vía interpretativa resultan de recibo todos los instrumentos internacionales de los cuales Uruguay es parte. Pero es más, el artículo 73 plasma una explícita remisión a la parte general del CP: “El Juez deberá examinar cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, de las circunstancias que eximan de la aplicación de medidas o que aminoren el grado de las infracciones y el concurso de infracciones e infracto-

45. A esto se pueden sumar los artículos 81-84 que implícitamente refieren a lo mismo.

res, tomando en cuenta los preceptos de la parte general del Código Penal, de la ley 16.707 de 12 de julio de 1995, la condición de adolescentes y los presupuestos de perseguibilidad de la acción”.

Esta norma de reenvío se refiere en forma implícita al grado de injusto y al grado de culpabilidad,⁴⁶ parámetros clave en la dosimetría de la sanción para toda respuesta punitiva en términos de proporcionalidad.

A poco que se medite, como ya se mencionara, se extrae del giro sintomático del artículo 40.4 de la CDN: “que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

En suma, la sanción ha de guardar estrecha relación/proporción con la magnitud del injusto y la magnitud de la culpabilidad. En buen romance, tanto para la selección como para la duración de la medida a aplicar se deben tomar en cuenta el grado de injusto (proporción con la infracción) y el grado de culpabilidad (proporción con el reproche), que se determinarán por las circunstancias especiales del adolescente que van a marcar el grado de exigibilidad, que irremediamente ha de ser menor que el de los adultos.

A. Injusto

A nadie debe escapar que el injusto (hecho típico y antijurídico) conlleva un rol primordial en toda respuesta punitiva estatal en tanto tiene por función delimitar la sustancia de lo punible. Luego, lo injusto gira en derredor del bien jurídico en tanto componente “lógicamente necesario del cual no se puede prescindir”.⁴⁷

Es un lugar común en la doctrina penal que la misión, la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y que por tanto sólo debe intervenir cuando se trate de protegerlos ante conductas que los afecten o supongan un peligro para ellos.⁴⁸ Por ello, el bien jurídico irremedia-

46. Conforme Eduardo Pesce (aun cuando se refiere al artículo 28 del anteproyecto), “Aproximación al estudio de la culpabilidad en el derecho penal juvenil”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, núm. 4, 1998, p. 362.

47. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal*. Buenos Aires, Ediar, 2000, parte general, p. 465.

48. Diego Luzón Peña, “Alcance y función del derecho penal”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 5 y ss.; Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, o. cit., p. 16; Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2201, p. 108; Claus Roxin, *Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, parte general, tomo 1, pp. 51 y ss.; Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 100 y ss.; Gunther Jakobs, *Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997, parte general, pp. 43 y ss.; Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito en teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 418; *La Justicia Uruguaya*, tomo 116, p. 107.

blemente ha de guardar connotada correspondencia con la respuesta estatal al conflicto intersubjetivo planteado.

El bien jurídico, en última instancia, representa un límite o garantía en la medición o determinación de la pena, y esa cuantificación vendrá dada por el tipo de bien jurídico afectado o conculcado, así como por la intensidad, gravedad o detrimento de aquel.

1. No escapa a nadie que entre los bienes jurídicos protegidos existe un claro orden de prelación, de donde se extrae que no es lo mismo la afectación del bien jurídico vida, por esencia de mayor relevancia, que el de propiedad o el del honor.⁴⁹ Por ello, los tipos penales descritos en la parte especial del CP recogen este criterio para la determinación de las pautas mínimas y máximas de las penas abstractas a irrogar.

2. Como segundo criterio mensurador se debe considerar el grado de afectación al bien jurídico, es decir, la gravedad o intensidad de la vulneración. Así, algunos criterios vienen dados normativamente (véanse al respecto los artículos 316-318 del CP, que delimitan una respuesta distinta conforme al tipo de lesión recibida).

Empero, más allá de tales disposiciones legales parece de orden tomar en cuenta ese criterio frente a cada uno de los bienes jurídicos protegidos y en especial al de propiedad, eminentemente graduable por esencia. En este caso resulta oportuno poner en consideración, a su vez, el monto de lo sustraído en relación directa con la víctima, diferenciando entre individuos e instituciones.

3. El tercer elemento a considerar corresponde a la efectiva afectación del bien jurídico o su puesta en peligro. Ello surge en forma clara de los artículos 5 y 87 del CP. Resulta notorio que no podrá sancionarse en forma igual a quien consume un delito programado frente a aquel que sólo quede en etapa de tentativa, aun cuando esto obedezca a razones ajenas a su voluntad, puesto que en la instancia no existe efectiva vulneración al bien jurídico protegido.

4. En cuarto lugar ha de influir también en la graduación el grado de participación del sujeto en la violación del bien jurídico. El tipo de participación (autoría, coautoría o complicidad) es otro indicador de la magnitud del injusto. Por lo que en cada caso en particular habrá de concretarse la cooperación que le cupo a cada uno de los partícipes. El legislador ha en-

49. Mas allá de este carácter general, saltan a la vista las penas previstas para: homicidio, artículo 310, 20 meses de prisión a 12 años de penitenciaría; copamiento, artículo 344 bis, ocho a 24 años de penitenciaría; y aun para rapiña, artículo 344, de cuatro a 16 años de penitenciaría.

tendido que debe operarse tal graduación y así lo ha dispuesto en los artículos 88 y 89 del CP, relacionados con los artículos 60-62.

5. Por último, y en otro orden de ideas, se deberá tomar en cuenta tanto para la graduación de la gravedad de la conducta como para la proporción de la sanción el aspecto subjetivo del evento infraccional. Pues el hecho de que el evento sea realizado en forma dolosa o culposa entraña distinto contenido al injusto, lo que necesariamente habrá de reflejarse en la graduación de la sanción.⁵⁰

Así lo ha considerado el legislador, que en distintas normas ubicadas en la parte especial del CP, de conformidad con el mandato del artículo 19 de dicho cuerpo, prevé, por ejemplo, márgenes punitivos menores para los delitos culposos con relación a los dolosos.⁵¹

B. Culpabilidad

El grado o la magnitud de la culpabilidad resulta el otro gran parámetro a comparar. Huelga resaltar que para la imposición de una sanción no es suficiente con la participación en el hecho típico y antijurídico (injusto). Habida cuenta de que junto al injusto debe darse otra categoría en la teoría del delito (culpabilidad) que resulta sine qua non para la imposición del castigo.

Se parte de la base de que a partir de cierto desarrollo biológico, intelectual y aun cultural del sujeto es dable esperar que este se motive en los mandatos normativos: no matar, no hurtar, etcétera. Por tanto, una vez alcanzado dicho desarrollo mínimo es posible atribuirle el hecho típico y antijurídico y hacerlo responsable de este.

En términos muy sintéticos y conforme a un concepto tradicional de culpabilidad se le reprocha al sujeto el no haberse motivado en la norma o, en otros términos, el haber actuado de modo distinto de lo exigido por esta.

El nuevo sistema (incluso el nuevo código) parte de la base de que el adolescente es poseedor de derechos y obligaciones; luego, que es un sujeto responsable y por tanto se encuentra capacitado para dar respuesta a determinadas prescripciones.⁵²

50. Se participa de la teoría compleja del tipo, según la cual el dolo y la culpa son formas de estructuras típicas que evaden de la culpabilidad para considerarse en el tipo.

51. A modo de ejemplo, artículos 314 y 321 del CP.

52. Juan Bustos Ramírez, *Hacia la desmitificación de la facultad*, o. cit., p. 5.

Tal como lo regula el artículo 74.b: "Principio de Responsabilidad: Sólo puede ser sometido a proceso especial regulado por este Código el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad imputado de infracción a la ley penal".

1. La culpabilidad, que se entroniza en el elemento categorial de extrema relevancia para la teoría del delito, resulta uno de los conceptos más controversiales y en continua revisión.

De forma por demás somera podemos señalar que esta revisión se ha dado a partir de la concepción normativa, que concibe a la culpabilidad como sinónimo de reprochabilidad pero incorpora al análisis de esta incidencias socioculturales (*culpabilidad social*). Habida cuenta de que no hay una culpabilidad en sí sino que es referencial en tanto culpabilidad en relación con los demás.

El eje del análisis de la culpabilidad social se focaliza a partir de la teoría del sujeto responsable y de la vinculación de este con el bien jurídico. Por tanto la mayor o menor disponibilidad del bien jurídico gravita necesariamente sobre el proceso de motivación conforme a la norma y en resumidas cuentas sobre la exigibilidad de comportamiento alternativo. Y es por lo señalado que tales circunstancias debieran verse reflejadas irremediablemente en la mensurabilidad de la sanción.⁵³

Pero más allá de estas consideraciones de orden eminentemente dogmático existen parámetros más tangibles a tener en cuenta.

2. Así, la edad es un indicador del índice de madurez alcanzado por el sujeto. No parece lo mismo el ámbito de autodeterminación que pueda darse en ambos extremos de la escala prevista legalmente (artículo 74.b del Código del Niño), 13 años y 17 años. Por ello fue recogido en diversas legislaciones extranjeras, como vimos.

3. La educación también puede denotar el grado de introyección de la norma, ergo la motivación en aquella, y entonces la escala móvil de la dosimetría podrá decrecer conforme a la falta de educación.

4. Por otra parte, se deberán tomar en cuenta los motivos que llevaron a la comisión de la infracción en tanto aspecto más indiscutible del juicio de reprochabilidad por el acto. De ello se sigue que a menor insignificancia del motivo menor contenido del injusto, luego menos será el gra-

53. Ver al respecto Gonzalo Fernández, "Estado actual de la teoría de la culpabilidad. Orientaciones doctrinarias", en: *Ensayos sobre culpabilidad*, o. cit., p. 33 y ss.; "El principio de culpabilidad para una teoría del sujeto", en: *Perspectivas criminológicas*, Montevideo, FCU, 1995, Antonio Beristain, et al., pp. 59 y ss.; "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en: *INUDEP*, año IX, núm. 12, pp. 67 y ss.

do de reprochabilidad. Por tanto sería menos reprochable quien diera muerte a otro a partir de una provocación (física o verbal de este) que quien lo hiciera bajo el impulso de *brutal ferocidad*. De igual modo, quien sustrajera en el marco de una situación de marginalidad que quien lo hiciera por mera ambición.

4.1. Así, será menos reprochable quien actúa en el marco de una causa de justificación incompleta, al no darse todos los requisitos exigidos para configurarse la legítima defensa o el estado de necesidad (artículo 46, numerales 1 y 2 del CP).

4.2. De igual modo verá disminuida su reprochabilidad quien actúe al influjo de un error vencible indirecto de prohibición proveniente de una falsa representación de una situación de justificación: a modo de ejemplo, quien lesione o dé muerte a otro al creer que este intentaba agredirlo previamente (artículo 46 numerales 1, 2, 3 y 13 del CP en vía analógica).⁵⁴

4.3. Asimismo, es pasible de menor reproche el haber actuado motivado por un hecho injusto, tal como el rencor, el odio, la descortesía o el despecho. En el mismo orden de ideas, quien actuara bajo la emoción de una gran desventura (artículo 46.11 del CP).

4.4. El haber obrado bajo el influjo del alcohol o de estupefacientes (artículo 46 numerales 4 y 13 del CP).

5. Finalmente, la conducta posterior del adolescente deberá ser tenida en cuenta puesto que a la reparación del daño debe responderse con la correspondiente disminución de la sanción, aun la exención de la misma (artículo 46.8 del CP).

Culpabilidad y principio educativo

La dogmática por regla general ha identificado cuántum de la sanción con sentido y fin de aquella. Es por ello que para finalizar estas líneas nos planteamos someramente la vinculación existente entre lo hasta ahora planteado y el principio educativo. En buen romance, cómo juega el *principio educativo* en relación con lo que viene de verse, es decir, el principio de culpabilidad lato sensu como límite de la sanción.

Como desarrolláramos a lo largo del presente trabajo, tanto los instrumentos internacionales como las leyes latinoamericanas que surgieran a

54. Ver al respecto José A. Petitto, "Admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho", en: *Ciencias Penales*, Montevideo, núm. 2, 1996, pp. 349-361.

partir de ellos, incluido el reciente código nacional, priorizan el principio educativo en el ámbito de la respuesta punitiva. De ello se extrae que pervive como sustento de la sanción penal juvenil, al igual que en el modelo tutelar, la prevención especial positiva.

Ahora bien, la finalidad educativa no puede verse como antagónica al principio de culpabilidad; por el contrario, aquella ha de observarse como complementaria de este.

Así pues, se parte de la base de que la intervención estatal, como se destacara, no representa un bien, un beneficio para el adolescente, sino muy por el contrario, conlleva un mal, una aflicción, un desmedro de derechos. Por ello este deberá estar en consonancia (principio de proporcionalidad) con la gravedad del hecho y las circunstancias del infractor.

Entonces estos o su correlato, el principio de culpabilidad, representan el límite máximo de la sanción. Luego, el principio educativo podrá operar como un correctivo de aquel, y sólo permitiría la adscripción de una sanción por debajo del límite preestablecido por la magnitud del injusto y del reproche.⁵⁵ **Mas lo que siempre deberá tenerse presente es que el principio educativo no ha de verse como el fundamento o la justificación de la sanción. Pues si como consecuencia de la intervención resulta un beneficio, este ha de verse como un valor agregado y no más allá de ello.**⁵⁶

V. A modo de cierre

No queremos finalizar el presente capítulo sin reafirmar algunas ideas que hemos desarrollado a lo largo del texto:

1. Se debe asumir que los sistemas de responsabilidad incorporados en las legislaciones analizadas significan verdaderos sistemas penales pues subyace aflicción, en tanto menoscabo de bienes jurídicos (derechos) para el adolescente.

2. Ello no implica desconocer las particularidades del sistema penal juvenil, del interés superior del niño y de la protección integral, contextualizada como principio educativo.

55. Ver al respecto Javier Llobet, "La sanción penal juvenil", en: *De la arbitrariedad a la justicia: Adolescencia y responsabilidad penal en Costa Rica*, Carlos Tiffer, San José de Costa Rica, UNICEF, 2000, pp. 231 y ss.

56. Mary Beloff, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresoras de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericana", en: *Adolescentes y responsabilidad penal*, Emilio García Méndez (compilador), Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 66.

3. Tampoco podrán soslayarse algunos axiomas básicos del sistema penal juvenil:

a) *Principio de última ratio de la sanción*: búsqueda de estrategias alternativas a la respuesta habitual a través de la desjudicialización.

b) Diversificación y progresión de las medidas a disponer.

c) *Principio de última ratio de la privación de libertad*: como medida de último recurso frente a hechos de gravedad o cuando hubieren fallado las medidas previas adoptadas.

4. Finalmente, tanto para decidir si se interviene desde la respuesta punitiva tradicional como para la selección de la medida, y aun para el cuántum de ella, se deberá tomar en cuenta el grado de injusto y de culpabilidad.

Para ello se deberá tener presente que existe un claro orden de prelación. **Primero, que atañe a intervenir o no desde lo punitivo, y para el caso de resolver intervenir deberá optar por las medidas que no entrañen privación de libertad.**

Por último, sólo después de sorteadas estas barreras podrá determinarse el internamiento, que a su vez guardará cierta graduación: domiciliario, de tiempo libre y finalmente en centro especializado. Por último, y para el caso de disponerse restricciones de derechos, se deberá dosificar el cuántum punitivo.





Capítulo



Interpretación del derecho
y discurso jurídico

El objeto del presente capítulo es establecer una reflexión acerca de los discursos jurídicos y las estructuras de pensamiento e interpretación de las normas, valorando el impacto de estas dimensiones en la aplicación concreta de sanciones penales. Interesa cuestionarnos si las normas tienen un significado verdadero único donde albergan una verdad igualmente única, o si en un mismo texto residen significados que el lector asigna con su lectura, participando así en la creación de sentidos.

I. Estructuras conceptuales que caracterizan el discurso jurídico tradicional

Las estructuras de razonamiento presentes en los usos discursivos de los juristas se asocian con el *normativismo jurídico*, cuyo objetivo manifiesto es el hallazgo de las normas jurídicas entendidas como entidades preestablecidas o preconstituidas, formuladas con precisión sintáctica y univocidad semántica en los textos de las fuentes o, más allá de esos textos, en un *cielo* de los conceptos jurídicos (Haba, 2002: 507). El objetivo latente puede reconstruirse como la legitimación de una caracterización neutral y acrítica de la actividad del intérprete-aplicador. Esa caracterización del intérprete y la concepción de la norma jurídica que resulta compatible con ella reposan en la asunción del dogma del *único significado verdadero* del derecho.

En ese sentido, el jurista asevera que su actividad consiste en descubrir esas normas, para lo cual recurre a unas vías de razonamiento presentadas como *el método*, que consisten en conocer lo que la letra dice por sí misma, la voluntad del legislador o la naturaleza jurídica del instituto en cuestión, entre otros *lugares o tópicos*⁵⁸ a los que habitualmente echa mano el discurso con miras a alcanzar el verdadero significado del derecho o la única respuesta correcta para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable (Haba, 2002: 508). Ha señalado García Amado (1996: 170 y

57. Capítulo elaborado por la doctora Gianella Bardazano.

58. La gestión temática del discurso implica la presencia de algunos elementos conceptuales y proposicionales que resultan centrales a los efectos del desarrollo del discurso y la construcción argumental, en la medida que “proporcionan el marco o andamiaje en torno del cual se ubican los detalles del discurso”. La noción de *tema* o *tópico* puede expresarse en estas palabras: a) el tema es el *asunto* del que trata la oración o el discurso; b) el tema es el *punto de partida* de la emisión de un mensaje; c) el tema es el *centro de atención* de la oración o el discurso (Tomlin y ot., 2000: 133-134). Generalmente, los tópicos que intervienen en la gestión temática del discurso de los intérpretes-aplicadores del derecho son extraídos de los textos dotados de autoridad oficial, de los textos doctrinarios o de los textos jurisprudenciales. En definitiva, son extraídos de los enunciados de las fuentes y en esa autoridad radica el consenso en la comunidad jurídica con relación a cuáles son los tópicos jurídicamente admisibles.

ss.) que: “la metodología jurídica tradicional concebía el razonamiento jurídico como averiguación de algún tipo de verdad, ya sea averiguación del ‘verdadero’ sentido de la norma jurídica, ya de la ‘verdadera’ voluntad del legislador, ya del ‘verdadero’ concepto jurídico que ‘explica’ el caso y predetermina su solución, ya, incluso, en la perspectiva iusnaturalista, del ‘verdadero’ valor material al que el juez ha de someter su decisión para que sea justa”.

Siguiendo a Haba, puede decirse que la reducción epistemológica del normativismo se manifiesta en dos niveles. Por una parte, es excluido del discurso de la interpretación el análisis de las repercusiones del discurso en los hechos, esto es, la preocupación se limita a lo que en los textos de derecho positivo se dice, y se deja fuera del análisis jurídico lo que con esos textos se hace. Por otra parte, se omite el señalamiento de las indeterminaciones y antinomias del discurso de las fuentes, con lo que se contribuye a encubrirlas “mediante sus modos [...] de exponer la normativa jurídica: ‘mito básico’,⁵⁹ ‘naturalezas’ jurídicas y esencialismo en general” (Haba, 2002: 508). Se reproduce el esquema de la epistemología clásica, a tenor del cual el sujeto cognoscente usa su intelecto individual para acceder al conocimiento verdadero de un objeto preconstituido, preexistente a su conciencia y a su actividad. De acuerdo con este planteo, el jurista conoce con verdad cuando alcanza a aprehender o descubrir esa verdad que en el derecho se encierra y la plasma en su decisión como mera *aplicación*.

Lo anterior, específicamente para el caso del juez-intérprete, trae aparejada la noción clásica del silogismo judicial, entendido como proceso de conocimiento o descubrimiento de la solución correcta. En efecto, una vez conocidas las premisas del razonamiento judicial, la conclusión —la decisión— se sigue con necesidad lógica, de manera que el juez-intérprete pone en juego un mecanismo algorítmico que involucra exclusivamente entendimiento y no voluntad:

[...] en esa tarea, que es ante todo de conocimiento, y sólo derivadamente de decisión, el jurista está, como el científico, auxiliado por el método. Entre el objeto —el derecho— y el sujeto que lo estudia y lo *aplica* median unas pautas metodológicas que no son sino guías técnicas, instrumentos auxiliares que orientan ese conocer hacia la verdad. El objeto es accesible al sujeto cognoscente individual con el único apoyo de las leyes

59. El *mito básico* observado por las críticas realistas al normativismo se sintetiza en un texto de Thayer de 1898 que hace referencia a “aquel paraíso de los juristas en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en el que los hombres pueden expresar sus intenciones no sólo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos” (citado por Haba, 2002: 507).

de la lógica (silogística) y de un método que explica los pasos del razonamiento y las referencias a que ha de atender. De este modo, los sujetos cognoscentes son fungibles, intercambiables, dada la fijeza y predeterminación del objeto que se conoce, dados sus contornos estables y preconstituidos. De ahí que el razonamiento jurídico, así entendido, pueda verse como monológico [...] [en la medida en que existe] una verdadera interpretación de las normas (García Amado, 1996: 170 y ss.).

En efecto, el punto de vista del formalismo dogmático ha resultado desafortunado en su aptitud descriptiva del papel del intérprete, por lo que carece de eficacia explicativa acerca del modo de producirse efectivamente la tarea del intérprete, especialmente si se trata del juez.

Esto puede afirmarse, desde luego, aunque se tome como punto de referencia el del Code en cuanto modelo de legalidad arquetípica y el más próxima cronológica y teóricamente a aquellas posiciones, resulta aún más evidente cuando se consideran las transformaciones experimentadas por la forma de la ley en momentos más próximos al nuestro y en el momento actual (Ibáñez, 1994: 870).

Sin embargo, el bajo poder explicativo del formalismo en el ámbito de la teoría no ha implicado su desaparición en “la percepción que se tiene del propio rol en un amplio sector, el más tradicional, culturalmente y políticamente hablando, de la magistratura”, que coincide con la “banalización del momento interpretativo [que] permite a los jueces autopresentarse como ‘bouche de la loi’, condición esta donde —para el formalista— radica la garantía” (Ibáñez, 1994: 864).

II. Enfoque realista crítico de la decisión

Desde una concepción no tradicional puede entenderse al derecho no como objeto sino como fruto o resultado de la interpretación. En ese sentido, es una variable dependiente no sólo, y no tanto, de la legislación, sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisdiccional.⁶⁰ Por derecho debería entenderse, desde esta perspectiva teórica, no ya el conjunto de enunciados normativos emanados del legislador, sino más bien el conjunto de las normas que de esos enunciados extraen los intérpretes, que no desentrañan el sentido de unos enunciados sino que les asignan o adscriben uno o

60. Es la posición de Guastini (1999 y 2001) y de la mayor parte de la teoría analítica contemporánea.

varios posibles. Esto reposa en una concepción de los enunciados normativos que constituyen el discurso de las fuentes en el sentido de que no admiten una única y *correcta* interpretación. En otras palabras, las disposiciones legislativas, de cuya sistematización se ocupa la dogmática, no incorporan un solo y unívoco significado, sino disyuntivamente tantos como interpretaciones posibles. En fin —tal como se dirá respecto de la noción de norma—,⁶¹ es necesario distinguir conceptualmente entre los enunciados y su significado, por la simple razón de que entre unos y otro no se da una correspondencia biunívoca. Ello responde, entre otros factores, a determinadas características del lenguaje, como la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta, y a sus funciones: descriptiva, emotiva, prescriptiva, realizativa.

Ha señalado Calvo García que las incertidumbres y opacidades que la textura abierta aparece no pueden reducirse a partir de las reglas del uso ordinario del lenguaje o mediante la explicitación de una gramática del lenguaje jurídico,⁶² y que ese margen irreductible de imprecisión no ha repercutido en la concepción de los juristas de postular el ideal de certeza. Sólo recientemente se reconoce una “cierta holgura hermenéutica y se prevé la necesidad de recurrir a reglas y criterios adicionales para reducir los márgenes de discrecionalidad resultantes [...] los márgenes de flexibilidad dogmática que genera esa holgura [...] tienden a verse como algo positivo y las reglas o criterios desde los que se administra la imprecisión se conciben en buena medida como algo ajeno a la ley (construcciones dogmáticas, criterios axiológicos, valores superiores, argumentación racional, forma de vida, etcétera)” (Calvo García, 1986: 113).

La concepción tradicional que dominó la ciencia jurídica hasta comienzos del siglo XX, pero que aún hoy se conserva en la dogmática jurídica, presenta como un rasgo que la caracteriza el *enmascaramiento* de la existencia de ese margen de flexibilidad dogmática, “con lo cual la justificación hermenéutica queda envuelta en un halo de misterios y ficciones” (Calvo García, 1986: 113).

En el mismo sentido, señala Segura que:

[...] la decisión no está determinada, al menos de un modo absoluto, ni por las normas ni por los criterios de interpretación de

61. Entendida como significado de los enunciados de las fuentes (a partir de la distinción entre disposición y norma elaborada por la teoría analítica del derecho).

62. Siguiendo lo propuesto por Waissmann en *Verificabilidad*, señala Calvo García que la textura abierta es más radical que la vaguedad, porque “la textura abierta es algo así como la *posibilidad de la vaguedad* [o vaguedad potencial]. La vaguedad puede ser remediada con reglas más precisas, pero la textura abierta no puede serlo” (citado por Calvo García, 1986: 113).

las mismas. El hecho de que los jueces invoquen tales normas y criterios como fundamento de su resolución no significa que efectivamente tales elementos constituyan el factor fundamental de su decisión [...] Probablemente, la personalidad del juez es el factor más decisivo y curiosamente es el que se ha tratado de ocultar reiteradamente, al menos hasta los inicios del siglo XX. La razón de esta actitud responde a una auténtica ficción que se ha justificado en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica (1998: 104).

La misma idea está presente en la descripción de la textura abierta que propone Hart:

La textura abierta del derecho significa que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso [...] En la zona marginal de las reglas y en el campo que la teoría de los precedentes deja abierto, los tribunales desempeñan una función productora de reglas [...] Este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la intención del legislador y el derecho que ya existe (Hart, 1994: 168-169).

En efecto, según las concepciones tradicionales, el intérprete autorizado administra las posibles imprecisiones del texto normativo, para lo cual se sirve de recursos hermenéuticos y de argumentos que se apoyan en el presupuesto de que el significado de la ley es siempre racional y perfecto. El postulado de la voluntad del legislador, en un caso, permite al intérprete superar las imprecisiones, los silencios y las contradicciones entre el tenor literal y lo que considera que debería haber sido querido por un legislador racional. Los criterios de la *voluntad del legislador* y de la *intención del legislador* que juegan en la justificación de las decisiones, es decir, en la dimensión discursiva que permite el contralor por los miembros de la comunidad, cumplen precisamente esa función legitimadora del poder y a la vez encubridora de la discrecionalidad.

Como elementos que puedan coadyuvar en el proceso de conocimiento o en el contexto de descubrimiento, esos criterios son puestos en cuestión por varios enfoques. Entre ellos, por un lado, las teorías de la argumentación jurídica y, por otro, las construcciones de la polifonía de la

enunciación, que explican y analizan la presencia de muchas voces en un texto y el lugar de esas diferentes voces. Las normas conforman, en definitiva, el marco de justificación de la decisión y, por su parte, “los diferentes criterios interpretativos son los instrumentos que utilizan los jueces para que sus resoluciones puedan integrarse en el sistema jurídico” (Segura 1998: 104).

Es necesario puntualizar que la referencia que hicimos a las producciones teóricas hartianas (y lo mismo puede decirse de las post-hartianas) supone situar el foco de atención en perspectiva antiobjetualista, esto es, abandonar la tradicional comprensión del derecho como conjunto de objetos claros y distintos preexistentes a la intervención de todas las prácticas que conforman la experiencia jurídica. A partir de lo anterior, ha señalado Vittorio Villa que la perspectiva constructivista está contemplada en las teorías del derecho que se agrupan bajo el nombre de “el derecho como práctica social” (Villa, 1999: 296). El eje de estas construcciones consiste en postular que el derecho es fundamentalmente “un conjunto de prácticas, de carácter cognoscitivo, interpretativo, argumentativo, etcétera, en vez de un conjunto de objetos; estos últimos son siempre resultados contingentes del trabajo desde la prácticas” (Villa, 1999: 296).

Una descripción realista crítica de la actividad jurídica supone reconocer las indeterminaciones que implica la textura abierta del derecho y, como consecuencia obvia, admitir que las normas se dan en el uso mismo de los discursos de los intérpretes-aplicadores. Si el significado de los textos de derecho positivo no es independiente de la actividad de los intérpretes, la norma jurídica consiste en el resultado de la actividad interpretativa y no en su objeto. Es necesario insistir acerca de la distancia existente entre las disposiciones⁶³ y las decisiones concretas que afectan a los individuos y, por tanto, en la naturaleza creadora de los *aplicadores*⁶⁴ del derecho.

Esto implica asumir que no hay método alguno para deducir un sentido único o correcto respecto de los textos cuyo significado se discute en la práctica. La decisión sobre la forma de entender los textos no depende sólo de los propios textos, sino también de otras variables,⁶⁵ en atención a

63. Entendemos por disposición a los textos de derecho positivo, esto es, a las formulaciones lingüísticas del discurso de las fuentes. Desde el punto de vista analítico, la norma se define como el significado de la disposición que surge como el producto de la actividad interpretativa.

64. Las consideraciones que se hacen en este trabajo respecto de la actividad del juez-intérprete son extensivas a la tarea de todos los comúnmente llamados *aplicadores* del derecho (los *tribunales en sentido amplio*, según la terminología de Alf Ross), esto es, no abarcan sólo lo vinculado con los intérpretes-aplicadores judiciales, sino también con los intérpretes-aplicadores del ámbito administrativo o técnico y, en general, con todo aquel que en ocasión de un rol institucional deba adjudicar algún sentido normativo.

65. Las preferencias académicas, concepciones teóricas del derecho y de la función judicial, las influencias de orden social, entre otras variables, son decisivas para determinar cuál es el derecho del caso.

las cuales el intérprete-aplicador opta (Haba, 2002: 515). La clave de la práctica jurídica ya no está en la conciencia cognoscente del sujeto individual que pondera argumentos objetivos sirviéndose de un método firme, sino en la discusión entre sujetos que pugnan por hacer valer su interpretación y su interés. La perspectiva preponderante se traslada del contexto de descubrimiento al contexto de justificación, con lo que el *método* que importa ya no es el que conduce a *descubrir* la verdad que en las normas se encierra, sino la técnica argumentativa que sirve para alcanzar un acuerdo sobre lo que dice el juez-intérprete o, mejor, sobre lo que este dice que el derecho dice.⁶⁶

III. Cuestiones metodológicas. Presupuestos

La necesidad de optar por parte del intérprete constituye el punto de partida de una metodología realista. Asumir como un dato el carácter indeterminado o de textura abierta de los materiales normativos, así como la posibilidad de que las disposiciones tengan más de un sentido normativo, supone aceptar ciertos presupuestos metodológicos. En primer lugar, importa desmitificar la función cognoscitiva que tradicionalmente era atribuida a la letra de la ley, al espíritu de la ley, a la voluntad del legislador o a un modelo ideal de racionalidad como claves de la determinación normativa sin participación del intérprete. Por el contrario, es el juez-intérprete quien decide, y por tanto puede elegir cualquiera de los elementos que los materiales normativos ponen a su disposición o inspirarse en otras figuras o construcciones de su dogmática tradicional; pero aun así, al inclinarse por alguna de esas instancias como criterio de la resolución, es el propio juez-intérprete quien ha decidido. En segundo lugar, subrayar el carácter optativo de toda interpretación coloca al juez-intérprete ante su propia responsabilidad en lo relacionado con la justificación de sus decisiones. Ello implica que los aplicadores sean conscientes de su situación hermenéutica, de su lugar institucional en un Estado democrático y republicano de derecho.

Ese lugar institucional conlleva la exigencia de que la elección de los sentidos normativos que se adjudiquen a los materiales normativos y la justificación de las decisiones concretas deban realizarse desde una pers-

66. Señala García Amado que:

La práctica jurídica deja de verse como pacífica plasmación de reglas prefijadas y se convierte en lucha por la concreta fijación de la regla en cada caso. Ya no es el legislador quien por sí solo resuelve el conflicto y el juez quien meramente “aplica” la solución, sino que es el juez quien propiamente “resuelve” moldeando los contornos de la regla legislativa, cuando esta existe o una vez que el juez ha seleccionado la que estima apropiada y ha decidido “aplicarla” (1996: 194).

pectiva funcional a dicho tipo de Estado (y no a un Estado policía). Para ello, los aplicadores-intérpretes cuentan con directrices políticas de interpretación que operan discursivamente en la justificación de las decisiones. Esas directrices políticas son recogidas por el texto del CNA,⁶⁷ pero vincularían igualmente al aplicador-intérprete, por su lugar institucional, si no estuviesen recogidas en ningún enunciado de las fuentes.

En el mismo sentido se refiere Zaffaroni a los juristas dedicados a la elaboración del derecho penal (discurso de los juristas) en cuanto reconoce que todo saber exige una definición política “previa a la delimitación de su horizonte, que haga manifiesta su intencionalidad, para permitir el control de su racionalidad” (2002: 4). Esa definición implica una valoración política del grado de funcionalidad del saber jurídico al poder punitivo. El saber jurídico penal, “mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho” (Zaffaroni, 2002: 5).

IV. ¿Cuál certeza jurídica?

Las objeciones que suelen realizarse a la reconstrucción realista de la actividad del intérprete-aplicador suponen que la lectura *normativista* tiene una repercusión directa en cuanto a mayor seguridad o certeza jurídica. Por el contrario, la reconstrucción del normativista esquivada la cuestión de la responsabilidad práctica de la función judicial o de cualquier aplicador en relación con el impulso del progreso del Estado constitucional de derecho. Una típica justificación de las decisiones desde la perspectiva normativista recurriría a tópicos vinculados con una concepción del aplicador como *esclavo de la ley o bouche de la loi*. Ese discurso de justificación encubre la función creadora (determinadora de lo que está indeterminado en los enunciados de las fuentes) de los intérpretes-aplicadores y promueve un discurso tranquilizador pero falso. Cuando se presentan posibilidades distintas dentro del marco de sentidos que ofrecen los materiales normativos (las diferentes posibilidades de interpretación) no es verdad que el intérprete-aplicador no puede resolver de una u otra manera entre reconstrucciones normativas lingüísticamente viables (Haba, 2002: 526). Hay involucrada voluntad y no sólo entendimiento en la decisión del aplicador.

La técnica discursiva normativista de la justificación de las decisiones implica una ética de la irresponsabilidad para los decisores (Haba, 2002:

67. Entre otros textos, en los artículos 4, 6, 12, 67 y 87 del CNA.

525), especialmente en cuanto a los efectos que para los sujetos alcanzados ocasionan las decisiones concretas y en cuanto al grado de funcionalidad de los decisores al Estado constitucional de derecho. La fundamentación realista, por el contrario, supone aceptar una ética de la responsabilidad de los decisores (Haba, 2002: 525-526) por las consecuencias de sus fallos, en la medida que es admitido que el marco legal tolera márgenes de interpretación y que estos permiten al intérprete autorizado realizar una *opción*. Este tipo de asunciones teóricas de base han generado, como señalábamos anteriormente, objeciones en cuanto al reconocimiento de una potestad de decidir *arbitrariamente* implícita en la actividad de los aplicadores del derecho. A partir de lo cual se concluye que es mejor mantener un discurso que reconstruya esa actividad a partir de la ficción del *único significado verdadero* y ocultar la *noticia* de que todo acto de aplicación implica creación de derecho.

Sin embargo, lo que denominamos *conciencia de la situación hermenéutica*, implica la funcionalidad de las justificaciones de las decisiones al Estado constitucional de derecho y asegura la publicidad de los criterios y el control de las decisiones institucionales. De acuerdo con ello, en materia de niños y adolescentes las directivas políticas de interpretación exigen la compatibilidad de la justificación y de cada uno de los criterios a los que la gestión temática del discurso de los aplicadores recurra con la Constitución de la República, la CDN, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país, según surge del artículo 4 del CNA. El código explicita por separado, como directiva específica (si bien está implicada en la directiva del artículo 4 en referencia a la compatibilidad de la decisión con la Convención), al *interés superior del niño*. Se trata no solamente de un criterio orientador de la decisión (en lo que podríamos denominar *el contexto de descubrimiento*) y de un criterio determinante en la ponderación,⁶⁸ sino fundamentalmente de un criterio privilegiado y de necesaria incorporación al desarrollo argumental de la fundamentación de las decisiones.

Estas prevenciones relativas a la construcción argumental que justifica la decisión disminuyen los márgenes de funcionalidad al avance de un Estado policía, en la medida que fortalecen el control público de la racionalidad de las decisiones. Señala Haba que la argumentación realista permite que las razones de la decisión,

68. Una adecuada aplicación del principio supone un análisis de los derechos afectados y de los que puedan ser afectados por la decisión, en el entendido de que siempre debe tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción y la menor restricción de los derechos posible, considerando el número de derechos afectados y su importancia relativa (Cillero s/f).

[...] al ser intersubjetivamente controlables, [hagan] plenamente responsable a quien las presenta, mientras que las fundamentaciones normativistas se basan en unas "evidencias" iusmísticas. Estas últimas, por escapar a la posibilidad de ser verificadas o falsadas intersubjetivamente, hacen que elegir entre una y otra respuesta jurídica venga a ser, al fin de cuentas, una cuestión de "gustos" doctrinarios, [quedando] diluida la responsabilidad intelectual de quien recurre a ellas (2002: 528-529).

Conforme la directiva reseñada,⁶⁹ algunos elementos⁷⁰ que aparecen en los enunciados del legislador no deberían ser recogidos en una gestión temática del discurso de la justificación que aspire a ser compatible con los instrumentos aludidos en el artículo 4 del código y el interés superior del niño⁷¹ (artículo 3 de la CDN y artículo 6 del CNA). Al ser las normas el resultado de la interpretación, puede afirmarse que el código *se construye* con las decisiones concretas de los aplicadores (judiciales y administrativos). Con esto se cuestiona uno de los mitos básicos sobre los que se funda la actividad de los juristas, que a su vez reposa sobre la confusión de las dimensiones normativa y fáctica.

En ese sentido, la exigencia republicana de racionalidad del legislador, en términos de *deber ser*, es transformada desde el discurso normativista tradicional en la ficción de que el legislador es racional. La clave superadora se halla en poner el énfasis del análisis en la racionalidad de las decisiones, sugerir la eliminación, en todo o en parte, de la gestión temática del discurso que fundamenta la decisión de aquellos elementos presentes en los enunciados de las fuentes cuando su irracionalidad sea irreductible, y promover una lectura que asegure el avance del principio republicano y la protección de los derechos humanos como contenido esencial de un Estado democrático de derecho.

En definitiva, el modelo de argumentación presentado no promueve la arbitrariedad judicial ni es contradictorio con la seguridad jurídica. Pretende afirmar la seguridad jurídica de una forma más realista, ya que:

69. Y en ausencia de directiva explicitada en un enunciado de las fuentes, conforme la funcionalidad de las instancias de decisión al Estado constitucional de derecho.

70. Podría citarse como ejemplo la expresión *peligrosidad* que aparece en el enunciado del tercer inciso del artículo 91 del CNA.

71. Las deficiencias de la formulación lingüística legal (observadas acertadamente por Pedernera, Salsamendi y Silva Balerio, 2004: 15) no obstan a que se le asigne al artículo 6 del CNA un sentido normativo compatible con las directivas del artículo 4 del mismo texto, esto es, un sentido normativo compatible con la CDN y, por tanto, como satisfacción integral de los derechos del niño. La reconstrucción del sentido normativo hecha por instituciones funcionales a un Estado democrático con base en los derechos humanos implica para el caso del artículo 6 del CNA asumir que las autoridades e instituciones se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los NNA.

[...] en los Estados modernos los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando las decisiones de una forma bien conocida. Esta y sólo esta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos [...] no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones) [...] Desde el punto de vista de la certeza jurídica sólo son importantes las razones jurídicas aceptables y públicas, porque sólo ellas permiten valorar la relevancia jurídica de la decisión. Si las razones permanecen ocultas y/o son inaceptables, carecen de valor para el control público (Aarnio, 1990: 26-27).

V. La cuestión de la discrecionalidad

La arbitrariedad a la que hacíamos referencia en la objeción normativista de la reconstrucción realista de la decisión se identifica con la noción de *discrecionalidad*. El concepto mismo de *discrecionalidad* presenta muchas complejidades y equívocas en cuanto a su determinación. Plantearemos el panorama teórico al respecto, para lo cual vamos a seguir la presentación de Isabel Lifante (2002).

Para la concepción normativista la discrecionalidad se reduce a ciertos actos de la administración. El Poder Legislativo y el Poder Judicial tienen fuertemente delimitados sus roles: la creación del derecho se limita al Poder Legislativo y su aplicación se limita al Poder Judicial. Para el normativismo no tiene sentido hablar de discrecionalidad respecto de la actividad del legislador, por tratarse de un órgano *soberano* y, por ello, con completa libertad. Por oposición, y como ya fue expuesto, la actividad del judicial se limita a decir el derecho, sin ningún margen de libertad (Lifante, 2002: 414).

En la teoría de Kelsen, a partir de la cuestión de la indeterminación de los enunciados de las fuentes y de la correlación de las nociones de creación y aplicación, nunca el derecho positivo va a permitir individualizar una única respuesta. La determinación del sentido objetivo del acto de voluntad dirigido a prohibir, obligar o facultar una conducta, es decir, la determinación de la norma para el caso, será producto de una decisión libre o discrecional (1986: 153).

La discrecionalidad es [...] en la construcción de Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso de concreción y aplicación del Derecho [...] para Kelsen no existiría diferencia cualitativa,

sino meramente cuantitativa, entre la discrecionalidad que se ejerce en la elaboración de una ley conforme a la Constitución y la que se ejerce al dictar una sentencia judicial o un acto administrativo (Lifante, 2002: 415).

Con posterioridad a Kelsen encontramos posiciones radicales respecto de la discrecionalidad como la de las teorías realistas; posiciones intermedias como la de Hart, construida a partir de la distinción entre casos fáciles y difíciles,⁷² y que reserva la discrecionalidad para los segundos; y, posiciones según las cuales los jueces no gozan de ningún grado de discrecionalidad en la medida que se postula la tesis de la única respuesta correcta (Lifante, 2002: 415). Este último es el caso de Dworkin,⁷³ que considera tres sentidos del término *discrecionalidad*: a) un sentido débil referido a las normas que deben ser aplicadas por un funcionario y que exigen discernimiento por parte de este para aplicar los estándares que le impone la autoridad, en virtud de que no pueden ser aplicadas mecánicamente; b) otro sentido débil referido a los funcionarios que tienen la autoridad final para tomar decisiones que no son pasibles de ser anuladas o revisadas por otro funcionario; y c) un sentido fuerte, definido como la falta de estándares jurídicos vinculantes que guíen la toma de las decisiones (Dworkin, 2002: 85).

La discusión acerca de la discrecionalidad también abarca la esfera legislativa de las decisiones, particularmente a partir del debate en torno a los roles de los poderes Legislativo y Judicial en los estados constitucionales, en el entendido de que la actividad legislativa no puede seguir considerándose como soberana en virtud de los límites sustanciales que marcan las normas constitucionales (Lifante, 2002: 415). Lifante elabora su concepto de discrecionalidad a partir de las nociones fundamentales

72. Esta distinción entre casos fáciles y difíciles está relacionada con la característica del derecho que Hart denomina *textura abierta* (1994: 168), que ya reseñamos, en el sentido de que en el núcleo de certeza del campo de aplicación de las reglas se ubican los casos fáciles en los cuales no hay discrecionalidad, en tanto en la zona marginal o de penumbra se encuentran los casos difíciles y tiene lugar la discrecionalidad como ejercicio de una potestad de optar. Esa discrecionalidad obedece a las indeterminaciones semánticas irreductibles del lenguaje de las reglas generales (las reglas no pueden especificar por adelantado la solución para todos los problemas) o a una indeterminación *más radical* vinculada con la voluntad política de dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever las particularidades que podrán caracterizar cada caso y que deberán considerarse al momento de la decisión (1994: 165). El criterio para considerar un caso como fácil o difícil es el consenso de la comunidad jurídica respecto de la inclusión o no en el campo de aplicación de una regla.

73. Es bueno tener en cuenta que la construcción de Dworkin es una justificación del punto de vista interno o del participante (específicamente le interesa reconstruir cómo deciden los jueces los casos difíciles, entendiendo por tales aquellos en los que hay desacuerdo entre los juristas acerca de lo que es el derecho sobre algún punto). La teoría del derecho de Hart, por el contrario, está construida desde el punto de vista externo y, en ese sentido, tiene pretensiones descriptivas.

que subyacen a la mayoría de las caracterizaciones al respecto, esto es, las nociones de *libertad*, *indeterminación* del derecho y *poder* (2002: 421). Respecto de la *libertad*, distingue un sentido negativo (como permiso para optar entre alternativas admitidas) y uno positivo (que enfatiza la responsabilidad del decisor en la concreción de los estándares para la decisión). En cuanto a la *indeterminación*, considera lo relativo a los problemas de subsunción, por un lado; y lo que se presenta como un rasgo de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar y por tanto operan como una delegación de un poder de decisión (2002: 429). Con relación al *poder*, distingue un sentido formal, como competencia para producir un resultado normativo, y un sentido *más material* de *poder*, que agrega al sentido anterior la posibilidad de incorporar al sistema jurídico *nuevas evaluaciones de intereses* (2002: 429). Lifante considera que si se toman en cuenta los primeros sentidos de cada una de las tres nociones implicadas se reconstruye un sentido del término *discrecionalidad* distinto del sentido del término que puede reconstruirse a partir de los segundos sentidos considerados en dichas nociones, con el cual se compromete (2002: 430-432). La clave de la cuestión está dada por el modo en que está regulado el ejercicio del poder discrecional y no por el tipo de órgano que posee el poder (órganos administrativos, legislativos y judiciales).⁷⁴

VI. Acerca de la proporcionalidad

La determinación de las sanciones constituye una de las actividades encargadas a las instituciones decisoras; está afectada por lo que hemos llamado *textura abierta* y, como consecuencia, conforma un ámbito de ejercicio de los poderes discrecionales que, como tales, deben ser intersubjetivamente controlables como requisito básico de las instituciones de un Estado constitucional de derecho. Al igual que en el caso de las directivas para la fundamentación de las interpretaciones que guían la decisión (artículos 4 y 6 del CNA), los materiales normativos formulan directivas para la determinación de las sanciones, que persiguen el cumplimiento del requisito de publicidad de los criterios de las instituciones del Estado. El cumplimiento de esas directivas debe ser controlado, según hemos dicho,

74. Señala Lifante que la discrecionalidad jurídica “ha de ser vista [...] como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad [...] ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que [...] deben estar sometidas a control” (2002: 437).

en la argumentación que fundamenta la imposición de una sanción. La gestión argumental del decisor debe satisfacer las directivas previstas en el artículo 76.12 en cuanto al contenido de la sentencia⁷⁵ y en el artículo 87 del CNA.⁷⁶ A estas exigencias específicas relativas a la determinación de la pena se suma la exigibilidad al decisor de una ponderación explícita de la medida seleccionada a la luz del principio de proporcionalidad (artículo 79).

Citamos anteriormente la opinión de Zaffaroni (2002: 5) en cuanto a la función del derecho penal como contenedor del poder punitivo a la hora de proponer a los decisores un sistema orientador que impulse el progreso del Estado constitucional de derecho y los derechos humanos. En ese sentido, en el ámbito de la ejecución de la pena juvenil el principio de proporcionalidad debe operar como límite a la privación de libertad (Uriarte, 2005):

[...] el CNA consagra simultáneamente el principio de proporcionalidad para todas las medidas (artículo 79.2) y los principios de excepcionalidad y de mínima duración para la privación de libertad (artículo 76.12.2). De estos dos últimos, el primero desplaza la proporcionalidad hacia las medidas no privativas de libertad y el segundo —en particular— rompe con la regla de la proporcionalidad en la privación de libertad. En esta, el principio de mínima duración posible de la privación de libertad funciona como un corrector hacia abajo de la proporcionalidad. Conforme a esta se determina la duración máxima de la privación de libertad, con el límite de la culpabilidad y la entidad de la lesión al bien jurídico. Con arreglo al principio de mínima duración, y bajo el designio del interés superior (artículo 76.12.1), deberá liberarse cuanto antes al joven privado de libertad (Uriarte, 2005).

75. Las exigencias de fundamentación suponen la explicitación de los criterios que intervienen en la decisión en relación a la finalidad de la medida. A dichos efectos, el contralor de las decisiones deberá considerar el uso que realiza el decisor del tópico (la preservación del interés del adolescente) que el texto pone a su disposición, de modo que no encubra una justificación reñida con las directivas generales del artículo 4 del CNA.

76. Debe justificar los motivos de la no aplicación de una medida no privativa de libertad si su decisión impone una pena privativa de libertad. Nótese que, a su vez, el sintagma *medidas adecuadas* también presenta textura abierta, en virtud de la variedad de tipos de medidas posibles y del carácter claramente evaluativo y valorativo del calificativo que se le asigna, por lo que se presenta como una noción esencialmente controvertida.

VII. A modo de cierre

Resulta de gran relevancia para el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad la posición asumida por los diversos actores del sistema penal juvenil con relación a la interpretación de las normas jurídicas, dado que las elucidaciones tienen importantes impactos en la producción de efectos en la vida de los adolescentes judicializados.

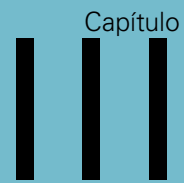
Esta dimensión tiene que ver con la lectura y la traducción de los textos. En ese sentido el filósofo español Jorge Larrosa nos plantea: “Heidegger parece distinguir entre lectura y traducción o, mejor, entre dos formas de lectura. Habría por un lado una forma de lectura en la que no se pone en cuestión el entendimiento de lo que se lee. En esa forma de lectura, el texto no necesita ser traducido porque ya es comprensible, es decir, porque ya se adapta a nuestro modo de entender” (Larrosa, 2003: 499).

La verdadera lectura, continúa Larrosa, es aquella “en la que tenemos que leer lo que no sabemos leer, lo que se hurta a nuestros esquemas previos de comprensión [...] que desafía nuestro saber leer, la estabilidad de nuestros modos habituales de comprensión”. La traducción de la que nos escribe Larrosa con palabras de Heidegger exige “un modo de lectura que sea capaz de des-velar su verdad en tanto que el desvelamiento de esa verdad implica el cuestionamiento de nuestros modos habituales de entender”.

En nuestro campo de análisis, el sistema penal juvenil, nos preguntamos: ¿sabemos leer desde un enfoque de derecho?, ¿estamos preparados para entender qué significa la desjudicialización, o la proporcionalidad entendida como límite a la imposición de sanciones?

Este capítulo intenta hacernos cuestionar acerca de nuestros modos habituales de entender el fenómeno de la infracción de los adolescentes. La propuesta es inclinarnos hacia una lectura realista-crítica que implica asumir al principio de proporcionalidad en tanto límite al ejercicio punitivo, y asumir los efectos de la decisión, lo que significa el ejercicio de una ética de la responsabilidad.





La necesidad del bien jurídico
como límite de la intervención punitiva
en las infracciones adolescentes

La necesidad del bien jurídico
como límite de la intervención punitiva
en las infracciones adolescentes⁷⁷

[...] el castigo está marcado por tensiones irresolubles.

Por bien organizado que esté y aunque se administre con mayor humanidad, estará ineludiblemente marcado por la contradicción moral y la ironía, como buscar defender la libertad por medio de su privación, o condenar la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el público.⁷⁸

I. Marco histórico de construcción de los sistemas penales juveniles y funcionalidad del DPJ

Para hablar de los sistemas penales con relación a los niños y adolescentes debemos remitirnos obligatoriamente al contexto histórico y sociojurídico en el que se desarrolló lo que hoy se conoce como el derecho de menores. Ese contexto nos dará las pistas de la situación actual y nos permitirá esbozar algunas líneas por las que debe transitar a corto plazo un DPJ garantista que reconozca sus defectos estructurales y aterra elementos de la dogmática presentes en el derecho penal de adultos, prácticamente ausentes en el de niños y adolescentes. Acompañado también por un necesario reconocimiento de las personas menores de 18 años como sujetos de derechos, con condiciones particulares y peculiares, que deben ser reconocidas para ligarlas de manera inescindible a todo planteo proveniente del sistema penal, con el fin de atemperar y contener la respuesta punitiva. Se ha afirmado con propiedad que la lucha por la contención de la violencia estructural de los sistemas penales desemboca necesariamente en lucha por reafirmación de los derechos humanos,⁷⁹ y en esa línea se ubicarán los planteos desarrollados en este trabajo.

Es bueno entonces recordar que la legislación de menores, conocida como legislación de la situación irregular, está imbuida de una concepción del niño caracterizada por estos rasgos centrales:

77. Capítulo elaborado por Luis Pedernera.

78. David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

79. Alessandro Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en: *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, B de F, 2003.

1. Se dirige a cierta porción de la infancia, *los menores pobres*.
2. Centraliza el poder en una persona, el juez de menores
3. Judicializa y criminaliza la pobreza
4. Considera al niño un objeto
5. Le niega los derechos y garantías fundamentales
6. Habla con eufemismos al nombrar las cosas, con lo que oculta los verdaderos efectos.

El derecho de menores construido en nuestro país tiene origen en un proceso que surge en nuestro continente a comienzos del 900. Formó parte del arribo o recepción en sectores intelectuales y aristocráticos del movimiento de reformadores que se acuñó el nombre de *salvadores del niño*.⁸⁰ Este movimiento concretó sus ideas en Illinois con la creación del primer tribunal de menores, fruto del reclamo de un tratamiento diferenciado a los niños con respecto a los adultos frente al sistema penal, inexistente hasta ese momento. En América Latina se recogieron algunos de los postulados de ese movimiento de reforma —iniciativa de mujeres cristianas de las clases medio altas de la sociedad norteamericana— y se realizaron las separaciones de las competencias específicas para niños con respecto a los adultos, que reconocían en su discurso *hacia fuera* antes que nada una función tuitiva y de protección, y no tanto de castigo y penalización.

Según Emilio García Méndez, a través de la instalación de los sistemas minoriles se sentaron las bases una cultura que influyó en todo el mundo, que buscaba proteger al niño, no sin antes clasificarlo con problemas de naturaleza patológica. La protección se hizo con fuertes criterios de segregación y cosificación del niño. Anthony Platt en su libro toma un pasaje de un pensador de esa época (Charles Loring Brace) que en sus dichos expresa claramente las ideas que trasuntaría el modelo legal instaurado:

[...] por el interés del orden público, de la libertad, de la propiedad, por nuestra propia salvación y por la duración de las instituciones libres que tenemos [...] una ley estricta y cuidadosa que obligue a todo menor a aprender a leer y escribir, con penas graves en caso de desobediencia.

Es oportuno también recordar algunas de las cuestiones que se debatieron en el Primer Congreso de Tribunales de Menores de París, en 1911,

80. Anthony Platt, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI Editores, 1997.

para ver a impulso de qué ideas se llevaron adelante las reformas. En ese congreso llamaron la atención:

1. las condiciones espantosas de encierro de niños junto con adultos;
2. la formalidad e inflexibilidad de la ley penal que obligaba a respetar entre otros principios el de legalidad y determinación de la condena, que obviamente impedía la tarea de represión/protección.

Paul Deschanel, miembro de la academia francesa, expresaba en su discurso: "Estos tribunales podrán transformarse, además, en auxiliares de la aplicación de las leyes escolares y las leyes del trabajo". Si lo que buscaban los tribunales de menores era la protección, no sería necesaria la presencia del defensor. Nada mejor que recurrir a las palabras del delegado italiano en ese congreso que, haciendo suyas las expresiones de Garófalo, decía: "la intervención del defensor no parece necesaria, porque a menudo, en nuestro país, la defensa no se limita, a ofrecer excusas por los peores actos delictivos sino además a hacer su propia apología de los mismos".⁸¹

Esta forma de ver la cuestión penal dirigida a los menores de edad es el lastre de ideas originadas en el pensamiento de autores como Cesare Lombroso y Enrico Ferri. Estos no se detenían a cuestionar la violencia que contienen los sistemas penales, pero manifestaban su descontento por aquellos principios que a través del límite formal obstaculizaban la aplicación de la pena.

II. Los sistemas tutelares (protectores) y sus consecuencias punitivas

La característica central de lo que ocurrió a partir de este proceso de diferenciación jurídica de los niños con respecto a los adultos fue que quedaron por el camino elementos clave para la construcción de un derecho asentado en las garantías.

El sistema fue pensado y diseñado para reaccionar ante situaciones que constituían infracciones a la ley penal, pero su principal puerta de entrada eran todas aquellas situaciones vinculadas con carencias materiales, abandono o formas de conducirse en la vida, diferentes de las de los sectores dominantes, que colocaban al niño como potencial peligro.

81. Citas tomadas de Emilio García Méndez, "Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social", en: *Derecho de infancia y adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, 1997.

La legislación tutelar descartó de plano el principio de legalidad y se erigió sobre estos elementos:

- a) Negación del conflicto entre el niño en situación irregular y el Estado. La acción de este último era *tuitiva*, todopoderosa y orientada a darle protección, aun si se realizaba a costa de sus derechos.
- b) Ausencia de un debido proceso. Si lo que se buscaba era *proteger*, el procedimiento debía ser flexible, sin formas predeterminadas que lo hicieran rígido y con poderes discrecionales del juez sobre la población judicializada.
- c) La importancia y centralidad del diagnóstico sobre el acto realizado. Lo que interesaba era detectar la personalidad, el entorno, la presencia de enfermedades en el niño sometido a proceso.
- d) La indeterminación de la sanción impuesta con el objetivo de que a través del tratamiento aplicado se *educaran, rehabilitaran, reformaran o resocializaran* estos menores.⁸²

En este contexto no se hablaba de *penas*; el CP nos decía que a los menores de edad se les aplicarían medidas de seguridad educativas.⁸³ Esto en el entendido de que el Estado a través de la acción judicial antes que castigar intenta proteger al niño.

Para ello nada mejor que ver en palabras del codificador de 1934⁸⁴ cuando nos dice: “para que la acción del Estado sea protectora de la niñez y preventiva de la criminalidad infantil, la doctrina moderna unánimemente aconseja una triple especialización: la de las medidas aplicables a los jóvenes delincuentes que no deben ser de penalidad sino de educación y reforma”, y más adelante reitera, cuando indica sobre la función del juez de menores: “el magistrado llenará una misión tutelar y no penal, preventiva y no sancionadora”.

El Código del Niño del año 1934 fue la herramienta de la que dispusieron ciertos sectores sociales para disciplinar a una parte de los niños: los menores definidos por sus carencias (sin medios materiales, sin familia nuclear, sin escuela); aquellos que crecieran al margen de las políticas so-

82. Julio Cortés Morales, “Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas”, en: *Infancia y derechos humanos. Discurso, realidad y perspectivas*, Chile, Corporación Opción, Save The Children UK, 2001.

83. Lamentablemente, en el nuevo CNA el legislador uruguayo opta por el sistema que le da a la sanción fines que nunca pueden convertirse en un justificativo. Al llamarlas *medidas socioeducativas* opta por dejar de lado sus verdaderos efectos punitivos.

84. Código del Niño, Exposición de motivos.

ciales básicas y que escaparan al modelo de sociedad que se quería imponer en ese Uruguay disciplinado.⁸⁵

En ese contexto se programaban intervenciones sobre *abandonados y delincuentes*. Estas categorías sirvieron a los operadores para legitimar una intervención que no era penal y sí protectora.

El Código del Niño en el capítulo XII, con el título “De los menores abandonados moral y materialmente”, proponía la aplicación de medidas de vigilancia y protección, que no eran sino, plásticamente, un símil de las medidas de seguridad educativas del CP. Y, como enseña Carlos Uriarte, resumía el planteo de la situación irregular, que no era más que una estrategia de control social que culminaría en la institucionalización del niño sin ninguna garantía.

La situación irregular contiene una fuerza simbólica que le otorga al colectivo social la tranquilidad de que con su remedio —que se impone por sobre la voluntad individual— soluciona problemas. Entonces, si soluciona problemas y *le* soluciona problemas al niño, la intervención será lo más discrecional posible.

Como decíamos al inicio, el derecho de menores, que se caracteriza por exponer un discurso ambiguo, se resiste a llamar *penal* al sistema y a sus decisiones sobre niños, busca ocultar la verdadera carga aflictiva que contiene. La situación irregular está imbuida de una práctica que impone penas, es decir, sufrimiento coactivo y aflictivo en la vida de los niños y los adolescentes. Ha camuflado con ambigüedades la imputación penal realizada a los niños y, lo que es más grave, con ello ha impedido toda posible discusión, debate o profundización doctrinaria y dogmática en el campo de la teoría de la pena.

Como en muchos otros aspectos, hemos desarrollado una forma de pensar el abordaje judicial de la niñez que mitificó la idea de niños que se mueven con cierta impunidad en la sociedad, producto de la creencia popular de que el sistema no reacciona aflictivamente y que el pasaje del niño por alguna instancia sea policial, judicial o ejecutiva es cuasi celestial.

En el mundo de la niñez y de la adolescencia la iniciación del procedimiento (que puede culminar con la aplicación de medidas socioeducativas) es aflicción porque se plantea en el horizonte de la retribución penalizante. Por lo tanto nos encontramos frente al sistema penal.

85. José Pedro Barrán, *Historia de la sensibilidad*, tomo I, *La cultura bárbara 1800-1860*, y tomo II, *El Uruguay disciplinado 1860-1920*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 1989-1990.

III. La crisis del sistema tutelar

El sistema penal —“que no hace lo que dice ni dice lo que hace”—⁸⁶ comienza a entrar en crisis a partir de sentencias de cortes estadounidenses. En el caso *Kent versus Estados Unidos* un adolescente de 16 años había sido condenado, sin defensa, por sospecha de robo y violación, a entre 30 y 90 años de cárcel. La Corte Suprema rechazó la condena alegando que el principio de *parens patriae* no era una licencia para la arbitrariedad procesal. Un año después, y casi con los mismos argumentos, se asestó el golpe detonante de muerte definitivo a las arbitrariedades cometidas en nombre de la compasión/represión de los niños, en el caso *Gault*. Este asunto se basó en la condena de un adolescente de 15 años hasta que cumpliera los 21 años por realizar llamadas obscenas a su vecina. El adolescente *Gault* fue detenido por la Policía y conducido al tribunal con la indicación de que era un delincuente que necesitaba protección. La Corte adoptó la sanción sin pruebas, sin la comparecencia de la denunciante ni de los padres del muchacho y sin asistencia jurídica.

El caso *Gault* y luego instrumentos jurídicos internacionales (de ellos el más relevante es la CDN) comenzaron a socavar la visión del derecho de menores como protector, al que se le permitían todos los excesos en nombre de una supuesta bondad estatal que buscaba reeducar, rehabilitar, resocializar.

A partir de la CDN los niños comenzaron a contar con un abanico de mecanismos que intentaban contener el poder punitivo del Estado. De su mano, en nuestra región se comenzó a ver la necesidad de construcción de un *derecho penal juvenil*, en el entendido que lo que se aplicaba a los niños desde la situación irregular era poder penal, con el agravante de negarlo y con ello impedir cualquier posibilidad de defensa frente al poder punitivo.

Situarnos en la necesidad de recoger un derecho penal específico para los adolescentes debe conducirnos necesariamente a:

- A) La construcción de un discurso limitador de la discrecionalidad actual del poder punitivo. Es decir, construir un discurso garantista con bases en la teoría de la pena.
- B) Elaborar un discurso específico para la población a la que se dirige, reconociendo su condición especial de persona en desarrollo.

86. Expresión tomada de Carlos Uriarte.

- C) Reconocer que en la teoría de la pena aparecerán, también en el terreno de la infancia, los discursos que provocan la crisis de legitimación del sistema penal, cosa que no ocurría con el discurso tutelar, que lograba el consenso del discurso tuitivo y protector de los niños que bloqueaba la perspectiva del discurso crítico.

IV. La necesidad de un discurso con elementos limitadores

El discurso de la situación irregular ha impregnado las prácticas institucionales y tiende a emerger permanentemente en las nuevas formas. Para eso el primer límite es establecer mediante una legislación clara tipos de infracciones, fijar un sistema anclado en el principio de legalidad.⁸⁷ Sólo de esa forma aquellas conductas que no respondan al enunciado normativo no serán objeto de intervención coactiva. En este punto se produce el primer quiebre con el viejo sistema tutelar: el niño abandonado queda fuera, y las deficiencias educativas, las ausencias de políticas sociales, la *incontinencia* familiar deberán resolverse en el sistema de políticas públicas, ya no en las instituciones de encierro.⁸⁸

En ese sentido es fundamental desarrollar elementos de la teoría del delito y del garantismo penal que se conviertan en límite al poder punitivo del Estado, para cuyo desarrollo es central el concepto de culpabilidad. En igual sentido, y tal como queda al descubierto en la presente investigación, la proporcionalidad y el concepto de bien jurídico deben comenzar a ganar terreno ante un descampado legislativo, doctrinario y dogmático que ha caracterizado a los sistemas jurídicos de nuestra región y especialmente al de nuestro país.

Es bueno reiterar que este intento de traslado de elementos de la dogmática penal al campo de los derechos del niño busca brindar al operador jurídico herramientas que limiten y contengan ese Estado policial encapsulado.⁸⁹ Las garantías en este horizonte emergen, según la afirmación de Luigi Ferrajoli, como "las técnicas dirigidas a minimizar la violencia y la

87. Como se aprecia en el trabajo sobre proporcionalidad incluido en esta investigación, nuestro legislador optó por el sistema de legalidad delegada, que incorporó el criterio hasta el momento inexistente en nuestra tradición jurídico-penal de diferenciar los delitos en graves y gravísimos.

88. Carlos E. Uriarte, *Control institucional de la niñez y adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1999.

89. Esta imagen es utilizada por Eugenio Raúl Zaffaroni. Su afirmación se basa en que el Estado policial nunca murió, fue encapsulado por las garantías del Estado de derecho y ante cada nuevo embate represivo se producen fisuras que hacen emerger nuevamente ese Estado policial (en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, Costa Rica, ILANUD, 1996).

potestad punitiva: o sea, a reducir en lo posible los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la aflictividad de las penas".⁹⁰

V. La deslegitimación del poder punitivo

El ejercicio de poder de los sistemas penales se encuentra fuertemente deslegitimado, pues no resuelve problemas y que contribuye a reproducirlos, por ser estructuralmente selectivo, estigmatizante y deteriorante de los individuos.⁹¹ Los sistemas penales seleccionan algunas conductas del universo total para el que están programados. El sistema de administración de justicia penal se basa en el secuestro del conflicto: el Estado expropia a la víctima la forma de resolverlo y lo pasa por el tamiz del proceso penal mediante el cual construye una nueva verdad⁹² y, si lo considera conveniente, aplica una sanción.

Cuando se conocen los defectos estructurales y las falacias en las que se apoya el discurso penal, ¿es conveniente trasladarlo al mundo de la infancia? Aquí cargaremos con la contradicción⁹³ de querer algo que sabemos que en el mundo de los adultos presenta grados por demás cuestionables, pero en la coyuntura actual es la única oportunidad de dar unas garantías sustantivas que hasta ahora han sido las grandes ausentes.

Haremos una breve incursión en el concepto de bien jurídico a partir del reconocimiento de la crisis de legitimidad que enfrentan los sistemas penales. El desarrollo de elementos de la teoría del delito en el campo de la niñez y la adolescencia parte de la premisa básica de contener la expansión de los sistemas penales juveniles. Por lo que no se pretende tampoco darle legitimidad al operador para operar sobre la infancia y la adolescencia sin vincularlas necesariamente con los discursos críticos.

Eugenio Zaffaroni en su libro *En busca de las penas perdidas* compara esta crisis y la función del derecho penal con el derecho humanitario y su función en la guerra. A grandes rasgos, basa esta comparación en la

90. Luigi Ferrajoli, "La pena en una sociedad democrática", en Mauricio Martínez (comp.) *Garantismo y democracia*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1999.

91. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación dogmática y jurídica penal*, Bogotá, Temis, 1993.

92. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.

93. Mary Ana Beloff, "Niños, jóvenes y sistema penal: ¿abolir el derecho que supimos conseguir?", en: *No Hay Derecho*, Argentina, núm. 10, diciembre de 1993 a marzo de 1994.

guerra, afirma que como ejercicio de poder de los estados ella nunca es legítima, pero ocurre, y allí actúa el derecho humanitario para contener márgenes de violencia que son inaceptables, aun en esa situación, a través de su regulación. El autor traslada esta imagen al sistema penal y sostiene que pese a su deslegitimación, el papel del derecho penal es necesario —al igual que en la guerra con el derecho humanitario— para contener márgenes de violencia éticamente intolerables en una sociedad democrática.

VI. Bien jurídico (breve sinopsis del desarrollo del concepto)

Nos ubicaremos dentro de lo que se denomina *garantías sustanciales* de un derecho penal garantista. Centraremos el eje de atención en el concepto de bien jurídico, sobre el cual articularemos un discurso acerca del problema central del derecho penal aplicado a niños y adolescentes en nuestro país: ¿qué prohibir?, ¿qué castigar? y ¿cuándo castigar?⁹⁴ Las respuestas a estas interrogantes deberán lograrse en comunión con las normas internacionales y en el desarrollo de una política criminal centrada en la visión del niño como sujeto de derechos.

El concepto de bien jurídico es un término que arrastra consigo una controversia no resuelta, abierta, con amplios y variados disensos, lo que lo ha vuelto polémico, no exento de debate en el transcurso de su historia y en el ámbito doctrinario (según expresiones de Luigi Ferrajoli, el concepto de bien jurídico involucionó de manera deprimente desde la Ilustración hasta la segunda guerra mundial).⁹⁵

Nos encontramos ante a un término que no es exclusivo del derecho penal y que tiene raigambre en el derecho constitucional. Los bienes jurídicos no son creación del derecho penal, pues estos surgen principalmente del derecho constitucional y el derecho internacional.⁹⁶ En nuestra Constitución podríamos ubicarlos en los artículos 7 y 72 como el marco que proporciona el elenco de bienes jurídicos que deberían ser objeto de preocupación del legislador.

94. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998.

95. Un análisis pormenorizado se puede ver en: Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2004; y Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998.

96. Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar Editores, 2000, parte general, tomo I; y Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, España, Trotta, 1998.

La teoría del bien jurídico reconoce en sus iniciadores a dos autores, Feuerbach y Birbaum.⁹⁷ El primero hundía su pensamiento en el Iluminismo e identificaba al delito con la lesión de un derecho subjetivo. Y el segundo ampliaba esa noción, ya no hablaba de *derechos subjetivos* y comenzaba a usar la denominación *bienes*: "Cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante una pena determinada".^{98 99}

El debate actual en torno al concepto ha sido y es álgido. Debemos mencionar un movimiento teórico latinoamericano que tiene en Eugenio Raúl Zaffaroni a uno de los mayores exponentes. En ese mismo aspecto merecen especial consideración los planteos realizados por el funcionalismo, que se apoya en la idea del derecho penal como garante de la identidad social¹⁰⁰ para indicar la necesidad del concepto de bien jurídico no como límite y sí, en cambio, como reafirmación del poder de la norma. Günter Jakobs, en las antípodas de Zaffaroni, concluye en la poca practicidad del concepto a los fines penales; su función esta sumida a la reafirmación de la norma y opera sobre la base de la fidelidad o no del sujeto hacia ella.¹⁰¹ Este planteo de corte netamente preventista termina haciendo del sujeto un instrumento del derecho penal.¹⁰²

El bien jurídico está entroncado con el principio de lesividad (o de exclusiva protección de bienes jurídicos) y es vertebral para un sistema de JPJ.¹⁰³ Como hemos adelantado, según este principio el derecho penal debe intervenir únicamente cuando se afecten bienes jurídicos, cuestión que hasta el momento estuvo ausente del derecho de menores. "El principio de lesividad es el límite lógico e infranqueable dentro del cual debe operar la ley como instrumento de protección de bienes jurídicos [...] De su actuación conjunta surge una consecuencia ineludible: el carácter meramente instrumental de las descripciones penales", afirma el abogado Gastón Chávez.¹⁰⁴

97. La lista es mucho mayor, incluso Eugenio Raúl Zaffaroni llega a ubicar el uso del concepto en *Malleus malleficarum (El martillo de las brujas)*, libro que según este autor fue el acta de nacimiento del sistema penal que conocemos.

98. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, o. cit., p. 468.

99. Eugenio Zaffaroni ubica el uso del concepto *bien jurídico* en su fase legitimante en el *Malleus malleficarum* y atribuye a Feuerbach y Birbaum el haber comenzado a utilizarlo en su uso limitativo.

100. Günter Jakobs, "El sistema de imputación jurídico penal", en: *Problemas capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

101. Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo, B de F, 2004.

102. Carlos Uriarte, comunicación personal.

103. Carlos E. Uriarte, *Control institucional de la niñez y adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1999.

104. Gastón Chávez Hontou, "La lesividad de la conducta como elemento de la tipicidad", en: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, FCU, núm. 13, diciembre de 2002.

Por todo cuanto hemos dicho, los bienes jurídicos aparecen directamente vinculados con los derechos fundamentales de las personas y condensarían los presupuestos que estas necesitan para su autorrealización en la vida social,¹⁰⁵ por lo que nunca pueden ser considerados exclusivamente sobre un sujeto. El bien jurídico, desde una perspectiva dialéctica y dinámica de la vida social, nos interpela desde un concepto central de la CDN, el de la corresponsabilidad social.

VII. La función del bien jurídico

El bien jurídico se proyecta sobre dos aspectos, uno legislativo y otro de carácter dogmático. Desde el primero le indica al legislador un criterio que no puede soslayar al momento de elaborar la ley: la afectación de bienes jurídicos relevantes previstos constitucionalmente y su efectiva lesión.¹⁰⁶

Desde allí se establece un límite racional para la elaboración legislativa y se ubica la cuestión del bien jurídico en una agencia que generalmente no se visualiza al momento de operar nuestros sistemas penales. Este aspecto, que muchas veces pasa desapercibido, es central para reducir la posibilidad de criminalizar de nuestras agencias legislativas.

Los últimos años son una muestra de la criminalización irracional e indiscriminada que ha vivido nuestro país bajo el manto de la *inseguridad ciudadana*.

La segunda nos sirve para operar en el campo y es producto del debate hermenéutico que se da en la esfera judicial.

VIII. El principio de legalidad

Los bienes jurídicos aparecen descritos en un tipo que surge de la existencia de la norma y nos indican *la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*.¹⁰⁷ Aquí tenemos otro elemento anterior al bien jurídico y de centralidad esencial para su determinación: el principio de legalidad, *nullum crime, nulla poena sine lege*.

105. Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

106. Carlos E. Uriarte, *Control institucional de la niñez y adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1999.

107. Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar Editores, 2000, parte general, tomo I.

De acuerdo con este principio, reconocido en el artículo 10 de nuestra Constitución y en el artículo 40.2.a de la CDN,¹⁰⁸ aquellas acciones que no estén prohibidas están exentas de la autoridad de los magistrados. Este principio fundamental fue abiertamente desconocido en la legislación tutelar. Bastaba la fijación de algún comportamiento considerado problemático, como vagancia, mendicidad o estados afines, para desplegar la acción del sistema de justicia de menores.¹⁰⁹

En un sistema que programó la aplicación de la pena sobre la base de criterios que exceden la estricta legalidad (la ley es condicionada al cumplimiento de todas las garantías para lograr su validez) y jurisdiccionalidad (el juicio requiere todo el conjunto de garantías formales y sustanciales),¹¹⁰ el concepto de bien jurídico provoca una fisura necesaria a un modelo que se asentó en perseguir al niño/adolescente a partir de determinadas características (peligrosidad, temibilidad) o reacciones sociales frente al delito (alarma pública, inseguridad). La aplicación del principio de lesividad penetra allí donde el sistema es fuertemente autoritario e inquisitorial, e intenta poner coto a la intervención punitiva.

Por ello, el lenguaje se torna un elemento clave cuando sabemos que la imprecisión conceptual en el terreno de la niñez y la adolescencia habilitó las peores formas de castigo. El lenguaje cobra un papel fundamental en la ley penal y debe orientarse sobre cuatro ejes: certeza (*lex certa*), irretroactividad (*lex praevia*), ley escrita (*lex scripta*) y prohibición de analogía (*lex stricta*).¹¹¹

IX. Bien jurídico tutelado (uso legitimante) versus bien jurídico (uso limitativo)

Más allá de las diferentes discusiones sobre cuestiones de corte doctrinario que rodean al término bien jurídico, existe un planteo de Raúl Zaffaroni que centra el debate en el título que se anuncia. Este autor, que parte de la deslegitimación de los sistemas penales, ubica la necesidad del concep-

108. "Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron".

109. Rita Maxera, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales el caso Costa Rica", en: *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, UNICEF, Galerna, 1992.

110. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998.

111. Winfred Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy*, Universidad Externando de Colombia, 1998.

to de bien jurídico como exigencia al derecho penal de que cuando inicie su proceso de criminalización tenga en cuenta un bien jurídico tutelado.

Pero esta necesidad de tutela —nos advierte— no es creada por el derecho penal sino que es anterior a él y puede surgir del derecho internacional, del derecho constitucional, etcétera. Zaffaroni reafirma la idea de que el sistema penal no tutela bienes jurídicos y retoma el concepto de bien jurídico como uso limitativo, lo antepone al concepto de bien jurídico tutelado.

Zaffaroni advierte que la discusión sobre la tutela o no del bien jurídico por el derecho penal lo trasciende y nos sitúa en un debate más amplio como el de si la pena sirve para algo. Reclama centrar la atención en el uso limitativo y sus posibilidades de acción concreta en el uso judicial.

Si nos referimos al bien jurídico como tutelado por el derecho penal, estamos invocando una función de protección que el derecho penal no cumple y a su vez le damos una legitimidad que tampoco posee. Además, la afirmación de que el sistema penal tutela bienes jurídicos echaría por tierra el carácter fragmentario de este.

X. Necesidad del concepto trasladado al DPJ

El anclaje del discurso judicial

La práctica judicial está atravesada por valoraciones que exceden al bien jurídico. Esto se aprecia en lo que se conoce como tópicos discursivos, es decir, aquellos puntos procesales, en especial de las resoluciones, en los que se centra el desarrollo de la narración.¹¹² Generalmente esta utiliza elementos de *texturas abiertas* que permiten o habilitan una mayor discrecionalidad del operador.¹¹³

Ejemplo de lo anunciado anteriormente es el tema de la *alarma pública*, un concepto que se traslada sin solución de continuidad del derecho penal o procesal penal de mayores al derecho de la infancia y que significa un enjuiciamiento desde el mundo adulto (la alarma social es, por definición, *adulta*, los que se alarman son adultos).¹¹⁴

Podemos afirmar en igual sentido, los discursos de la continentación e incontinentación, vulnerabilidad, etcétera, que a pesar de no venir del dis-

112. Gianella Bardazano, "El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial", en: *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, FCU, núm. 14, 2004.

113. *Ibíd.*

114. Carlos Uriarte, comunicación personal.

curso jurídico (proviene de discursos médicos, psicológicos o sociales) habilitan al operador judicial a ponderar la magnitud de la pena, generalmente haciéndola más gravosa, ya no en función del daño producido o la afectación a bienes jurídicos, sino a partir de afirmaciones *tecnicistas*, extrañas al principio de lesividad,¹¹⁵ que tienen apoyatura en elementos de la defensa social.

Las medidas de seguridad, denominadas por el CP como medidas de seguridad educativas (artículo 92), han tenido un desplazamiento interesante en el terreno hermenéutico, que golpea de lleno en el nivel de castigo. Sin embargo la praxis judicial creó la medida de seguridad *a secas*.¹¹⁶ Esto fue recepcionado por quienes ejecutaban las sanciones, que debieron desarrollar lógicas de seguridad en los centros de internación (celdas, rejas, guardia perimetral, alambrados, sistemas de monitoreo del agua y las cisternas, etcétera)¹¹⁷ que sin duda han hecho más penoso y duro el pasaje por las cárceles del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU).

La medida de seguridad fue sinónimo de mayor aflicción y control. Su apogeo, mayor inserción práctica y generalización terminológica ocurrieron a finales de los noventa, prácticamente diez años después de haber sido ratificada la CDN. El resurgimiento de esta puede haber obedecido, entre muchos otros factores, a una generalización de la idea de que la inseguridad es provocada la mayoría de las veces por *menores fugados*, con *varias anotaciones*, que *como saben que no les pasa nada*, afirmaciones estas amplificadas por los medios de comunicación, que logran afirmar el poder configurador de los sistemas penales,¹¹⁸ que trasciende los parámetros en los que se debe ubicar la pena en un marco garantista.

Luigi Ferrajoli se refiere a este tipo de discursos (alarma pública, incontinentación, etcétera) como argumentos típicos de *modelos autoritarios de derecho penal*, que para aplicar una sanción utilizan criterios que van más allá del *principio de estricta jurisdiccionalidad*. Este principio, que se alinea procesalmente con el *principio de legalidad estricta*, exige que al momen-

115. Hoy en el ámbito doctrinario la discusión derecho penal de acto o de autor esta prácticamente zanjada hacia el primero, en el entendido de que es más garantista. Se habla de derecho penal de autor de signo invertido (Gonzalo Fernández), de vulnerabilidad (Eugenio Zaffaroni) o de exigibilidad social (Juan Bustos Ramírez) como componentes a tener en cuenta para disminuir el grado de reproche por su situación social, condición socioeconómica, oportunidades sociales, etcétera.

116. En 1992 Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte en su trabajo *Infancia adolescencia y control social* alertaban sobre el surgimiento de este *genus tertius* que denunciaban ilegal.

117. El grupo de trabajo sobre niños privados de libertad en sus informes de los años 1999 y 2000 ya denunciaba esta situación.

118. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación dogmática y jurídica penal*, Bogotá, Temis, 1993.

to de formular el juicio penal el operador conozca o reconozca los aspectos constitutivos del delito y la responsabilidad, y rechaza la posibilidad de incorporar contenidos que no hayan sido considerados previamente por el legislador o que hayan sido formulados por este en forma irrefutable (apodíctica). De lo contrario, el juez estaría *constituyendo* la infracción, en lugar o en defecto del legislador.

La alarma entonces aparece como un concepto que no parte de una certeza, sino todo lo contrario, es una valoración del operador concreto, por lo tanto no habrá forma de medirla (cuando comienza o deja de acontecer), no es *accertable* y por ende no es refutable. Opera simbólicamente a partir de una subjetivación que desde una perspectiva de derechos sigue cosificando al sujeto.

En esta investigación se aprecia algo similar en el caso de los homicidios, para los cuales la respuesta punitiva casi uniforme es la internación. Esto podría deberse a la valoración realizada por la agencia judicial del *bien jurídico vida*; sin embargo, en la justificación de la pena impuesta afloran elementos que responden más a una *sensación popular* de la que jueces y fiscales se hacen eco.

Este asunto no es excepcional ni exclusivo del homicidio. También en los casos seleccionados de delitos de lesiones para medir el grado de pena a imponer en las sanciones aplicadas se opera con elementos ajenos a la lesión. La investigación muestra que la reacción de la justicia no fue imponer sanciones más severas a delitos en los cuales el ataque al bien jurídico es mayor (lesiones, integridad física), a diferencia de lo que ocurre en las tentativas de hurto, en las que el peso de la aplicación relativa de la privación de libertad es mayor. Sin duda en la aplicación de sanciones tampoco se obedece a los principios consagrados en la CDN (en especial excepcionalidad de la privación de libertad y desjudicialización 40.3.b).

XI. Actuación de las agencias en la ponderación del bien jurídico

En los últimos tiempos (especialmente desde la segunda mitad de los noventa) los elementos garantistas han sido los grandes ausentes de las políticas criminales en adultos y en particular en niños. Así, las agencias legislativa, judicial y ejecutiva han desarrollado sus estrategias de control al margen de un planteo que contenga la expansión de los sistemas punitivos. La impronta de la seguridad ciudadana promovió un estado de situación que tuvo como contraparte el endurecimiento de los mecanismos de control.

Basta ver ejemplos: las detenciones se desplazaron de los adultos a los niños. Sin respetar el principio constitucional vigente para las detenciones (artículo 15, flagrancia y orden escrita del juez), los niños son detenidos por su aspecto, por encontrarse en la vía pública, por *ser sospechosos*.¹¹⁹ El aumento exponencial de la judicialización llevó durante el año 2003 a una saturación deteriorante de las condiciones de los niños y adolescentes sancionados en los centros de privación de libertad.

Sobre este punto conviene destacar que en la investigación DNI-UNICEF 2003¹²⁰ el bien jurídico mayormente afectado era la propiedad.¹²¹ En este punto sobresale otro dato relevante: el monto de las infracciones apenas supera los 100 dólares a un valor constante en el período analizado, y el objeto material del delito fue recuperado total o parcialmente. Si se hace una proyección sobre el costo total de todos los delitos cometidos por menores de edad, necesitaríamos que transcurrieran unos 7.000 años para llegar a la cifra de los delitos provocados por los dueños de los bancos quebrados en el año 2002. Inmediatamente nos asaltan los interrogantes: ¿cuál es el criterio judicial para medir la lesividad del acto antijurídico?; y ¿cuál es el juicio de valor judicial para la aplicación de la sanción?

Sin duda el fin instrumental de protección de bienes jurídicos y lesividad se afecta al apreciar que la respuesta en sentido estricto al tipo penal —en este caso mayoritariamente la sanción privación de libertad en niños— desvirtúa los principios desjudicializadores y de última ratio sostenidos por la CDN.¹²²

Harto sabido es que nuestro sistema utiliza criterios de dosimetría para medir el grado de pena a aplicar que no guardan correspondencia con el ilícito y no son coherentes en la perspectiva de ponderación de bienes jurídicos. Se castiga con mayor fuerza el delito contra la propiedad que el delito contra la vida.

Lo anteriormente afirmado se torna aún más grave en relación con el marco normativo internacional, que indica claramente que la sanción a los niños debe ponderarse en razón de que son personas en desarrollo, que

119. Informe no gubernamental de aplicación de la CDN en el Uruguay, período 1996-2000, *La incorporación de los derechos del niño en las políticas públicas en el Uruguay*, Montevideo, Comité de los Derechos del Niño Uruguay, 2000.

120. *Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo*, DNI Uruguay, UNICEF, 2003.

121. Durante el período 1994-1995 el bien jurídico propiedad ocupó el 85% de los delitos seleccionados, mientras que durante el período 1997-2002 ocupó el 81%.

122. En igual sentido Gastón Chávez, en su trabajo *La lesividad de la conducta como elemento de la tipicidad*, analiza estas cuestiones en los delitos de bagatela.

se encuentran conformando su personalidad y con relación a las cuales experiencias sumamente subjetivas como las del tiempo y el espacio deben ser objeto de especial atención para atenuar y morigerar la respuesta de los actores de la agencia judicial en la aplicación de la pena.¹²³

Sin embargo, tales consideraciones son escasamente ponderadas al momento de administrar justicia, lo que afecta la consideración del derecho penal como de *última ratio*, que se reafirma en la CDN en su artículo 40.3.b: “siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”, y en la directriz de Riad número 5, que establece que “sólo en último extremo ha de recurrirse a mecanismos formales de control social”.

XII. La participación social de los niños en los bienes jurídicos

Carlos es un adolescente de 15 años, no completó segundo año de primaria, distingue la B —de su apellido— de la V, si se le recuerda que una de las dos “tiene dos pancitas”. Pronto será padre y cumple una pena de libertad asistida por haber cometido un hurto. Se encuentra nuevamente en sede judicial por sustraerle a una vecina una bolsa de supermercado con comestibles. Cuando se le pregunta por qué lo hizo afirma: “porque tenía hambre, quería comer”.

Este relato es un ejemplo claro de los jóvenes que son conducidos a los estrados judiciales acusados de cometer delitos que nos alarman y nos generan esa sensación de inseguridad. El ejemplo es útil para ubicarnos en una cuestión central: la de la participación de aquellos sujetos seleccionados por los sistemas penales en los bienes jurídicos, el rol de garante del Estado y la corresponsabilidad social.

En nuestro país las personas menores de 18 años son golpeadas con singularidad por la pobreza; esta situación se caracteriza por los siguientes aspectos centrales:

1. La reproducción biológica de la población de Uruguay está a cargo de los sectores en situación de pobreza, de los sectores excluidos del ejercicio de sus derechos, la pobreza se concentra en los NNA.
2. NNA: los más pobres de la sociedad. En Uruguay la población menor de 18 años es la que absorbe los mayores costos de la pobreza, ya

123. Emblemático es el artículo 40 de la CDN al establecer la excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad

que la relación entre la pobreza general y la de los niños es siempre desfavorable para los niños, en general llega casi a duplicarla. Cuanto más joven es un uruguayo más probabilidades tiene de ser pobre.

3. Aumentó el control penal sobre la infancia y adolescencia: desde el año 1994 al año 2002 el control punitivo sobre la infancia y la adolescencia se ha incrementado, ello se registra en los tres subsistemas que construyen el control social punitivo formal: las detenciones policiales se han incrementado más de 25% en el período y el 17% son ilegales y arbitrarias; la judicialización de niños, niñas y adolescente ha crecido 165%; y la aplicación de la privación de libertad aumentó 48% entre 1999 y 2002.¹²⁴

Según Juan Bustos Ramírez, la posición del sujeto con relación a los bienes jurídicos es central para medir el grado de reproche. Por lo tanto, si se toman en consideración los datos anteriores y se traslada esta idea sobre la exigibilidad social,¹²⁵ el reproche que se despliega sobre una persona que no estudió, vive en la calle y comete un hurto no debe ser el mismo que se despliega sobre aquel sujeto que comete el mismo delito, pero tiene sus necesidades satisfechas y realizó estudios terciarios. La exigibilidad no debería ser la misma en aquel cuya participación social en el disfrute de los bienes jurídicos es prácticamente inexistente.

Los datos de la realidad nos indican que la participación social en el goce de bienes jurídicos de los menores de 18 años seleccionados por las agencias penales es prácticamente inexistente; son jóvenes, pobres y escasamente escolarizados, los *descartables del sistema*.

Siguiendo la línea de razonamiento de Bustos, la lesión al bien jurídico por la que se le aplica derecho penal debe ponderarse en razón de la participación de ese adolescente en los bienes sociales: **a menor participación en bienes jurídicos, mayores posibilidades de escapar a un proceso de criminalización.**

124. Todos los datos son del libro *Discriminación y derechos del niño en Uruguay. La voz de los niños, niñas y adolescentes*, Montevideo, Comité Derechos del Niño Uruguay, 2004, extraídos de fuentes oficiales, no gubernamentales y de organismos internacionales.

125. Juan Bustos Ramírez, "Enfoque dogmático del bien jurídico, la reprochabilidad y la punibilidad", en: *Cuadernos de la cárcel*, Mary Ana Beloff et al., edición especial de *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1991.

XIII. Conclusión

Durante décadas los sistemas de administración de justicia minoriles institucionalizaron y condenaron a niños sin respetar el principio de legalidad, y sin que se lesionaran bienes jurídicos. Formaban parte de la autoridad y competencia de los magistrados aquellas acciones que la ley no prohibía y aun las que la ley expresamente permitía, pero con el argumento de proteger derechos decidía por encima de la voluntad de los niños y los adolescentes.

Los efectos fueron devastadores: separaciones familiares, institucionalizaciones tempranas, sin tiempo, cosificación del niño, hijos del Estado,¹²⁶ etcétera. En la historia reciente la experiencia nos indica que la cuestión penal sigue siendo un apéndice del derecho de adultos que trasladado al derecho de niños y adolescentes se presenta discontinuo y sin una apoyatura que reconozca que no nos encontramos frente a un adulto.

El esfuerzo hermenéutico por lo tanto es doble: desarrollar el concepto tal como se pensó para los adultos y volcarlo a la infancia para recoger lo que es propio del derecho de la niñez. La regulación en nuestro derecho del concepto de bien jurídico debe articularse con otros elementos centrales de la teoría del delito. De su lectura se vislumbra la necesidad de trasladar el concepto al derecho de niños y adolescentes con un anclaje en concebirlo como un sujeto igual en derechos y garantías pero diferente del adulto.

La lesión a bienes jurídicos requiere una agresión y una afectación de los mismos, si no existe ese presupuesto mínimo indispensable no tiene razón de ser la intervención penal. Por tanto la ponderación de los bienes jurídicos fundamentales es central para desarrollar un sistema garantista (nuestro sistema se caracteriza por su irracionalidad al ponderarlos).

Como se afirma en este informe, el sistema previsto en las normas nacionales presenta déficits en la ponderación de bienes jurídicos y en la dosimetría. Es necesario pensar la cuestión penal juvenil desde un marco que no pueden ser el de los adultos y el derecho penal de adultos.

En ese sentido deben replantearse cuestiones clave para la aplicación de la pena, por ejemplo qué modalidad se adopta para tipificar conductas. No puede seguir pensándose un derecho delegado al de adultos. Deberá revisarse qué consideración tendrá con las etapas del delito (la consuma-

126. Según descripción de Luis Eduardo Moras en su trabajo *Los hijos del Estado*.

ción o no del delito, artículos 5 y 87 del CP), las formas de participación (la autoría, coautoría o complicidad, artículos 60-62 y 88-89) y la apreciación del dolo y la culpa (artículos 18-20).¹²⁷

También se deberán incorporar los criterios rectores de la CDN, como el interés superior, la no discriminación y, fundamentalmente, la corresponsabilidad social. Así como la desjudicialización, brevedad y excepcionalidad de la privación de libertad, las penas alternativas son imperativos normativos que surgen claramente del texto del tratado. Desde ese marco el adolescente no es ya un *adulto en miniatura*, la construcción del sistema de respuesta penal debe reconocer esto como premisa básica para el desarrollo de cualquier planteo legal.

A su vez, experiencias muy propias y características de la etapa de la vida en que se encuentran deben ser objeto de especial ponderación (del legislador y del aplicador del derecho). La forma de relación con sus pares, la cuestión del poder y la rebeldía, la exigencia de conducirse y ser previosores en su relaciones sociales, la subjetivación del tiempo y del espacio (Uriarte, 2005), entre otras muchas cuestiones, deben convocarnos a pensar la lesividad desde un parámetro que no es más el del adulto, hombre y blanco, que nos lleva operar como reductores de la respuesta penal.

Estos planteos prácticamente no han sido desarrollados en nuestro país. Una política para infractores a la ley penal debe articularse sobre principios del derecho penal y sobre la respuesta específica que surge de los instrumentos internacionales.



127. La experiencia legislativa reciente no toma cuenta de cuestiones como la madurez o características de la edad para atemperar la persecución penal. El nuevo CNA, por ejemplo, al perseguir las infracciones culposas le exige al adolescente un deber de comportarse que no excluye la imprudencia como un rasgo característico de quien se encuentra configurando su personalidad.

Segunda parte



Análisis empírico
del principio de proporcionalidad

Capítulo

IV

Análisis empírico
de la aplicación
del principio de proporcionalidad
en Montevideo (1994-2002)

I. Introducción

La intención de este capítulo es arribar a un diagnóstico sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la justicia juvenil de Montevideo en el período que va desde el año 1994 hasta el año 2002. Utilizaremos los datos extraídos de una muestra de 193 expedientes, representativos del total de casos que han pasado por este sistema en el mentado período.

Ahora, el camino que se ha de recorrer para pasar de la discusión de un principio general que oriente las prácticas judiciales a un análisis de ciencias sociales que se proponga *medir* o *evaluar* el cumplimiento de tal principio es sumamente arduo y requiere de algunas decisiones.

El primer paso es definir el problema en términos operativos, es decir, de manera que los datos nos puedan hablar de él. Entenderemos, entonces, en este apartado por proporcionalidad una suerte de relación entre la infracción que el sistema de justicia le adjudica a un adolescente y la respuesta que el propio sistema define ante dicha infracción, en la que el principio establece una relación entre ambos componentes. Una de las formulas posibles de correlación refiere que a mayor *gravedad* de la infracción cometida corresponde una mayor *severidad* en la sanción a aplicar y viceversa. Pero no podemos adelantarnos en los juicios, ya que las mismas normas internacionales ratificadas por Uruguay (a las que se hace referencia en el capítulo I), que propugnan este principio, lo hacen como mecanismo para limitar el poder punitivo del Estado, es decir, se propone establecer topes máximos para la restricción de derechos que implican las distintas sanciones.

El establecimiento de máximos de aplicación de las medidas socioeducativas, utilizando la nomenclatura del CNA pero sin olvidar que significan imposiciones que reducen el ejercicio de derechos, leído desde el principio de proporcionalidad no significa el simple escalonamiento de las sanciones, sino minimizar lo más posible las consecuencias negativas de la privación de derechos que pueda implicar la sanción. Esta interpretación hermenéutica pone en juego las relaciones entre los derechos de los adolescentes sometidos a proceso y los derechos de la sociedad. La aplicación del principio del interés superior del niño implicará procesar de alguna forma la tensión irresoluble que será saldada en cada caso concreto con la decisión del magistrado, es decir, creando derecho e incidiendo en la vida de los adolescentes. La obligación jurídica de sancionar de la manera me-

128. Excluye el año 1996 por ser un año de transición, fuertemente marcado por la incorporación de programas de LA al sistema de sanciones de la Justicia Juvenil.

nos gravosa posible se ejemplifica en el artículo 40 de la CDN, que plantea el uso excepcional, por el menor tiempo posible y, desde algunas perspectivas, tendiendo a la eliminación progresiva de la privación de libertad como sanción en los sistemas de justicia juvenil.

Los artículos 37 y 40 aparecen como normas específicas que marcan orientaciones en clave de reducción del ejercicio del poder penal en una cascada de minimización punitiva.

El DPJ mínimo de la Convención¹²⁹

Prohibición de la pena de muerte y de la prisión perpetua (artículo 37).

Prohibición de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37).

Que ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (artículo 37).

Privación de libertad únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (artículo 37).

Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y teniendo en cuenta las necesidades de las personas de su edad (artículo 37).

Aplicación de medidas no privativas de libertad

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción (artículo 40).

Desjudicialización. Siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (artículo 40).

Como puede observarse, esta es la distribución ideal del modelo de sistema penal juvenil que nos propone la Convención en la medida que la privación de libertad es excepcional y la tendencia debe orientarse a resol-

129. Tabla extraída de Diego Silva Balerio, *Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, interpretaciones de política criminal*, 2005 (inérito)

ver los conflictos sin recurrir a procedimientos judiciales. Por esa razón las medidas no privativas de libertad se agrupan en el centro. Esta pirámide representa un proyecto de reducción del ejercicio del poder punitivo sobre la adolescencia, lo que implica una clara disminución de las posibilidades de ejercicio de la violencia institucional.

En términos generales nos vamos a interesar por dos aspectos: 1) la evaluación de la gravedad de la sanción que corresponde a cada infracción, que nos permitirá dar cuenta de la *racionalidad*¹³⁰ del sistema; y 2) el grado de imposición de castigo, tanto en términos generales como para cada infracción, es decir, la *severidad*¹³¹ del sistema.

A pesar de que nuestro objetivo parece sencillo, a medida que nos acercamos a la información disponible en los expedientes el proceso se torna cada vez más complejo. En primer lugar, para saber cuál fue el delito tipificado por el juez debemos considerar que en el expediente figuran dos sentencias, una interlocutoria y otra definitiva. Pero para determinar cuál fue la sanción recibida por un adolescente debemos considerar tres elementos: la sentencia interlocutoria, la sentencia definitiva y el cumplimiento efectivo de la sanción. Y la información contenida en los expedientes no se comprende sin realizar un breve repaso del funcionamiento típico del sistema penal juvenil antes de la puesta en vigencia del CNA.

En la gran mayoría de los casos, inmediatamente después de que un adolescente era acusado de cometer una infracción tenía lugar una audiencia ante el juez en la que se reunían las partes, analizaban el caso y llegaban a determinar una sanción, que no tendría efectos legales sobre la vida del adolescente pero sí efectos reales. Esta audiencia, cuyo producto se denomina *sentencia interlocutoria*, implicaba la apertura del caso con una decisión provisoria y a la espera de una *sentencia definitiva*, que sí tendría efectos legales en términos de establecer la culpabilidad del adolescente. Es por ello que tanto la tipificación de la infracción como la sanción determinada podrían extraerse de una u otra instancia. Además, si se considera que la sanción definitiva no siempre coincide con la determinada en estas audiencias, parece razonable tener en cuenta la sanción efectivamente cumplida.

130. Se entiende por tal la coherencia interna del sistema penal juvenil en clave de aplicación del enfoque de derechos humanos que significa la distribución de sanciones que se grafican en la pirámide presentada anteriormente.

131. Lo tomamos en el primer sentido que otorga el Diccionario de la Real Academia Española al adjetivo *severo*: *riguroso, áspero, duro en el trato o castigo*.

Con respecto a las sentencias, la conclusión número 14 de nuestra investigación anterior se preguntaba: "¿La sentencia interlocutoria es la definitiva?",¹³² y aportaba los siguientes datos:

Los casos con sentencia definitiva son el 40% en el promedio de ambas muestras. Además, en más del 90% de las sentencias interlocutorias se aplican sanciones, más de la mitad sin determinar su duración. Por otra parte, en el 38,7% de los casos en 1994-1995 y en el 56,5% en 1997-2002 los jueces disponen en las sentencias definitivas que se dé por cumplida la medida dispuesta (DNI-UNICEF, 2003: 213).

Además de los datos expresados en la cita precedente, debemos considerar que las sanciones duran en promedio cinco meses y medio, y que en el 40% de las sanciones impuestas por sentencia definitiva esa sentencia tiene lugar recién al año¹³³ de iniciado el procedimiento con la sentencia interlocutoria. Estos datos nos inclinan a responder positivamente la pregunta que planteábamos en la conclusión 14, y con ello concluir que para analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema de justicia juvenil resultan mucho más relevantes la infracción tipificada y la sanción determinada en la sentencia interlocutoria que las determinadas en la sentencia definitiva.

¿Qué resultados se pueden esperar de este análisis empírico de la proporcionalidad?

Uno de ellos sería una suerte de *escala de correspondencia* (o proporción) entre infracciones y sanciones (con determinadas *racionalidad* y *severidad*), cuyos descripción y análisis se convertirán en el primer elemento del diagnóstico.

Pero como prematuramente se podrá observar en los datos, conocer la infracción en ningún caso es suficiente para saber sanción. Ello muchas veces involucra un análisis más complejo que considere también otros factores, distintos de la infracción cometida y por tanto *metaprocesales* o *extrajudiciales*, que tendrían una incidencia en la determinación de la sanción. La cuantificación de la incidencia de estos factores metaprocesales y la identificación del sentido en que operan serán los componentes constitutivos del segundo elemento de diagnóstico desarrollado en el próximo capítulo del informe.

El cumplimiento efectivo y la duración de la sanción constituirán el tercer elemento de diagnóstico.

132. La investigación de IACI-Fundación Konrad Adenauer (2004: 106) llega a conclusiones similares: "La práctica sistemática de la aplicación de las medidas cautelares siempre que se inicia un procedimiento por infracción adolescente a la ley penal transforma la cautela en una sanción anticipada".

133. Doce meses y medio fue el promedio de tiempo que transcurría entre que era dictada la sentencia interlocutoria y la definitiva.

II. Escala de correspondencia entre infracciones y sanciones

Instrumentos

El objetivo de este apartado es cruzar las infracciones tipificadas en la sentencia interlocutoria con las sanciones determinadas en esa misma ins-

Cuadro 1. Distribución de la figura delictiva según los expedientes

Figura delictiva según expediente	Número de casos	Porcentaje
Hurto	64	33,3
Rapiña	27	14,0
Lesiones	6	3,1
Homicidio	4	2,1
Violación	2	1,0
Tentativa de hurto	28	14,7
Disparo con arma de fuego	2	1,0
Atentado violento al pudor	1	0,5
Rapiña agravada	13	6,7
Homicidio agravado	2	1,0
Tentativa de hurto agravada	1	0,5
Hurto agravado	13	6,7
Cómplice de hurto	1	0,5
Complicidad rapiña agravada	1	0,5
Tentativa de homicidio	2	1,0
Tentativa de rapiña	1	0,5
Lesiones culpable	1	0,5
Comercialización sustancias tóxicas	1	0,5
Coautor tentativa rapiña	4	2,1
Omisión de asistencia	1	0,5
Daño	1	0,5
Homicidio culposo	1	0,5
Cómplice hurto agravado	1	0,5
Estafa	1	0,5
Apropiación indebida	4	2,1
Lesiones gravísimas	3	1,6
Suministro	1	0,5
Atentado	1	0,5
Amenaza	1	0,5
No hay mérito para imputación	3	1,6
Sin dato (SD)	1	0,5
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

tancia con el fin de rastrear el comportamiento del sistema en términos de proporcionalidad. Pero antes de pasar a ver los resultados, conviene presentar las variables a utilizar. En el cuadro 1 se muestra el total de casos para cada una de las 29 diferentes tipificaciones halladas en los expedientes.

Pero aún son necesarias dos operaciones con esta variable antes de realizar un análisis de proporcionalidad. En primer lugar, ordenarlas según la gravedad de la infracción, y en segundo, agrupar las infracciones para tener menos categorías y superar el análisis de casos particulares. El resultado se muestra en la siguiente tabla.

Cuadro 2. Distribución de la figura delictiva según los expedientes, en cuatro categorías

Figura delictiva según expediente	Número de casos	Porcentaje
Homicidios, violaciones y lesiones (HVL)	21	11,1
Rapiña	46	24,3
Hurtos	108	57,1
Infracciones de menor gravedad (IMG)	14	7,5
Total	189¹³⁴	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

El orden de las infracciones según su gravedad es un tema sumamente discutible. En el presente trabajo se tomó como referencia el CP uruguayo, y se agregaron dos criterios complementarios: primero, valoramos a la persona humana por encima de la propiedad; segundo, evaluamos el móvil de la infracción.

Si excluimos el heterogéneo conjunto que hemos denominado *infracciones de menor gravedad* (IMG), el primer criterio nos permite colocar al hurto en el extremo inferior de la escala en tanto es el único que afecta de manera exclusiva a la propiedad. El segundo nos permite colocar a las rapiñas por debajo de las lesiones, en tanto las primeras afectan tanto a la propiedad como a las personas pero tienen como móvil la propiedad, y las segundas afectan y tienen como objeto la afectación de la integridad física de las personas. El segundo criterio también nos obliga a aclarar, tanto para las lesiones como para los homicidios, cuando se trate de casos *culposos* en tanto no medió intención de lesionar a otro sujeto. De todos modos la presentación de los datos será lo suficientemente amplia como para permitir otras lecturas, sustentadas en valoraciones alternativas a la aquí que se presenta.

134. Este total proviene de restar a los 193 iniciales los tres casos sin mérito para imputación y el caso SD en el expediente acerca de la infracción imputada.

Un proceso similar se necesita para incluir la sanción en el análisis de proporcionalidad. El estado original de la variable que presentamos en la siguiente tabla —sanción determinada en la sentencia interlocutoria— es

Cuadro 3. Distribución de la sanción determinada en la sentencia interlocutoria

Sanción	Número de casos	Porcentaje
Internación CMS ¹³⁵	29	15,3
Internación SMS ¹³⁶	7	3,7
Internación sin especificar	33	17,3
Reinternación en el INAME ¹³⁷	9	4,7
LA	40	21,1
LA y tratamiento PPD ¹³⁸	1	0,5
Tratamiento PPD	1	0,5
Arresto domiciliario	5	2,6
Arresto domiciliario con seguimiento o control	14	7,4
Seguimiento o informes del DAS ¹³⁹	22	11,5
Seguimiento y tratamiento PPD	1	0,5
Prohibiciones	2	1,1
Trabajo comunitario	1	0,5
Mediación	1	0,5
Apercibimiento	2	1,1
Presentarse en sede policial o judicial	8	4,2
Entrega a responsables	5	2,6
Internación por amparo	2	1,1
Reinternar CMS	2	1,1
Internación y LA	2	1,1
Internación con medidas y tratamiento PPD	1	0,5
Arresto domiciliario, seguimiento y tratamiento PPD	2	1,1
Total	190¹⁴⁰	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

135. Con medidas de seguridad.

136. Sin medidas de seguridad.

137. Instituto Nacional del Menor.

138. Psicológico, psiquiátrico y por drogas.

139. Departamento de Asistencia Social del Poder Judicial.

140. La diferencia de tres casos con la tabla anterior proviene de que no es esperable una sanción para los casos en los que no se encontró mérito para imputación.

bastante similar al de las infracciones; encontramos 22 tipos de sanciones diferentes.

Esta gran diversidad puede agruparse en tres categorías con relevancia teórica: *privación de libertad*, LA y una tercera que agrupa las sanciones con menor restricción de derechos y que hemos denominado *sanciones de menor punición* (SMP).

Cuadro 4. Distribución de la sanción determinada en la sentencia interlocutoria, en tres categorías

Sanción	Número de casos	Porcentaje
Internación	85	44,7
LA	41	21,6
SMP	64	33,7
Total	190	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

En este caso están ordenadas de mayor a menor limitación de derechos que implica cada sanción. Si bien la categoría intermedia, LA, no necesita aclaraciones, en cambio es bueno hacer algunas respecto de las otras dos, los extremos.

Existen dos motivos fundamentales para agrupar las sanciones de internación CMS y SMS en una sola categoría. El primero es que en más de la mitad de los casos en los que el juez decidió que la internación era la medida conveniente ante la infracción no especificó si esta debía ser CMS o sin ellas; de modo que tendríamos tres categorías de internación, de las cuales *sin especificar* sería la más importante. El segundo motivo es que conceptualmente la internación implica privación de la libertad según la regla 11.b,¹⁴¹ que registra la mayor magnitud de afectación de los derechos de los adolescentes. En suma, tanto el criterio teórico-práctico como el puramente teórico implican que trabajemos con una categoría amplia de sanción, que conlleva una fuerte dosis de restricción de derechos, la privación de libertad.

141. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. 11. A los efectos de las presentes reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley; b) **Por privación de libertad se entiende 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.**

En el otro extremo de las sanciones, y continuando con el establecimiento de un orden fundado en la privación de derechos que implica cada una, encontramos dentro de la categoría SMP una cantidad de sanciones que tienen en común pequeñas y variadas dosis de privación de derechos. En esta categoría tenemos sanciones del tipo *arresto domiciliario, apercibimiento, tratamiento psicológico, psiquiátrico y por drogas*,¹⁴² *seguimiento*,¹⁴³ *tareas comunitarias, presentarse en comisaría, prohibiciones, mediación*, etcétera.

Repasemos. El orden en cuanto a gravedad de las sanciones proviene de su cualidad en tanto afecte o restrinja el ejercicio de derechos. De menor a mayor tenemos: SMP, LA y privación de libertad. Pero, ¿cuándo entenderemos que un determinado factor *endurece* en términos de sanciones la respuesta del sistema ante las infracciones?

El caso más sencillo de interpretar se presenta cuando observamos un incremento de los privados de libertad y una reducción de las SMP, mientras se mantiene constante el número de casos de LA. En este caso habría que interpretar que se produjo un endurecimiento de las sanciones.

Pero el hecho de que podamos ordenar las sanciones de menor a mayor afectación de derechos no implica que las concibamos equidistantes. En efecto, pensamos que el impacto que implica en la vida de un adolescente la privación de libertad hace que esta categoría tenga cualidades diferenciales, y por tanto la consideremos sumamente distanciada de las otras dos medidas-sanciones que no implican limitar el ejercicio del derecho libertad ambulatoria, intimidad, contacto con la familia, entre otros derechos menoscabados. En este sentido, independientemente de que se produzcan o no modificaciones en las restantes sanciones, frente a cualquier incremento de la privación de libertad podremos interpretar que las sanciones se han endurecido.

III. Análisis

Racionalidad

La pregunta que se plantea en este apartado es si una infracción más grave implica efectivamente una sanción más grave. Cada vez que utilicemos el término *racionalidad* nos estaremos refiriendo estrictamente a di-

142. Y todas las combinaciones posibles.

143. Seguimiento por alguna oficina técnica, generalmente el DAS.

cha acepción. La siguiente tabla muestra —en porcentajes— las distintas sanciones para cada infracción.

Cuadro 5. Distribución de la sanciones para cada infracción

Sanción	HVL	Rapiñas	Hurtos	IMG	Total
Internación	61,9	58,7	37,0	28,6	44,4
LA	14,3	28,3	21,3	14,3	21,7
SMP	23,8	13,0	41,7	57,1	33,9
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Nº de casos	21	46	108	14	189

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

El primer paso de este análisis resulta bastante obvio y consiste en hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál es la sanción más común para cada infracción? El cuadro 1 nos muestra la siguiente distribución: las sanciones más comunes para las IMG son aquellas que implican una menor privación de derechos; en el caso de los hurtos, las sanciones más frecuentes son las extremas (internación y SMP); mientras que para los homicidios, las violaciones y las lesiones por un lado, y las rapiñas por el otro, la sanción más común es la privación de libertad.

Si ordenamos las infracciones de mayor a menor porcentaje de sancionados con privación de libertad obtenemos lo siguiente: HVL, rapiñas, hurtos e IMG. En el siguiente apartado nos concentraremos en las implicancias, desde una perspectiva de derechos, de observar niveles tan altos de privación de libertad; pero por el momento estamos avocados a la comparación entre infracciones. En este sentido, el orden determinado por los porcentajes de privación de libertad coincide con la gravedad de las infracciones, excepto en la comparación entre las dos categorías más graves (HVL y rapiñas), en que la diferencia es prácticamente insignificante, por lo que sería razonable considerar que presentan niveles de internación equivalentes.

Por otra parte, si ordenamos los distintos tipos de infracción a partir del otro extremo (las sanciones más leves), el resultado es el siguiente: IMG, hurtos, HVL y rapiñas. De manera que la similitud que observábamos en la gravedad con que se sancionaban a las rapiñas por un lado y a HVL por otro, se modifica si utilizamos a las SMP para la comparación.

En síntesis, parecería que a nivel general las infracciones más graves son sancionadas de forma más severa, con una salvedad no menor: las

rapiñas son sancionadas con más severidad que el conjunto HVL. Esta verificación final implica, desde algunas perspectivas, una grave afectación al principio de proporcionalidad, en tanto se privilegiaría el bien jurídico propiedad por sobre bienes de un estatus superior, como pueden ser la integridad física y psicológica de las personas, o incluso la vida.

Racionalidad para hurtos

El número de casos tipificados con esta infracción en la muestra de expedientes nos permite repetir el ejercicio de analizar la proporcionalidad, pero esta vez sólo para el universo de los hurtos. La notoria preponderancia de esta infracción en el sistema penal juvenil lo justifica desde el punto de vista teórico. En la siguiente tabla se muestra la distribución de los seis tipos diferentes de hurto hallados en la muestra, ordenados de menor a mayor gravedad según la duración máxima y mínima de las penas en el CP uruguayo.

Cuadro 6. Distribución de la sanciones para cada tipo de hurto

Tipo de hurto	Número de casos	Porcentaje
Cómplice	1	0,9
Tentativa	28	25,9
Simple	64	59,4
Cómplice agravado	1	0,9
Tentativa agravada	1	0,9
Agravado	13	12,0
Total	108	100,0

Fuente: Muestra de expediente judiciales, 1994-2002.

Con el objeto de viabilizar la comparación, los distintos tipos de hurtos pueden ser agrupados en tres categorías: graves, simples y leves. Se incluyen en los hurtos graves aquellos tipificados con gravedad, y entre los leves los tipificados en grado de tentativa o por complicidad. El cuadro 7 nos muestra el resultado de comparar la gravedad con que son sancionados los adolescentes imputados por estas tres categorías de hurtos.

El cuadro muestra que a medida que disminuye la gravedad del hurto disminuye también el porcentaje de adolescentes sancionados con internación y aumenta el de sancionados con menores cargas punitivas. Es decir, que cuanto más grave es el tipo de hurto tipificado más grave sería la san-

Cuadro 7. Distribución de la sanciones para cada tipo de hurto

Sanción	Tipos de hurtos			Total
	Graves	Simples	Leves	
Internación	53,3	39,1	24,1	37,0
LA	46,7	15,6	20,7	21,3
SMP	0,0	45,3	55,2	41,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0
Nº de casos	15	64	29	108

Fuente: Muestra de expediente judiciales, 1994-2002.

ción determinada en esta instancia. Este resultado, de aparente respeto del principio de proporcionalidad en el funcionamiento del sistema penal juvenil uruguayo, puede ser fuertemente cuestionado si observamos que más de uno de cada tres adolescentes procesados por hurto entre los años 1994 y 2002, en plena vigencia de la CDN, fueron sancionados con privación de libertad. Precisamente, el siguiente apartado se dedica al tema de la *severidad* en la aplicación de sanciones.

Severidad

En el apartado anterior se propuso una descripción de la mayor o menor gravedad con que eran sancionadas las distintas infracciones según la gravedad de la afectación de bienes jurídicos. Los datos no resultaron del todo consistentes con las hipótesis rivales. De la comparación surgía que en algunas ocasiones infracciones menos graves implicaban sanciones con menor afectación de derechos, mientras que en otras ocasiones este principio básico de la justicia juvenil no se cumplía.

En el presente apartado nos preocuparemos por otro corolario del principio de proporcionalidad: la limitación del poder punitivo del Estado y la reducción del efecto negativo contenido en la privación de derechos que implica la sanción, en particular la tendencia hacia la eliminación progresiva de la privación de libertad.

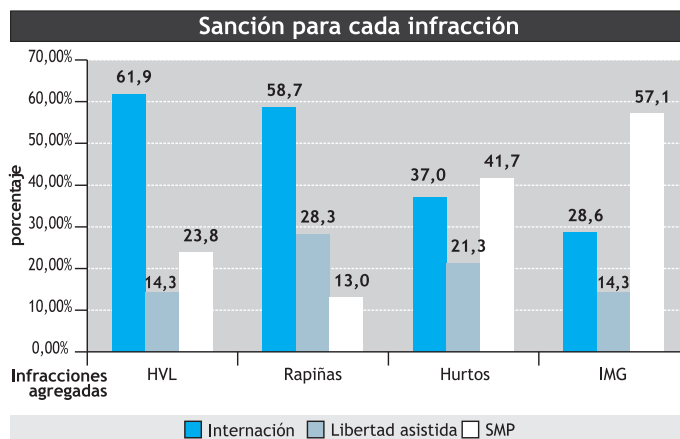
La noción básica de *progresividad* que proponemos evaluar presupone un orden de prelación que va desde la no judicialización hasta la privación de libertad, e incluye las sanciones intermedias ordenadas de menor a mayor punición. Asimismo, la necesaria *progresividad* del sistema se establece claramente en la especificidad del principio en la justicia juvenil y proviene de las normas específicas en los derechos del niño. En la justicia juvenil no debe encontrarse la sanción más *adecuada* para cada infrac-

ción, porque su especificidad indica que la sanción será más adecuada cuanto menor menoscabo de sus derechos incluya. El orden de prelación señala que el sistema penal juvenil debe considerar —ante cada caso— en primer lugar la desjudicialización e iniciar un proceso a partir de circunstancias particulares que lo justifiquen, y sucesivamente, con el mismo criterio, debe justificar la aplicación de sanciones con mayor grado de privación de derechos. La correcta aplicación de la noción de *progresividad* supone la desjudicialización de los NNA como principal respuesta del sistema.

A estos efectos, cambiaremos la mirada y en vez de comparar entre las distintas infracciones nos vamos a fijar, por un lado, en cuán duramente es sancionada cada una de ellas, y por otro, con qué frecuencia es usada cada una de las sanciones para el conjunto de los adolescentes imputados. El resultado que debemos esperar aquí, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es que para cada infracción las sanciones que impliquen una menor afectación de derechos constituyan la modalidad sancionatoria más importante, y que luego opere un descenso que llegue a observar la privación de libertad como sanción excepcional. Esta estructura de sanciones se inspira en el modelo normativo propuesto por la CDN, y puede representarse gráficamente de forma muy clara con la imagen de la pirámide que presentamos en la segunda página de este capítulo.

El siguiente gráfico reproduce los datos del cuadro 5 acerca de las distintas sanciones para cada categoría de infracción, pero posibilita observar qué estructura de sanciones presenta cada una de ellas y establecer comparaciones con la propuesta de la CDN.

Gráfico 1. Porcentaje de sanción aplicada, por tipo de infracción



Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

IMG

La falta de casos no permite evaluar porcentajes confiables, pero las frecuencias absolutas observadas permiten hacer algunos breves comentarios. Del total de 14 casos registrados en el período, 8 recibieron SMP, 2 recibieron LA, y 4 recibieron internación. En función de la dimensión del principio de proporcionalidad que intentamos observar (severidad), y para este conjunto heterogéneo de infracciones, podemos decir que los resultados despiertan algunas inquietudes. Por un lado, el hecho de que las SMP hayan sido el tipo de sanciones más frecuentes aparece como un resultado ajustado a la propuesta de la CDN. Pero al mismo tiempo, el hecho de que haya sido sancionado con privación de libertad prácticamente uno de cada tres no aparece como una proporción que dé cuenta de un fenómeno excepcional.

Hurtos

En el gráfico 1 se observa la incidencia de las tres medidas utilizadas para sancionar hurtos¹⁴⁴ en el período 1994-2002. En este sentido, el 41,7% del total de hurtos recibe SMP, mientras que LA alcanza una proporción del 21,3%, y privación de libertad llega al 37,0%. Las SMP registran la mayor incidencia, por lo que, como conjunto de sanciones más respetuosas de los derechos de los NNA, resultaría un buen indicador. Sin embargo, si se observa la incidencia de las sanciones en conjunto llama la atención que más de uno de cada tres NNA hayan recibido privación de libertad, mientras sólo uno de cada cinco recibió LA como sanción. No sólo es preocupante el hecho de que los hurtos hayan sido sancionados en más ocasiones con privación de libertad que con LA, sino también la verificación de que la privación de libertad por una infracción de hurto, que atenta exclusivamente contra la propiedad, fuera una sanción frecuente, es decir, de ninguna manera excepcional.¹⁴⁵

Rapiña

El gráfico nos permite observar que el principio de proporcionalidad está muy lejos de ser respetado, en particular en la dimensión que implica al concepto de progresividad. El 58,7% de los NNA que cometieron esta infracción en el período fue sancionado con privación de libertad.¹⁴⁶ Pero

144. Como *hurtos* se consideran todos los tipos de hurto agregados.

145. Todas las subcategorías del hurto cuentan con sanciones privativas de libertad; incluso los *hurtos en grado de tentativa*.

146. Exceptuando cinco casos tipificados como *complicidad en rapiña agravada* y *coautor de tentativa de rapiña*, los restantes 34 casos que aparecen en la muestra están distribuidos, de acuerdo con sus sanciones, en franca contradicción con el principio de proporcionalidad. Tanto el caso de *tentativa de rapiña* privado de libertad como la graduación de las *rapiñas simples* y *rapiñas agravadas*, con un mayor peso cuanto más privativa la sanción, subrayan la mentada contradicción.

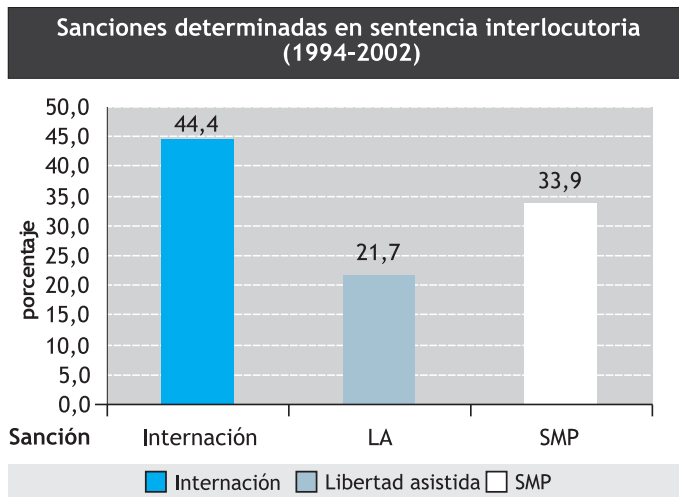
no se observa sólo que la sanción que debería ser excepcional es la más frecuente, sino además que las sanciones más leves (SMP) son las de menor incidencia, alcanzan apenas el 13%. Finalmente, si consideramos que el 28,3% de los casos fue sancionado con LA, podemos concluir que las rapiñas presentan una estructura de sanciones prácticamente inversa a la propuesta por la CDN.

HVL

En el gráfico 1 se puede observar la incidencia de las sanciones sobre el conjunto de HVL. La falta de casos no permite evaluar porcentajes confiables, pero las frecuencias absolutas observadas permiten hacer unos breves comentarios. Del total de 21 casos registrados en el período, 13 recibieron internación (61,9%), 3 recibieron LA y 5 recibieron SMP. Para el conjunto de las infracciones graves resulta llamativa la ausencia de casos de LA, ya que dicha sanción surgió como una *alternativa* a la privación de libertad para circunstancias en las que el bien jurídico afectado fuera de tal gravedad que la intervención del Estado se transformara en obligatoria.

Una vez completa la mirada sobre los distintos grados de *severidad* con que fueron determinadas las sanciones para cada una de las infracciones, conviene ampliar el horizonte y observar cuáles fueron las sanciones determinadas para el conjunto de los adolescentes. El siguiente gráfico resume el porcentaje de adolescentes que recibió cada una de las sanciones.

Gráfico 2. Tipo de sanción determinada en la sentencia interlocutoria



Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Desde un enfoque de derechos el resultado del gráfico no es muy alentador. No sólo no observamos que las sanciones menos punitivas sean las más frecuentes, sino que la sanción más frecuente es la que implica una mayor privación de derechos. La privación de libertad, lejos de ser excepcional, aparece como la norma en la determinación de sanciones, con una porción de casos (44,4%) superior tanto a la de LA como a la del conjunto de SMP.

Las únicas dos comparaciones cuyo resultado se ajusta a la idea de progresividad son las que surgen de contrastar, por un lado, LA con SMP, y por otro, el conjunto de las sanciones no privativas de libertad con internación. Es decir, se verifica que son más frecuentes las SMP que la LA, y que la privación de libertad no es más frecuente que el resto de las sanciones.

De todas formas, si atendemos que la CDN, ratificada por nuestro país, ordena explícitamente que la privación de libertad sea determinada como *última ratio* y de manera absolutamente excepcional, los resultados observados para el período 1994-2002 son alarmantes. La privación de libertad es no sólo la sanción determinada con mayor frecuencia, sino que además lo es en todas las categorías de infracciones, incluso en uno de cada cuatro de los hurtos leves y en una de cada tres IMG.

Sanción cumplida

Hasta el momento hemos trabajado con la sanción determinada en la sentencia interlocutoria. Pero ante la posibilidad de que esta no se haya traducido automáticamente en la sanción cumplida por los NNA, y considerando que el análisis empírico de la aplicación del principio de proporcionalidad en la justicia juvenil debe incluir *toda* la respuesta del Estado ante una infracción y no sólo sus *intenciones*, se incluye en este apartado la sanción efectivamente cumplida.

Este *control* —en sentido lato— efectuado sobre las conclusiones planteadas puede tener dos etapas (la segunda condicionada al fracaso en la primera). La primera etapa consiste en observar si existen diferencias entre la sanción determinada en la sentencia interlocutoria y la efectivamente cumplida; si no hallamos diferencias importantes podremos dar por válidas las conclusiones precedentes, pero si encontramos diferencias significativas no tendremos más opción que repetir el análisis completo.

La sanción determinada en la sentencia interlocutoria,¹⁴⁷ ¿coincide con la sanción cumplida? La diagonal principal de la tabla muestra la propor-

147. Este cálculo se formula de modo independiente de la falta de garantías que brinda el sistema, que imputa sanciones *de hecho* en la sentencia interlocutoria; pero obviamente, está estrechamente relacionado con la preocupación que ello implica como clara violación de derechos de los NNA.

ción de NNA que han cumplido la sanción indicada en la sentencia interlocutoria (celdas en gris). Asimismo, los casos fuera de la diagonal principal (celdas en celeste) representan la proporción de casos disímiles, es decir, que han cumplido una sanción distinta de la asignada en la sentencia interlocutoria. La siguiente tabla resume la distribución de los casos que surge de comparar la sanción determinada en la sentencia interlocutoria con la sanción efectivamente cumplida.

Cuadro 8. Sanción dispuesta en sentencia interlocutoria y coincidencia con la sanción cumplida

		Sanción dispuesta en la sentencia interlocutoria			
		Internación	LA	SMP	Total
Sanción cumplida	Internación	72	1		73
	LA		35		35
	SMP	1		47	48
	SD	5	1	9	15
No cumplió		7	4	8	19
Total		85	41	64	190

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Los casos fuera de la diagonal principal con sanciones no cumplidas o SD alcanzan el 19% del total de NNA, y no fueron tenidos en cuenta para el análisis propuesto. Eventualmente, podrían considerarse un indicador de incumplimiento por fallas de registro (7,9%, los 15 casos SD) y un indicador de permeabilidad del sistema por no cumplimiento (10%); además de 19 casos de fugas, no presentación en juzgado, etcétera. Podemos denominar al conjunto error administrativo (EA), que se obtiene sumando el 10% de NNA que fueron sancionados pero no cumplieron ninguna sanción, y el 8% SD.

En términos brutos, en el 18% de los casos de NNA procesados (EA) el sistema de justicia juvenil no sería eficiente, en el 81% de los casos de los NNA procesados el sistema de justicia juvenil sería eficiente, y el 1% de los NNA cumpliría una sanción distinta de la estipulada en la sentencia interlocutoria (podemos denominar esta situación *error de sanción cumplida* [ESC]). Habría entonces dos tipos de error de proceso del sistema: EA y ESC. Sólo examinamos el ESC por su impacto en términos de proporcionalidad por *sanción cumplida*. La siguiente tabla resume nuevamente la distribución de los casos que surge de comparar la sanción determinada en la sentencia interlocutoria con la sanción efectivamente cumplida, pero

esta vez con porcentajes sobre el universo de los 156 casos que cumplieron alguna sanción.

Cuadro 9. Porcentaje de cumplimiento de la sanción dispuesta en sentencia interlocutoria

Sanción cumplida	Sanción dispuesta en la sentencia interlocutoria			Total
	Internación	LA	SMP	
Internación	46,20%	0,60%	0	46,80%
LA	0	22,40%	0	22,40%
SMP	0,60%	0	30,10%	30,80%
Total	46,80%	23,00%	30,10%	100,00%

Fuente: Muestra de expediente judiciales, 1994-2002. Total = 156.

El peso de la diagonal principal es de 98,8% para el universo total de casos que efectivamente cumplen alguna sanción (excluidas *no cumplida* y SD). Esto indicaría que el sistema comete un error tipo ESC en el 1,2% de los NNA procesados en el período de referencia. Esta proporción corresponde a dos casos de NNA, uno sancionado con internación que cumplió, sin embargo, una sanción de las que implican menor afectación de derechos (SMP), y otro que fue sancionado con LA pero en los hechos fue sometido a la sanción de privación de libertad.

En conclusión, la baja proporción de casos que cumplen una sanción diferente de la determinada en la sentencia interlocutoria por el momento no es suficiente para invalidar los resultados de la aplicación del principio de proporcionalidad obtenidos en el apartado anterior. Al mismo tiempo, los altos niveles de incumplimiento (cerca del 10%) nos obligan a detenernos en el análisis de este tema y sus posibles consecuencias en términos de aplicación del principio de proporcionalidad.

Niveles de cumplimiento

Por otra parte, los problemas de eficacia del sistema y la potencial violación de injusticias que de ellos se puede derivar no se observan sólo en las diferencias entre sanción determinada y sanción cumplida, también se pueden verificar en los diferentes niveles de cumplimiento de las distintas sanciones. Para esto vamos a cruzar la sanción determinada en la sentencia interlocutoria con una variable *nivel de cumplimiento* que nos indique si el cumplimiento ha sido total o parcial. El *no cumplimiento* queda excluido, pues ya no se considera el universo de sentencias interlocutorias sino

sólo aquellos NNA con algún grado de cumplimiento. La siguiente tabla resume los niveles de cumplimiento para cada una de las sanciones, en números absolutos y en porcentajes.

Cuadro 10. Niveles de cumplimiento para cada una de las sanciones dispuestas, en números absolutos y en porcentaje

Nivel de cumplimiento		Sanción			Total
		Internación	LA	SMP	
Total	Nº de casos	27	23	38	88
	%	37,0%	65,7%	79,2%	56,4%
Parcial	Nº de casos	46	12	10	68
	%	63,0%	34,3%	20,8%	43,6%
Totales	Nº de casos	73	35	48	156
	%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Globalmente, el nivel de cumplimiento total alcanza el 56,4% de NNA que comenzaron a cumplir alguna medida, y el cumplimiento parcial representa el complemento (43,4%). La sanción de internación tiene el nivel más bajo de cumplimiento total, alcanza el 37%. El cumplimiento total de LA alcanza el 66% de los NNA; y el conjunto de SMP presenta, con el 79%, los mayores niveles de cumplimiento total. En las sanciones más severas disminuye la incidencia del cumplimiento total, es decir, a medida que aumenta la privación de derechos en la sanción el nivel de cumplimiento parcial es mayor.

Surgen de aquí dos observaciones muy importantes. En primer lugar, la determinación de sanciones alternativas a la privación de libertad y el uso excepcional de la misma no sólo se ajustan a la propuesta normativa de la CDN, sino que además aparecen como una opción de mayor eficacia en términos de los niveles de cumplimiento de la sanción por los adolescentes. Finalmente, los datos parecen sugerir que la reducción de la violencia punitiva que aplicó el Estado sobre los adolescentes ha encontrado mayores oportunidades en los errores e ineficacias del sistema que en las decisiones tomadas por sus distintas agencias.

Duración de la sanción

Es necesario incorporar una última dimensión a la consideración de la respuesta del Estado a una infracción de la que se responsabiliza a un NNA:

la duración de la sanción. Ante iguales situaciones en cuanto a cumplimiento efectivo, la duración de la sanción puede introducir diferencias significativas en términos del principio de proporcionalidad; y esto no sólo en la relación infracción-sanción postulada por el principio, sino también en lo que hace al control de los excesos punitivos del Estado, como señalamos oportunamente.

Vale aclarar que si en distintos momentos del análisis tuvimos inconvenientes por los defectos de la información contenida en los expedientes, esta realidad nunca fue tan complicada como para el caso de estimar la duración de las distintas sanciones. Puede observarse que los problemas con la información de los expedientes aumentan cuando nos alejamos de la sentencia interlocutoria, como si con el pasar del tiempo se fuera perdiendo contacto (y por tanto control) con el caso. Esto constituye un importante defecto en términos de garantías para los NNA y del control que el propio Estado debe realizar de su actuación.

En el marco de estas restricciones, y en la consideración de que existe para los expedientes la exigencia de registrar explícitamente la duración de una sanción, debimos construir una variable *meses cumplidos en sanción* que nos indicara el tiempo *real* en meses desde la sentencia interlocutoria hasta el egreso, considerando las licencias. Para obtener un panorama global se calcularon medias en meses por sanción y según infracción indicada en la sentencia interlocutoria para obtener una medida comparable de brechas de tiempo. En el 11,9% de los casos la información no nos permitió establecer la duración de la sanción. A partir de las restricciones mencionadas en la calidad de los datos, la siguiente tabla resume, para cada infracción, el tiempo promedio en meses que duró cada una de las sanciones.

Cuadro 11. Infracción, por tiempo promedio de duración de la sanción

Sanción	Infracciones				
	HVL	Rapiñas	Hurtos	IMG	Total
Internación	15,7	10,5	5,3	7,0	9,0
LA	4,3	5,1	5,5	2,5	5,1
SMP	5,3	5,2	2,2	1,8	2,8

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

En el período de referencia, los NNA con sanciones de privación de libertad las cumplieron durante un tiempo promedio de 9,0 meses, los NNA con sanciones de LA las cumplieron durante un tiempo promedio de 5,1 meses, y los NNA con sanciones de SMP las cumplieron durante un tiem-

po promedio de 2,8 meses. Existe una desproporción básica entre las distintas sanciones, que surge de considerar que la sanción que más afecta el ejercicio de los derechos de los adolescentes, la privación de libertad, es la que tiene una mayor duración, seguida por LA y otros. Según la CDN, la escala debería registrar un comportamiento inverso: por un lado se debería limitar en el tiempo la duración de la privación de libertad; y por otro se debería potenciar la intención de discriminación positiva de las sanciones alternativas.

La enorme brecha de tiempo que hay entre las distintas sanciones se ha justificado desde perspectivas ajenas al *enfoque de derechos*, en función de la estructura de infracciones y su impacto sobre la estructura de sanciones. Sin embargo, como establece la CDN, el hecho de que una infracción más grave determine una sanción más gravosa es independiente de la duración de la sanción, la cual debe determinarse en función de su impacto y los efectos sobre el adolescente. Si observamos cantidad de meses promedio según infracción, veremos que en ningún caso el tiempo promedio imputado a internación es menor que el de medidas no privativas, y que sólo para hurtos hay paridad entre LA e internación. En el extremo, en las infracciones más leves, que en ningún caso suponen daño a personas físicas, el promedio de internación llega a 7,0 meses.

Las brechas absolutas de tiempo promedio entre internación y el resto de las sanciones indicarían la *intensidad* de la desproporción de la respuesta del Estado por duración, mediante la comparación de la sanción más privativa (I) con cada una de las menos privativas (LA y SMP). La siguiente tabla nos muestra, en meses, las brechas promedio de tiempo cumplido en internación respecto al resto de las sanciones para el período 1994-2004.

Cuadro 12. Brechas promedio del tiempo cumplido de internación respecto del resto de las sanciones

Brechas*	Infracciones				
	HVL	Rapiñas	Hurtos	IMG	Total
Internación-LA	11,4	5,4	0,2	4,5	3,9
LA-SMP	10,9	10,4	3,1	5,2	6,2

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

* Diferencia entre promedio de internación y promedio de sanción correspondiente.

Globalmente, la internación dura en promedio 3,9 meses más que LA, y 6,2 meses más que SMP. La brecha internación-LA más abultada se produ-

ce en el conjunto de los casos procesados por HVL (11,4), y la más pequeña se observa para hurtos (0,2). Las mayores brechas entre internaciones y SMP se producen en HVL (10,9) y en rapiñas (10,4). Sin embargo, en este período los hurtos reciben en promedio 3,1 meses más cuando son sancionados con internación que cuando son sancionados con SMP.

Las brechas son *sensibles* a los promedios alcanzados por las sanciones. Cuanto más cercanas a 0 son, menor distancia promedio entre cantidad de meses asignados indican. Sin embargo, con relación a la evidencia de la desproporción de tiempo de privación de libertad en el total de sanciones, estas brechas permiten evaluar la *intensidad* de la desproporción, al establecer la distancia de internación respecto de cada una de las sanciones menos severas en términos de privación de derechos. No es posible determinar *ex ante* el tiempo de duración *ideal* para cada sanción, por lo cual establecer un umbral normativo resulta altamente complejo. Sin embargo, en el caso de la internación la CDN advierte especialmente que deberá establecerse en último caso y por el menor tiempo posible. En este sentido, las brechas observadas permiten cuantificar esa desproporción.

El análisis de la duración de las diferentes sanciones para las distintas infracciones puede aportar más elementos para el diagnóstico sobre el principio de proporcionalidad, y debe entenderse como un nuevo esfuerzo por comprender con mayor profundidad el funcionamiento del sistema. A tales efectos, en el Anexo X se agrega un conjunto de datos extraídos del Servicio de Información Para la Infancia (SIPI), del INAU, acerca de las distintas sanciones aplicadas a cada infracción y su duración.

IV. Conclusiones del capítulo

El objetivo de este capítulo era indagar acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad en la JPJ de Montevideo, en los períodos 1994-1995 y 1997-2002. Para ello se utilizó una muestra de 193 expedientes, representativa de todos los procesos realizados en ese período.

En particular, las dimensiones del principio que se abordaron fueron la *racionalidad* y *severidad* del sistema a partir de las decisiones tomadas en la sentencia interlocutoria; la *sanción* efectivamente cumplida y los distintos niveles de cumplimiento; y finalmente, la *duración* de la sanción.

Cuando hablamos de *racionalidad*, la pregunta que nos hacemos es si desde el punto de vista de los derechos afectados las infracciones más

graves son las que reciben las sanciones más graves. Los resultados obtenidos indican que en términos generales las infracciones más graves sí son sancionadas de forma más severa, con una salvedad no menor: las rapiñas son sancionadas con más severidad que el conjunto de HVL. Desde un enfoque de derechos, este resultado implica una grave afectación al principio de proporcionalidad, en tanto se privilegiaría el bien jurídico propiedad sobre bienes jurídicos de un estatus superior, como la integridad física y psicológica de las personas, o incluso la vida.

En cuanto a la severidad en la determinación de sanciones, y considerando que la CDN, ratificada por nuestro país, ordena explícitamente que la privación de libertad sea determinada como última ratio y de manera absolutamente excepcional, los resultados observados para los períodos 1994-1995 y 1997-2002 son alarmantes.

La *privación de libertad*, lejos de ser excepcional, *aparece como la norma en la determinación de sanciones*, con una porción del 44,4% de casos, superior tanto a LA (21,7%) como al conjunto de SMP (33,9%).

La privación de libertad no fue sólo la sanción aplicada con mayor frecuencia sino que, además, fue aplicada en todas las categorías de infracciones, incluso en uno de cada cuatro de los hurtos leves y en uno de cada tres de las IMG. La frecuencia de utilización de la privación de libertad en este período supone la mayor violación al principio de proporcionalidad hallada en la muestra de expedientes judiciales.

En segundo lugar, la baja proporción de casos que cumplen una sanción diferente de la determinada en la sentencia interlocutoria valida los resultados de la aplicación del principio de proporcionalidad obtenidos a partir de esa sentencia. Al mismo tiempo, a medida que aumenta la privación de derechos en la sanción, aumenta también el nivel de cumplimiento parcial. El hecho de que la privación de libertad sea la sanción con mayores niveles de incumplimiento, principalmente a causa de fugas, sugiere dos consecuencias trascendentes.

En primer lugar, que la determinación de sanciones alternativas a la privación de libertad y el uso excepcional de esta sanción no sólo no se ajusta a la propuesta normativa de la CDN sino que, además, aparece como una opción de mayor eficacia en términos de los niveles de cumplimiento por los adolescentes. Y en segundo lugar, los datos —combinados con el análisis de la *severidad* del sistema— parecen sugerir que la reducción de la violencia punitiva que aplicó el Estado sobre los adolescentes encontró mayores oportunidades en los errores e ineficacias del sistema que en las decisiones tomadas por sus distintas agencias.

Finalmente, surge del análisis de los expedientes judiciales la existencia de una desproporción básica en la duración de las distintas sanciones. Ya que **la privación de libertad, la sanción que más afecta el ejercicio de derechos por los adolescentes, es la que tiene una mayor duración, seguida por LA y el conjunto de SMP**. Según el artículo 37 de la CDN, “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y **durante el período más breve que proceda**”.¹⁴⁸ Es decir, que la escala debería registrar un comportamiento inverso: por un lado se debería limitar en el tiempo la duración de la privación de libertad; y por otro se debería potenciar la intención de discriminación positiva de las sanciones alternativas.



148. El destacado es nuestro.

Capítulo



Factores
metaprocesales
en la determinación
de la sanción

I. Introducción

En el presente capítulo vamos explorar dos factores ajenos a la infracción imputada que intervienen en la respuesta punitiva: la situación social de los adolescentes que son captados por el sistema de JPJ y la influencia de la Policía en la construcción del caso que es presentado ante el juzgado. Antes vamos a dedicar algunos párrafos a explicar el origen de la inquietud que nos llevó a indagar en estos factores.

Una de las principales comprobaciones empíricas del capítulo IV se puede resumir en la idea de que si bien existe determinada relación entre las distintas infracciones imputadas a los adolescentes y la sanción que reciben como respuesta del Estado, el mecanismo no es *automático*. Dicho de otra manera, la información sobre la infracción que cometió un adolescente, incluso en el máximo nivel de detalle, resulta absolutamente insuficiente para determinar ex ante cuál será la sanción que aplicará la JPJ en ese caso.

Una vez que agrupamos las sanciones en tres grandes categorías, ordenadas de mayor a menor privación de derechos (internación, LA y SMP), pudimos comprobar que eran aplicadas a todos y cada uno de los distintos tipos de infracción, aunque con frecuencia variable.

La amplia discrecionalidad, sugerida por estos resultados, con que opera el sistema de JPJ en Montevideo resulta en profunda discrepancia con la propuesta de un sistema *garantista*. En particular, la ausencia de límites estrictos a la posibilidad de aplicar la privación de libertad debería poner en alerta a cualquier sistema que pretendiera funcionar con un enfoque de derechos.

Precisamente, con la intención de contribuir a la construcción de un sistema plenamente *garantista*, en el presente capítulo nos dedicaremos a tratar de conocer cuáles son y cómo operan los factores que pueden estar asociados con esta gran dispersión en la aplicación de sanciones.

La identificación de *causas* o *explicaciones* para las distintas decisiones asumidas por el sistema penal juvenil requeriría un esfuerzo que trasciende largamente las intenciones y posibilidades de la presente investigación. En su lugar y con la intención de que se transforme en el primer paso necesario de un largo camino, nos dedicaremos a la identificación de *factores* que puedan aportar elementos fundacionales para una comprensión más profunda del sistema.

La identificación de factores diferentes de la infracción imputada, y por tanto metaprocesales, pero asociados con determinada respuesta punitiva del Estado, resulta un primer paso fundamental en la construcción de un sistema que ofrezca mayores garantías a los adolescentes.

Esta fue la inquietud que guió la indagación en la muestra de expedientes judiciales. Los resultados de esa búsqueda conforman el contenido principal del presente capítulo.

II. Proporcionalidad y situación social

Introducción e instrumentos

El presente apartado se propone explorar la relación entre la figura delictiva establecida en la sentencia interlocutoria y la sanción determinada en esa instancia, a la luz de un indicador sobre la *situación social* de los NNA sometidos al proceso. Sabemos que para la población sometida al sistema de justicia juvenil rige una escasa vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como se presentó en la investigación de 2003.

El principal objetivo de este apartado es reunir evidencia empírica acerca de la selectividad del sistema penal juvenil, postulada desde hace décadas por la literatura criminológica crítica.¹⁴⁹ En este caso, los *factores metaprocesales* pueden definirse teóricamente como variables externas al proceso judicial, fundamentalmente atributos individuales, familiares y sociales de los NNA que influyen sistemáticamente en la determinación de las sanciones. Operativamente, dichos los factores metaprocesales estarían asociados con condiciones de vulnerabilidad, pobreza y exclusión. Por esta se utiliza una batería de variables que comprenden una aproximación a la *situación social* de los NNA. Va de suyo que la exploración sistemática del efecto de algunos factores resulta fundamental para el control del principio de proporcionalidad.

149. Ver por ejemplo: H. Becker, *Los extraños, sociología de la desviación*, Buenos Aires, Tiempos Contemporáneos, 1971; Nils Christie, *La industria del control del delito, ¿la nueva forma de holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993; N. Chomsky, *Lucha de clases*, Barcelona, Crítica, 1997; Carlos Elbert, *Manual básico de criminología*, Buenos Aires, Eudeba, 1998; E. Sutherland, *Ladrones profesionales*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1993; C. Uriarte, *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes)*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1999; L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 1999; E. R. Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988; E.R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

Nuestra primera pregunta al respecto es si el hecho de tener alguna *señal*¹⁵⁰ de situación social *positiva* tuvo influencia en la determinación de una sanción por parte del juez. Se puede establecer una relación con la economía y algunas de sus variables a los efectos de formular algunas hipótesis acerca de la *progresividad*, *neutralidad* y *regresividad* del sistema penal juvenil en términos de la aplicación de las sanciones.

Los términos importados de la economía se ajustan bien al planteo en este sentido. Un sistema penal sería *progresivo* cuando sanciona, de acuerdo con las normas legales vigentes, a aquellos ciudadanos que con pleno conocimiento de las normas, formas de evadirlas y acceso pleno al ejercicio de los derechos, las vulneran con su acción infraccional; en muchos casos estos ciudadanos podrían ser aquellos que están en una mejor situación social, por lo que se generaría una redistribución de los recursos simbólicos para la inclusión social. Un sistema *neutro* sería aquel en el que las señales de situación social, conocimiento de la norma para evadirla o ejercicio de derechos por parte del autor no inciden en la determinación de la sanción. Por último, un sistema *regresivo* sería aquel en el que los portadores de señales sociales más negativas son más duramente sancionados, lo que devendría en la profundización del estigma y el refuerzo del proceso de exclusión.

Esta conceptualización, sin duda polémica, no pretende transformarse en una propuesta a aplicar en el sistema penal, sino profundizar en el debate acerca de su actual funcionamiento. En este sentido, parte de la doctrina penal actual viene ensayando distintas fundamentaciones con el fin de discutir la genérica atribución abstracta de responsabilidad penal a partir de supuestos tradicionales, como por ejemplo, el nexo causal entre la actitud psicológica y el resultado, o la reprochabilidad del hecho disvalioso. En la línea de integrar la idea de culpabilidad a una teoría del sujeto Fernández (1998: 67-68) sostiene:

Uno de los elementos categoriales básicos del juicio de culpabilidad —para no insistir en denominarlo juicio de reproche—, al lado de la imputabilidad, está conformado por la exigibilidad.

El Estado —y por consecuencia, el sistema de Derecho Penal— sólo puede inculpar allí donde la teoría del sujeto constata la

150. Cuando hablamos de señal nos referimos a una marca, un indicio que refleja signos de integración. No hay una verificación formal de esa situación, apenas se refiere a una imagen positiva que se expresa en la instancia inicial del procedimiento, fundamentalmente en la declaración del adolescente y de alguno de sus referentes.

presencia de un sujeto de la relación penal que sea normativamente abordable, que participa del bien jurídico protegido bajo la conminación de pena (relación de disponibilidad) y, por tanto, tiene la posibilidad de conocer y motivarse conforme a la norma prescriptiva, a la par que posee poder individual para obrar de modo diferente; es decir, orientando sus actos de conformidad a dicho mandato.

En reemplazo de las ficciones funcionalistas del Derecho Penal más reciente, entendemos que una culpabilidad así diseñada permite valorar la participación social y en especial la vulnerabilidad del sujeto, dado que la pertenencia de este a la comunidad jurídica está subordinada a sus posibilidades participativas en la relación social.

La internalización de la norma, el acatamiento del mensaje, son producto de la motivación, la cual demanda —inequívocamente— que el orden social posibilite al sujeto percibirlo como su grupo de pertenencia y, bajo esa integración, sentirse alcanzado o incluido en la regulación jurídica. Por el contrario, la impertinencia, la acusada marginalidad social en la que eventualmente se inserta el sujeto, aminora la exigibilidad —en teoría, hasta puede llegar a excluirla por completo— y habilita a descargar en el sistema social, en aplicación del criterio de coculpabilidad, aquella porción de responsabilidad que no cabe legítimamente atribuirle al autor.

Ceñida estrechamente a la teoría del sujeto, si se quiere a una culpabilidad de autor limitada por el acto, se nos ocurre que esta vía de reconstrucción de la culpabilidad material permite respetar el principio de igualdad y, así, compensar las profundas desigualdades sociales; concretamente, la notoria marginalidad que caracteriza —cuando menos en América Latina— a los sujetos vulnerables a la reacción penal del Estado.

Los efectos regresivos del sistema penal juvenil agregan mayores afectaciones a la vida de adolescentes criminalizados y provocan efectos indeseables para la socialización y el desarrollo. A los efectos de cuantificar la mentada influencia, dividimos la población en casos considerados *típicos*¹⁵¹ y casos que revestían alguna característica diferente del promedio de la población estudiada. Por esta razón denominamos *excepcionales* a aque-

151. Cumplen con las características representativas de la población seleccionada por el sistema penal juvenil montevideano tal como lo observamos en DNI-UNICEF, 2003, pp. 76-83.

llos casos que presentaban —al momento de iniciárseles procedimiento por infracción— alguna de las siguientes características:

1. vivir en un barrio considerado de buen poder adquisitivo;
2. tener un trabajo formal;
3. estar cursando estudios formales al día; o
4. tener aprobado el ciclo básico de secundaria.

Recordemos que el porcentaje mayor de NNA judicializados no presenta ninguna de estas características al momento de ser captado por el sistema penal juvenil.

Resultado del indicador

Cuadro 13. Señales sobre situación social al momento de iniciarse el proceso

	Número de casos	Porcentaje
Casos típicos	150	77,7
Casos excepcionales	43	22,3
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Construcción del indicador¹⁵²

Cuadro 14. Condición de estudio del adolescente al iniciarse el proceso

	Número de casos	Porcentaje
<i>Normal y al día</i>	14	7,3
Cursos capacitación	4	2,1
Estudia con rezago	12	6,2
No estudia	151	78,2
Otras	1	0,5
SD	11	5,7
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

152. Las características valoradas como excepcionales aparecen en *cursiva*.

Cuadro 15. Mayor nivel educativo alcanzado al momento de iniciarse el proceso

	Número de casos	Porcentaje
Sin instrucción	7	3,6
Primaria incompleta	72	37,3
Secundaria 1 ^{er} ciclo incompleta	16	8,3
Secundaria 2 ^o ciclo incompleta	3	1,6
Técnico 1 ^{er} ciclo incompleto	5	2,6
Primaria completa	72	37,3
Secundaria 1 ^{er} ciclo completa	4	2,1
SD	14	7,3
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Cuadro 16. Condición laboral del adolescente al momento de iniciarse el proceso

	Número de casos	Porcentaje
No trabaja	96	49,7
Trabajo formal	15	7,8
Trabajo informal	61	31,6
Otros	8	4,1
SD	13	6,7
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Cuadro 17. Barrio donde vive el adolescente, según nivel socioeconómico

Nivel socioeconómico	Número de casos	Porcentaje
Medio, medio alto y alto	18	9,3
Otros	175	90,7
Total	193	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

El resultado de este primer corte es que el 22,6% de los casos pertenece al grupo de *excepcionales*, mientras que el restante 77,4% pertenece al grupo de los casos considerados *típicos*. Si queremos observar la composición de estas características positivas, tenemos que el 9% del total vivía en un barrio de buen poder adquisitivo, el 8% estaba trabajando a nivel formal, el 7% estaba cursando estudios formales al día y por último el 2% había completado el ciclo básico (no debemos olvidar que aproximadamente el 40% no tiene la edad suficiente como para haberlo terminado). Antes de iniciar el análisis, es necesario realizar unas breves referencias a los hallazgos que sobrevinieron a partir de la construcción del instrumento para evaluar señales de inclusión social en los adolescentes procesados.

La situación social observada en los adolescentes criminalizados nos remite a una situación de discriminación de los aparatos represivos del Estado identificable con la categoría de discriminación oficial.¹⁵³ A ella hace referencia Zaffaroni, quien sostiene que las formas oficiales de la discriminación son las asumidas por las políticas de los estados.¹⁵⁴ Ello implica que decisiones de orden de la política económica y social tienen un fuerte impacto en la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia y adolescencia uruguaya. Sobre este segmento de población adolescente es que opera la política criminal del Estado, ya que se nutre de los más alejados del ejercicio de derechos, provocando una afectación clara de los derechos civiles y políticos en la medida que el sistema penal juvenil restringe la libertad de los adolescentes.

En este sentido, en una investigación publicada el año pasado por el Comité de Derechos del Niño Uruguay (2004) se indaga acerca de los procesos de selectividad del sistema penal a partir de las opiniones y representaciones de los propios adolescentes.

[...] los adolescentes cuentan sus experiencias al respecto, mediante las cuales podemos ver cómo funcionan los mecanismos de detención *por sospecha* vinculados al *porte de cara*. También se reflejan aquí las representaciones que tienen los adolescentes sobre cómo la Policía construye la identidad del adolescente *plancha*. Los adolescentes se ven en el espejo de esa construcción social, se sienten identificados, pero cuestionan que ella sea una razón para la discriminación en términos de detenciones arbitrarias e injustificadas, ya que no están basadas en hechos sino en prejuicios, en *sospechas por porte de cara*.

En el mismo informe del Comité se continúa diciendo:

El mismo mecanismo de selección por *porte de cara*, por *sospecha* que se da en los espacios públicos a manos de la Policía, se reproduce en espacios privados como ser comercios, consumado por empleados de empresas privadas de seguridad, que no los dejan entrar o los persiguen, ya no en las calles de nuestras ciudades sino entre las góndolas de supermercados u otros comercios en distintos departamentos de nuestro país.

153. Si el sistema opera de forma discriminatoria, una respuesta proporcional al mal que hace sería una acción afirmativa o política afirmativa que reduzca la vulnerabilidad de los sujetos al propio sistema. Deberíamos pensar algo en ese sentido, una propuesta educativa compensatoria de las desventajas y que a la vez reduzca la vulnerabilidad al sistema penal juvenil.

154. Eugenio Raúl Zaffaroni, "El discurso feminista y el poder punitivo", en: *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, Haydeé Birgin (compiladora), Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 202.

En suma: la acción del sistema penal juvenil se orienta con claridad hacia población adolescente con un escaso ejercicio de sus derechos, y consiguientemente con una baja participación en el bien jurídico afectado por las infracciones. Esta situación motiva la reflexión en orden a minimizar los efectos negativos del sistema, en tanto reproductor de criminalidad y receptor de sujetos socialmente vulnerables a ser captados.

Análisis

Sanción determinada

En cuanto a los efectos de la situación social sobre la proporcionalidad, los primeros datos son muy llamativos (ver cuadro siguiente). Entre la población *típica*, el 27,9% es sancionado con disposiciones que implican un mínimo de limitación de derechos (seguimientos, presentarse en comisaría, arresto domiciliario, LA, etcétera),¹⁵⁵ mientras que entre aquellos que tienen algún indicador de situación social positiva, el 53,5% recibe las sanciones que restringen menos derechos de las que aplica el sistema.

Cuadro 18. Señas sociales de los adolescentes al momento de iniciarse el proceso por sanción determinada en la sentencia interlocutoria

Sanción	Situación social		Total
	Típica	Excepcional	
SMP	27,9	53,5	33,7
LA	21,7	20,9	21,5
Internación	50,3	25,6	44,7
Total	100,0	100,0	100,0
Nºde casos	147	43	190

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

En este sentido, una situación social positiva otorga el doble de probabilidades de recibir aquellas sanciones de menor restricción de derechos. Idéntico resultado —aunque a la inversa— obtenemos al concentrarnos en la sanción que implica una mayor privación de derechos: la privación de libertad. Mientras que el 25,6% de aquellos que muestran señas de una situación social positiva es privado de libertad por la infracción cometida, este porcentaje asciende al 50,3% en el resto de la población.

155. La construcción de la categoría SMP fue explicada en el comienzo del capítulo IV.

En suma, los adolescentes que no presentaban ninguna señal de situación social positiva tenían el doble de probabilidades de ser privados de libertad por la infracción cometida.

Si interpretamos este resultado como una clara señal de *regresividad* en el efecto que provoca el sistema penal juvenil en la sociedad, la primera objeción que puede esgrimirse refiere a la posibilidad de vincular las variables situación social e infracción cometida. En este sentido, el argumento sería que aquellos que tienen una situación social típica para el sistema penal juvenil —es decir, socialmente más deprimida— cometerían las infracciones más graves, y consecuentemente serían sancionados con mayor severidad. En otras palabras, la intervención de la variable infracción cometida tornaría espuria la relación entre situación social y sanción recibida.

Ahora, si tomamos a toda la población y nos preguntamos quiénes son sancionados con mayor dureza, si los casos *típicos* o los *excepcionales*, vamos a encontrar que la respuesta no está condicionada por la infracción cometida. Puesto que si bien los casos *típicos* tienen la exclusividad de las infracciones cometidas con agravantes, los casos *excepcionales* cometen con mayor frecuencia infracciones graves como rapiñas y lesiones.¹⁵⁶ De manera que la compensación de estas dos influencias determina que la gravedad de la infracción cometida no está directamente asociada con la situación social del adolescente que la comete. Es decir, que la relación entre la situación social del adolescente y la sanción determinada por el sistema de justicia no tiene la gravedad de la infracción cometida por el adolescente como una variable interviniente.

La conclusión precedente tiene dos corolarios importantes. En primer lugar, la relación que encontramos para el total de la población es válida. Es decir, la incapacidad de un adolescente de presentar señales de inclusión social positiva puede ser un factor de vulnerabilidad frente al ejercicio punitivo por parte del Estado.

Finalmente, al considerar la tipificación de las infracciones en agregados, es decir hurtos, rapiñas y homicidios (lesiones es la excepción), el hecho de no discriminar entre casos con agravantes (mayormente de situación social deprimida) y el resto puede que exagere la *regresividad* del sistema en el resultado. Es decir, que la hipótesis de *regresividad* del sistema se verificará con mayor precisión al considerar las tipificaciones en detalle, como hurtos *simples* o *agravados*, rapiñas *simples* o *agravadas*, etcétera.

156. Para una discusión en profundidad sobre la relación entre la situación social y la gravedad de la infracción cometida, ver tabla de datos y desarrollo en Anexo.

En función del número de casos, el hurto es la única infracción que nos permite realizar un ejercicio que requiere tales niveles de desagregación. A partir de esas restricciones y considerando la importancia de contrastar la hipótesis de *regresividad*, utilizaremos los casos de hurtos para indagar en la relación entre sanción determinada y situación social, a la interna de una misma infracción.

En el capítulo anterior señalamos que el total de los hurtos eran sancionados en forma muy frecuente con respuestas que implican una mínima restricción de derechos. En esa oportunidad indicamos que para el 41,7% del total se determinaban las SMP. Luego veíamos, no sin preocupación, que más de uno de cada tres (37%) hurtos eran privados de libertad. Y por último, que el 21,3% de los casos se sancionaba con LA.

Resulta llamativo que la sanción intermedia en cuanto a la privación de derechos sea la menos frecuente. Esto significa que operó un amplio margen de discrecionalidad a la hora de sancionar a los adolescentes que cometieron hurtos en el período, puesto que el sistema se permite ir a los extremos en cuanto a sanciones (internación y SMP). Ahora bien, una de las preguntas que nos hacíamos en el apartado anterior era: ¿cuáles son

Cuadro 19. Distribución de la infracción de hurto según gravedad, sanción e índice social

Situación social	Sanción	Hurtos		Total
		Simplees y agravados	Leves	
Típica	Internación	28	7	35
		45,9%	29,2%	41,2%
	LA	15	3	18
		24,6%	12,5%	21,2%
	SMP	18	14	32
29,5%		58,3%	37,6%	
Total	61	24	85	
		100,0%	100,0%	100,0%
Excepcional	Internación	5	0	5
		27,8%	0,0%	21,7%
	LA	2	3	5
		11,1%	60,0%	21,7%
	SMP	11	2	13
61,1%		40,0%	56,5%	
Total	18	5	23	
		100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

los criterios que completan y dan sentido al ejercicio de esta discrecionalidad? En los párrafos siguientes observaremos que la situación social del adolescente es uno de ellos, al tiempo que comprobaremos que no se puede descartar la hipótesis de que opera de forma *regresiva*.

El cuadro 19 fue construido a tales efectos, y la única novedad que presenta es la división de los casos de hurto en dos grandes categorías: simples y agravados, y leves.

A pesar de que la escasez de casos no permite la realización de inferencias estadísticas, la tabla muestra claramente que los niveles de internación son notoriamente superiores para los adolescentes sin señales de inclusión social, tanto para los hurtos leves como para el resto. Es decir, los datos no permiten refutar la hipótesis de mayor vulnerabilidad de estos adolescentes frente al ejercicio punitivo del Estado, aun cuando consideremos distintos niveles de gravedad para una misma infracción.

Sanción cumplida

Al igual que en el análisis realizado en el capítulo IV, aquí conviene realizar controles de las conclusiones que incluyan la sanción efectivamente cumplida. Para ello, nos hicimos las siguientes preguntas: las diferencias en la situación social, ¿se pueden asociar con distintos niveles de incumplimiento? Y ¿qué sucede con la hipótesis de *regresividad* del sistema si en lugar de la sanción determinada en la sentencia interlocutoria utilizamos la efectivamente cumplida?

Cuadro 20. Señales sobre situación social al momento de iniciarse el proceso y niveles de cumplimiento de la sanción

	Típicos	Excepcionales	Total
Cumplida totalmente	47,1%	61,5%	50,3%
Cumplida parcialmente	39,7%	35,9%	38,9%
No cumplida	13,2%	2,6%	10,9%
Total	100,0%	100,0%	100,0%
N° de casos ¹⁵⁷	136	39	175

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

157. Aquí se excluyen los tres casos en los que no se encontraron méritos para imputación y los quince SD en el expediente acerca del cumplimiento de la sanción.

Si prestamos atención a la tabla anterior, comprenderemos que en la muestra de expedientes no se observan diferencias importantes en el cumplimiento de la sanción según las distintas situaciones sociales. Los adolescentes que presentan algún aspecto social positivo tienen niveles de cumplimiento levemente superiores que los adolescentes típicos del sistema. De los primeros cumple totalmente la sanción el 61,5%, mientras que de los segundos la cumple el 47,1%; los niveles de cumplimiento parcial son muy similares, por lo que el no cumplimiento absoluto de la medida completa el desnivel con un mayor incumplimiento para los típicos (13,2% contra 2,6%).

Pero atentos a la importancia teórica y política de verificar el carácter regresivo que tiene el sistema de justicia juvenil, quisimos ir más profundo en los controles, para lo cual sometimos nuestra hipótesis a dos nuevos escenarios: el de los casos que cumplieron la sanción totalmente, y el de los casos que la cumplieron total o parcialmente.

Cuadro 21. Señales sobre situación social al momento de iniciarse el proceso y sanción efectivamente cumplida para los casos que cumplieron totalmente la sanción

	Típicos	Excepcionales	Total
Internación	35,9%	16,7%	30,7%
LA	29,7%	16,7%	26,1%
SMP	34,4%	66,7%	43,2%
Total	100,0%	100,0%	100,0%
Nº de casos	64	24	88

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Cuadro 22. Señales sobre situación social al momento de iniciarse el proceso y sanción efectivamente cumplida para el total de casos que cumplieron total o parcialmente la sanción

	Típicos	Excepcionales	Total
Internación	51,7%	31,6%	46,8%
LA	23,7%	18,4%	22,4%
SMP	24,6%	50,0%	30,8%
Total	100,0%	100,0%	100,0%
Nº de casos	118	38	156

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

La leve relación entre cumplimiento y situación social determina que cuando revisamos la relación entre situación social y sanción, si consideramos únicamente los que cumplieron totalmente la sanción, se repiten los resultados de *regresividad* en la aplicación de sanciones. Para este nuevo total, los adolescentes *típicos* tienen el doble de probabilidades de ser sancionados con privación de libertad por su infracción, y la mitad de probabilidades de serlo con el conjunto de SMP.

Si consideramos la población que cumplió total o parcialmente la medida, nuevamente los que presentan algún aspecto social positivo tienen el doble de probabilidades de ser sancionados con SMP. Por otra parte, cuando observamos la sanción de privación de libertad, las distancias se acortan pero sólo levemente. Entre los que presentan algún aspecto social positivo la internación alcanza el 32% de los casos, mientras que para los adolescentes con derechos económicos, sociales y culturales vulnerados el mismo valor trepa hasta el 52%.

En síntesis, la hipótesis de un posible impacto regresivo en el funcionamiento del sistema penal juvenil montevideano resiste a la consideración de los distintos niveles de cumplimiento en la sanción.

III. Intervención policial y proporcionalidad

De manera sumaria, intentamos aislar el posible impacto simbólico de algunas variables contextuales en el proceso de criminalización policial. Cuando establecimos como primera aproximación al concepto de proporcionalidad que nos interesaba la "relación entre la infracción que el sistema de justicia le adjudica a un adolescente y la respuesta del propio sistema ante dicha infracción", estábamos introduciendo dos elementos fundamentales desde una perspectiva de derechos: el primero es que cualquier adolescente es inocente hasta que se demuestre y sentencie lo contrario, por lo que es necesario que nuestros términos y análisis se ajusten a ello; y segundo, que la proporcionalidad implica al sistema de justicia en su conjunto (Policía, juez, defensores, fiscales, ejecutores de sanciones, e incluso opinión pública y medios de comunicación) y no sólo la infracción que tipifica el juez junto con una determinada sanción.

En este marco, y considerando la centralidad de la actuación policial en el inicio del proceso, nos preguntamos sobre la influencia de sus acciones en la aplicación del principio de proporcionalidad. Si volvemos sobre los datos de la investigación DNI-UNICEF de 2003, encontramos que la Policía fue el agente de detención en el 90% de los casos, y que actuó con un amplio margen de discrecionalidad en la detención en aproximadamente

el 74% de los casos entre 1994 y 2002.¹⁵⁸ Y finalmente, que el 99% de los casos que arriban al juzgado proviene de dependencias policiales, donde se realiza en muchas ocasiones un conjunto de actuaciones (interrogatorio, búsqueda de antecedentes, etcétera) que luego son incorporadas al expediente judicial a partir del conocido *parte policial*.

Los datos disponibles nos permiten indagar en las posibles consecuencias de la actuación policial sobre la proporcionalidad de respuesta estatal a través de dos indicadores: las anotaciones y el interrogatorio.

Anotaciones policiales (AP)

En la mayoría de los casos, la primera acción de la Policía a la hora de detener a un adolescente es consultar en sus registros para verificar si tiene o no *anotaciones*.

Del universo analizado, el 47,4% tenía anotaciones policiales, el 24,7% no las tenía, y del 27,9% no constaban datos en el expediente. La importante proporción de SD hace relativizar las conclusiones de la interpretación que hagamos de este fenómeno de subregistro. En principio, podemos decir que sin considerar este SD, en números absolutos, la cantidad de adolescentes con AP está cercana a duplicar a la que carece de esta propiedad.

Del total de casos en los que consta la existencia de AP al momento de la infracción, el 57,8% fue internado, mientras sólo el 22,2% fue sancionado con LA y el 20% con SMP. En cambio, del total de los que no tenían AP, el 27,7% fue

Cuadro 23. Sanción aplicada considerando la presencia de AP

Sanción	AP			Total
	Sin	Con	SD	
Internación	13	52	20	85
	27,7	57,8	37,7	44,7
LA	8	20	13	41
	17,0	22,2	24,5	21,6
SMP	26	18	20	64
	55,3	20,0	37,7	33,7
Total	47	90	53	190
	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

158. Esto es si excluimos las detenciones ordenadas por el juez y las infraganti delito y sumamos los casos de los adolescentes detenidos por sospechosos (sin mediar infracción alguna), los detenidos a partir de una denuncia y una indagación policial, y por último la denominada flagrancia impropia, que es cuando existe alguna concatenación de hechos o elementos que pueden asociar al adolescente con la infracción.

recluido en centro especializado, apenas el 17% fue derivado a LA y el 55,3% recibió el conjunto de SMP. De aquellos para los que no se cuenta con dato acerca de AP, *internación* y *otras* mantienen porcentajes iguales (37%) y LA alcanza el 24% de los casos. Esto podría sugerir que el error de registro no está asociado con la severidad de la medida, en tanto los porcentajes de la columna SD se encuentran a *mitad de camino* entre los que tenían o no AP.

Estos datos sugieren con fuerza la hipótesis de que la existencia de AP en un adolescente aumentaría la probabilidad de que este fuera sancionado con una mayor privación de derechos; hipótesis que de confirmarse nos hablaría de la preocupante existencia de un sistema de justicia juvenil de *autor* y no de *acto*. Pero dicha hipótesis sólo puede confirmarse si esta situación se reproduce para una misma infracción y en diferentes infracciones; y fue hacia allí que intentamos avanzar.

Cuadro 24. Sanción aplicada considerando la presencia de AP, para la infracción de hurto

Sanción	AP			Total
	Sin	Con	SD	
Internación	3	31	6	40
	12,5	56,4	20,7	37,0
LA	3	9	11	23
	12,5	16,4	37,9	21,3
SMP	18	15	12	45
	75,0	27,3	41,4	41,7
Total	24	55	29	108
	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Cuadro 25. Sanción aplicada considerando la presencia de AP, para la infracción de rapiña

Sanción	AP			Total
	Sin	Con	SD	
Internación	4	16	7	27
	36,4	61,5	77,8	58,7
LA	3	9	1	13
	27,3	34,6	11,1	28,3
SMP	4	1	1	6
	36,4	3,8	11,1	13,0
Total	11	26	9	46
	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Los resultados que muestran las tablas no permiten refutar el hallazgo de una mayor privación de libertad cuando la Policía presenta ante la justicia adolescentes con anotaciones.

De aquellos que cometieron hurto y no tenían AP, una muy baja proporción **recibió una sanción privativa de libertad**, mientras que de aquellos que sí tenían AP al momento de la infracción **más de la mitad fueron sancionados con privación de libertad**. La influencia del factor AP en la determinación de la sanción, aunque más leve, también aparece en el caso de los adolescentes penalizados por rapiñas.

En síntesis, futuras investigaciones deberán profundizar en la hipótesis por el momento vigente de que, con independencia de la infracción que se haya cometido (hurto o rapiña), tener AP se asocia con un aumento significativo de la probabilidad de recibir privación de libertad como sanción.

Interrogatorio policial (IP)

En términos globales, en el 69,1% de los expedientes figura un IP, mientras que en el 30,8% no se practicó esa instancia. Es decir, que el interrogatorio es una actividad policial muy frecuente ante la posible infracción de un adolescente.

Cuadro 26. Sanción aplicada considerando la presencia de IP

Sanción	IP		Total
	Sin	Con	
Internación	19	64	83
	32,8	49,2	44,2
LA	17	24	41
	29,3	18,5	21,8
SMP	22	42	64
	37,9	32,3	34,0
Total	58	130	88
	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002. SD: dos casos.

Sobre el total de casos en los que se registró IP, el 49,2% fue sancionado con privación de libertad, el 32,3% con SMP y tan sólo el 18,5% con LA. En cambio en el total de los casos que no recibieron interrogatorio, la internación bajó al 32,8%, el conjunto de sanciones leves se mantuvo relativamente en el mismo nivel (37,9%) y LA creció al 29,3%. En este sentido, el IP

estaría asociado con un leve endurecimiento de la sanción, puesto que su presencia disminuye la proporción de casos sancionados con LA (y levemente los de SMP), para aumentar los privados de libertad.

Como ante otras hipótesis esbozadas sobre el conjunto de los expedientes, también ante esta es necesario hacer una breve contrastación con los datos para diferentes infracciones. Nuevamente, y en función de la cantidad de casos, utilizaremos las infracciones de hurto y rapiña.

Cuadro 27. Sanción aplicada considerando la presencia de IP, para la infracción de hurto

Sanción	IP		Total
	Sin	Con	
Internación	8	32	40
	25,8	41,6	37,0
LA	8	15	23
	25,8	19,5	21,3
SMP	15	30	45
	48,4	39,0	41,7
Total	31	77	108
	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Cuadro 28. Sanción aplicada considerando la presencia de IP, para la infracción de rapiña

Sanción	IP		Total
	Sin	Con	
Internación	9	18	27
	56,3	60,0	58,7
LA	6	7	13
	37,5	23,3	28,3
SMP	1	5	6
	6,3	16,7	13,0
Total	16	30	46
	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Según muestran las tablas, la débil hipótesis de un posible endurecimiento de las sanciones en los expedientes en los que figura IP no se sostiene a partir de considerar las distintas infracciones. Ya que, a pesar de

reaparecer entre los hurtos con más fuerza que en el conjunto de los expedientes, no sucede lo mismo con las rapiñas, en las que, por ejemplo, no existen diferencias en la proporción de internados entre los adolescentes que fueron sometidos a IP y los que no.

Conclusiones generales acerca de la intervención policial y sus efectos

En primer lugar, encontramos que las diferentes acciones emprendidas por la Policía generan un endurecimiento de la sanción aplicada por el sistema como respuesta a las diferentes infracciones. En los dos tipos de intervención (anotaciones e interrogatorio) su presencia se acompaña de un incremento en la proporción de adolescentes sancionados con privación de libertad, es decir, un endurecimiento de la sanción aplicada. A pesar de que estos resultados no se condigan con la vigencia de un sistema *garantista*, no resultan sorprendentes si pensamos en las motivaciones y presiones con que actúa la Policía en el sistema de JPJ. Entre otras cosas, como parte del Poder Ejecutivo y responsable de la seguridad, está sujeta a la presión política que esta implica.

Pero el más significativo de los efectos es la consideración de las AP: su existencia aumenta la internación en 30%, para el conjunto de los expedientes esta sanción pasa del 27,7% al 57,8%. Mientras que entre los hurtos, la privación de libertad pasa de alrededor del 10% a más del 50%. Si pensamos que en el hecho de involucrar las anotaciones en el expediente la Policía puede estar condensando sus *inquietudes* con respecto determinado adolescente, el resultado no debería sorprendernos.

Por otra parte, desde un enfoque de derechos resulta preocupante la posible incidencia de las anotaciones en la determinación de una sanción más dura, en tanto nos colocaría frente a la existencia de una justicia de *autor* y no de *acto*.

No sólo es claro que la existencia de anotaciones señala que podemos estar en presencia de un caso *incómodo* para la Policía, sino además que el hecho de que estas sean ilegales las exime de todo control respecto de su manejo. Lo último implica que la Policía tiene un enorme margen de discrecionalidad en la construcción del *caso* que llega a la justicia, en tanto puede acompañarlo de la información de dichas anotaciones o puede omitirla (incluso, puede inventarla).

Además de lo expuesto, en la investigación de IACI (2004: 53) sobre las anotaciones, se expresa:

[...] este informe de anotaciones resulta una práctica particularmente ilegal, violatoria de los derechos de los adolescentes por múltiples razones:

- Porque la intervención policial o el ingreso a la comisaría no son en sí mismos “antecedentes” relevantes ni válidos en un proceso judicial por infracción a la ley penal.
- Porque tiene por finalidad informar al juez sobre los “antecedentes de conducta” de las personas menores de edad, esto es, inimputables.
- Porque cuantifica como si fueran de igual naturaleza los hechos delictivos y los que hacen referencia a las necesidades de las personas vulneradas en sus derechos, dejando en evidencia una concepción “peligrosista” de la pobreza y de los adolescentes.

Finalmente, y pensando en propuestas positivas en términos de incrementar las garantías, es oportuno recordar aquí las reflexiones que surgieron del seminario organizado por DNI y UNICEF en julio de 2004 (ver Anexo 5). En dicha ocasión se convocó a jueces, defensores, fiscales, funcionarios judiciales, Policía y ejecutores de sanciones para pensar sobre estos temas. Allí se planteó, por varios actores, la necesidad de incrementar la interacción y mejorar la comunicación entre las diferentes instituciones, en particular entre la Policía y la justicia. Los datos aquí presentados refuerzan la idea de que un proceso judicial que no *filtre* adecuadamente la discrecionalidad policial en la construcción de la infracción (detención, anotaciones, reconocimiento, interrogatorio, traslado y reclusión) tendrá graves carencias en términos de garantías.

Conclusiones del capítulo

Si la participación objetiva del adolescente está probada, esto es, si su acto encuadra dentro de la descripción típica de una infracción penal y existe un nexo causal entre el injusto y la conducta, pero por su relación con lo social registra desventajas de acceso al capital social y cultural común, ¿cómo entendemos la culpabilidad o responsabilidad en esa situación? ¿No es posible atribuirle la infracción? O, por el contrario, ¿es posible atribuirle el acto pero amerita una respuesta distinta que apunte a fortalecer su capital cultural para que también opere como *barrera cultural* (Silva Balerio, 2005a) a la selectividad del sistema de control social?

La culpabilidad es un componente esencial para la atribución de una infracción a un sujeto, y cuando nos referimos a adolescentes nos enfren-

tamos a complejidades mayores desde el punto de vista teórico, ya que existe escaso desarrollo doctrinario al respecto y no hay acuerdo acerca de los conceptos que se manejan. Por un lado está la idea o el principio de responsabilidad que refiere directamente a la atribución de la conducta; y por otro lado la noción de autonomía progresiva que nos plantea la Convención como criterio para que NNA vayan asumiendo el ejercicio de derechos y responsabilidades.

La atribución de la conducta se produce cuando le fuera exigible al sujeto una actuación acorde con la norma. En este sentido, Gonzalo Fernández expresa:

Como la teoría del sujeto valora a este en cuanto actor social, la exigibilidad sistémica de motivación conforme a la norma está supeditada al nivel de desarrollo y participación social que se le haya posibilitado al individuo, en virtud de la cual podrá demandársele —precisamente— otra respuesta motivacional (Fernández, 1998).

En este sentido, la exigibilidad dependerá de factores ligados con la inserción social del sujeto. ¿Cuáles son los factores que componen la exigibilidad de una conducta acorde con la norma? ¿Qué implica la inserción social?

Si integración social significa acceso a educación, salud, vivienda, empleo, alimentación, implica que se garanticen los derechos humanos. ¿A quiénes se les puede exigir una mayor motivación frente a la norma? En primera instancia, los casos de delitos económicos cometidos por profesionales universitarios, los delitos de cuello blanco —de los que nos habla Sutherland—, reflejarían los tipos ideales de integración social, conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y de los efectos lesivos sobre un bien jurídico determinado, por lo tanto a esos sujetos se les podría atribuir conductas delictivas sin ningún tipo de inhibición.

Pero ello no sucede; de hecho el conocimiento del sistema, así como las vinculaciones con el poder económico y político, por no hablar de su propio poder económico, los hace casi invulnerables a los aparatos de control social de que dispone el Estado actualmente.

La situación es la contraria, ya que la organización de los aparatos represivos está basada en principios de territorialidad, y la mayoría de las actuaciones se produce en la vía pública, por lo tanto no podrán encontrar allí algo que nunca ha estado allí. ¿O acaso vemos cotidianamente a gerentes o ejecutivos de importantes empresas arrebatando una cartera y corriendo para huir?

Por otra parte, la noción de bien jurídico protegido que fue lesionado con el acto infraccional cobra relevancia a la hora de construir una explicación acerca de los fundamentos de la aplicación de una sanción, así como del tipo de respuesta del Estado frente a la conducta antijurídica.

Continúa afirmando Fernández al respecto:

[...] la falta de participación en el bien jurídico protegido, a raíz de una situación de marginación en la relación social con la insatisfacción de las necesidades sociales básicas [...] abate en forma significativa la exigibilidad penal de conducta alternativa (Fernández, 1998).

Esto implica que no acceder a derechos humanos básicos inhabilita las respuestas punitivas del Estado frente a algunos sujetos deprivados por las políticas sociales de la cobertura mínima a su condición de ciudadanos. La pregunta es cuál es la respuesta adecuada en esta línea de pensamiento, ya que el sistema penal estaría inhibido de actuar. Y de no proponer una intervención podríamos enfrentarnos a la venganza privada como actuación de aquellos que no se sienten representados por el Estado.

Frente a la verificación objetiva de una infracción, del reconocimiento del sujeto de su actuación, a pesar de no ser atribuible penalmente, ¿debe existir una respuesta? ¿Qué respuesta es la adecuada en esa situación? ¿Cómo se la compatibiliza con los reclamos de seguridad pública de los ciudadanos integrados? ¿Qué concepto de seguridad podemos proponer frente a nociones fuertemente dependientes de los conceptos de delito y orden público?

Retomando las ideas de progresividad, neutralidad y regresividad, se torna indispensable frente a los datos presentados repensar el funcionamiento que el sistema penal juvenil tuvo en el período 1994-2002. Estuvo caracterizado por una extrema regresividad, en la que incidían fundamentalmente dos factores: 1) la Policía como agente aprehensor y constructor del caso a partir de operaciones como las anotaciones o el reconocimiento en sede policial, que incidieron en las disposiciones judiciales que se tomaron sobre los adolescentes; y 2) la clara diferencia de penalización cuando cruzábamos la sanción dispuesta y la situación social del adolescente, ya que se verificó una penalización más rigurosa en los casos en los que no existía ninguna señal social positiva.

La opción, frente a la aprobación del CNA, es la construcción de un sistema penal juvenil que apunte a la neutralidad, es decir, que no incidan los aspectos sociales en la fijación de la sanción, o cierta progresividad, lo que desde nuestra perspectiva significa minimizar los efectos negativos en

términos de etiquetamiento y consolidación de exclusión de las sanciones penales. Esto tiene que ver con las decisiones judiciales, pero fundamentalmente con la oferta que desde el Estado y las organizaciones no gubernamentales (ONG) se brinda para la ejecución de medidas-sanciones menos lesivas y más promotoras de los derechos y las responsabilidades de los adolescentes judicializados por infracciones a la ley penal.



Capítulo
VI

Derecho penal juvenil y género

I. Introducción

Este capítulo se refiere al estudio exploratorio de la proporcionalidad en la justicia juvenil, de acuerdo con el sistema género-sexo del adolescente en infracción. Tiene como objetivo analizar el tratamiento que brinda la justicia a los adolescentes y las adolescentes por la infracción que cometen.

Nuestro interés se centra en las siguientes interrogantes: ¿se mantiene el principio de proporcionalidad entre la pena y la infracción cometida por adolescentes varones y mujeres? ¿Se observan diferencias de tratamiento en el ámbito penal juvenil que respondan al género del o la imputada?

Para el análisis se tomarán como fuentes los datos proporcionados por el SIPI de los años 2000 a 2003 y la muestra de expedientes judiciales de 20 casos de varones y 20 casos de mujeres procesados por ser responsables de un delito de hurto o rapiña.

Se tomaron 20 casos de varones, entre hurtos y rapiñas, de la muestra utilizada para la investigación acerca de la justicia juvenil realizada por DNI-UNICEF (2003).

En el caso de las mujeres, como tenían una presencia marginal en la muestra original (7,5%), se preparó una muestra específica. Para ello se revisaron los expedientes desde el año 2003 para atrás, hasta llegar hasta el año 2000, con la finalidad de tener dos muestras similares en cuanto a la tipificación de la infracción.

II. Género y delito

En primera instancia se analizarán los diferentes comportamientos por género con relación al delito del que se responsabiliza a los/las adolescentes, se revisarán las cifras totales de delitos y los porcentajes correspondientes por cada sexo, y se realizará una lectura de esos datos. A partir de los resultados se establecerán los principales marcos explicativos utilizados para fundamentar las diferencias encontradas.

1. Fuente

La fuente utilizada para conocer el comportamiento delictivo de acuerdo con el género es una muestra integrada por adolescentes de ambos sexos, con delitos similares, judicializados entre los años 2000 y 2002 en la ciudad de Montevideo.

2. Análisis de la muestra en cuanto al comportamiento de la infracción

Se analizará la muestra construida sobre la base de infracciones tipificadas por delitos de rapiña y hurto cometidos por adolescentes. En esta muestra se registra la siguiente distribución: 22 hurtos y 18 rapiñas de adolescentes varones y mujeres.

Se procuró que las infracciones tuvieran características similares para poder compararlas. Los tipos de delito fueron elegidos con el objetivo de que fueran en esencia distintos. El hurto fue tomado como delito *asexualizado*, ya que para su realización no se requieren acciones tradicionalmente entendidas como masculinas, como el empleo de amenaza, violencia, uso de armas. La rapiña, por el contrario, tendría, según las concepciones tradicionales de género, características *sexuadas*, ya que requiere el uso o amenaza de violencia.

Se debe tener en cuenta que en el universo de los delitos cometidos por adolescentes, como se verá posteriormente, el 92,5% es cometido por varones y el 7,5% es cometido por mujeres.

Cuadro 29. Distribución de la muestra de adolescentes por sexo, de acuerdo con el delito

		Varón	Mujer
Figura delictiva interlocutoria	Hurto	20%	20%
	Tentativa de hurto ¹⁵⁹	10%	10%
	Hurto agravado	25%	25%
	Rapiña	20%	10%
	Rapiña agravada	25%	20%
	Tentativa de rapiña	0%	5%
	Coautor tentativa de rapiña	0%	10%
Total		100%	100%
Nº de casos		20	20

En este cuadro se muestra cómo está configurada la muestra. Como se puede apreciar, son 20 casos por sexo, 11 hurtos y 9 rapiñas. Como hubo dificultades para conformar la muestra de las mujeres, dada la escasez de rapiñas, se completó con tentativa de rapiña.

159. La tentativa de hurto a partir del nuevo CNA no se constituye más como delito.

A) Situación socioindividual

1. Edades

En cuanto a las edades, el 30% de los varones y el 50% de las mujeres son menores de 15 años.

Si bien el escaso número de casos no nos permite extraer conclusiones, esa estructura de edades puede deberse a un proceso de madurez (o deterioro) precoz de las adolescentes, que las lleva a realizar conductas que para el otro género ocurren posteriormente. Esto implica un conocimiento de la *calle* y sus reglas, y también una audacia temprana. También se puede interpretar como un deterioro acentuado y una pérdida de límites familiares muy temprana.

Cuadro 30. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, por sexo y edad

Edad	Varón	Mujer
13 o menos	10%	10%
14	10%	25%
15	10%	15%
16	30%	30%
17	40%	20%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

2. Estudio

En cuanto al nivel educativo, se trata de una población con alto porcentaje de deserción (expulsión) y rezago escolar. Estos factores sustantivos dan cuenta de la pobreza y de la baja en los activos. No obstante los magros datos en esta área, se vuelve a destacar un mayor porcentaje de adolescentes mujeres que no finalizaron primaria (50%).

Cuadro 31. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, por nivel educativo y sexo

	Sexo	
	Varón	Mujer
Sin instrucción	5%	0%
Primaria incompleta	25%	50%
Primaria completa	45%	35%
Secundaria 1 ^{er} ciclo incompleta	15%	10%
SD	10%	5%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

3. Trabajo

El 30% de los adolescentes trabaja, todos en trabajo informal. Este porcentaje es más alto que el promedio de la población adolescente general del país. La situación de pobreza extrema genera la obligación de desarrollar estrategias de sobrevivencia. Los trabajos pueden ser de *requeche*, ventas en ómnibus o ambulante, changas en general, carga y descarga en el mercado, etcétera. Son trabajos de baja calificación, que requieren fuerza física y generalmente baja remuneración e inestables.

El porcentaje de adolescentes que trabajan es mayor en los varones que en las mujeres. Esta es una conducta típicamente vinculada con el género y con la más temprana y masificada inserción de los varones en los espacios públicos; en este caso la alternativa es el trabajo informal. Es posible que la menor proporción de adolescentes mujeres que trabajan esté vinculada con el trabajo dentro del ambiente doméstico y el cuidado de hermanos.

Este es otro factor que potencia la posibilidad de acumular activos; ante la deserción educativa sería menos negativo desarrollar alguna actividad laboral.

Cuadro 32. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, de acuerdo con trabajo y sexo

	Sexo	
	Varón	Mujer
Trabajo formal	0%	0%
No trabaja	55%	80%
Trabajo informal	45%	15%
Otros	0%	5%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

4. Barrio

No se encuentran diferencias entre sexos con relación al barrio de procedencia. El 10% de los varones y el 5% de las adolescentes viven en barrios centrales; el resto habita en las zonas más deprimidas.

Este dato es otro de los indicadores de las características socioeconómicas de la población seleccionada por el sistema penal juvenil. Apunta a los activos sociales, en la medida que vivir en un barrio con personas de otras clases sociales habilita a intercambios distintos, se pueden observar otros modos de vida y entablar contactos que pueden mejorar la inserción.

Cuadro 33. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, por barrio que habitan y sexo

	Varón	Mujer
Barrios centrales	10%	5%
Barrio de la periferia de la ciudad	90%	95%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

B) La infracción

5. Personas que participan en la infracción

En la forma de realizar la infracción encontramos una diferencia notoria por género. El 20% de los delitos correspondientes a adolescentes varones es realizado en forma individual, mientras que sólo el 5% de las infracciones cometidas por adolescentes mujeres es realizado en forma individual.

Cuadro 34. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, por participación de personas en la infracción y sexo

	Varón	Mujer
Individualmente	20%	5%
Con otro/a	60%	55%
En grupo	20%	40%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

En la modalidad en que se cometen las infracciones aparece una marca de edad, dada la tendencia a la grupalidad de los y las adolescentes. Esa caracterización general parece profundizarse en el caso de las adolescentes, dado que sólo en el 5% de los casos aparece una sola mujer realizando la infracción.

En la infracción realizada en grupo también hay una diferencia importante, en esta modalidad el 40% de las mujeres va con grupos masculinos, contra el 20% de los varones. Los grupos coautores de varones son constituidos generalmente por otros varones.

6. Armas

Si bien la mayoría de las infracciones se comete sin armas, de acuerdo con la investigación de DNI-UNICEF (2003) el 70% se comete sin ningún arma y el 80% sin arma de fuego. Encontramos diferencias significativas con relación al sexo. El 30% de los hombres y el 15% de las mujeres han

usado armas. Si observamos con más precisión, el 30% de los hombres usa armas de fuego, contra sólo el 10% de las mujeres. En las mujeres aparecen arma blanca y simulador de arma.

Esta diferencia también denota una impronta cultural de importancia en cuanto a rol esperado socialmente. También se puede deber a la facilidad de adquisición de las armas. En general se obtienen por compra en el mercado informal, en ferias, a conocidos o por préstamo o incluso alquiler. Esto implica un profundo conocimiento barrial y de nexos, fundamentalmente en el vínculo de confianza. En estos núcleos masculinos la confianza es en el varón, por razones culturales. Se entiende que la mujer debe realizar *otras actividades* (cuidar a los niños/as) y es un deber *protegerla* en las actividades ilícitas del comercio de armas.

Cuadro 35. Adolescentes que cometen hurto o rapiña, por uso de armas y sexo

		Varón	Mujer
Uso de armas	Ninguna	70%	80%
	Simulador arma de fuego	0%	5%
	Arma blanca	0%	5%
	Arma de fuego SD	10%	5%
	Calibre 22 o más	10%	5%
	Grueso calibre	10%	0%
Total de casos		100% (20)	100% (20)

7. Detención¹⁶⁰

La modalidad de detención también presenta alguna diferencia. La detención in fraganti representa el 30% en los varones y el 60% en las mujeres.

Esta diferencia puede deberse a la propia modalidad del acto: en general en los casos de varones hay un mayor dinamismo, el delito prototípico

160. De acuerdo con la Constitución las formas de detención pueden ser in fraganti delito cuando hay semiplena prueba, por orden escrita del juez competente. La flagrancia puede ser propia o impropia, artículo 111 de la Constitución, cuando, inmediatamente después de la comisión de un delito, se sorprendiere a una persona huyendo, ocultándose, o en cualquier situación o estado que haga presumir su participación y al mismo tiempo, fuere designado por la persona ofendida damnificada o testigos presenciales hábiles, como participe en el hecho delictivo [...]. Cuando, en tiempo inmediato a la comisión del delito, se encuentre a una persona con efectos u objetos procedentes del mismo, con las armas o con instrumentos utilizados para cometerlos, o presentando rastros o señales del mismo que hagan presumir firmemente que acaba de participar en un delito (Constitución República Oriental del Uruguay, 1967).

es un arrebato y salir corriendo, en poco tiempo puede alejarse del espacio en que se comete la infracción.

En las mujeres existe una modalidad diferente, de menor movimiento; en general no prevalece *la corrida*, pretende realizar la infracción preferentemente por descuido.

Otra hipótesis es que son más *visibles*, en la medida que la proporción de mujeres que cometen la infracción es menor son más fácilmente visualizables y conocidas por la Policía y aun por las eventuales víctimas. Esta posibilidad coincidiría con las detenidas en la forma de flagrancia impropia (es decir, posteriormente a la infracción, en las inmediaciones de la zona del acto son más fácilmente perceptibles).

Cuadro 36. Forma de detención de adolescentes que cometen hurto o rapiña, por sexo

		Varón	Mujer
Detención in fraganti	Sí	30%	60%
	No	70%	40%
Total de casos		100% (20)	100% (20)

8. Víctima

La mayoría de las víctimas son personas físicas; no existe diferencia significativa entre los sexos.¹⁶¹ Las infracciones cometidas por adolescentes en forma mayoritaria son contra personas físicas (de acuerdo a la modalidad ya descrita).

En la discriminación por sexo, los varones cometen infracciones contra varones en más del 70% de los casos, contra sólo el 22,2% de las realizadas por las mujeres. Por el contrario, las víctimas mayoritarias de las adolescentes son mujeres en poco menos del 70%.

Una hipótesis es que la mujer adolescente ofensora pueda percibir a la mujer víctima con mayor debilidad y por lo tanto como propicia para ser victimizada.

161. De acuerdo con el CP, los delitos pueden ser contra: la soberanía del Estado, los estados extranjeros, el orden político interno del Estado, la paz pública; la administración pública; la administración de la justicia; la seguridad pública; la salud pública; la fe pública; la economía pública; las buenas costumbres; la libertad; la personalidad del hombre; la propiedad. Los delitos contra la propiedad pueden ser contra la propiedad mueble, con violencia contra las cosas, con violencia con las personas, mediante engaño, contra la propiedad mueble o inmueble.

En los varones podrían actuar actitudes *machistas*, por lo que evitarían tomar como víctimas prioritarias a las mujeres. Por otro lado, muchas de estas infracciones son para obtener ropa, a veces para llevarla *puesta*, por lo que se procuraría tomar como víctima a una persona del mismo género.

Cuadro 37. Sexo de la víctima de los adolescentes que cometen hurto o rapiña, por sexo

Sexo víctima	Varón	Mujer
Masculino	71,5%	22,2%
Femenino	28,5%	66,6%
SD	0,0%	10,0%
Total de casos	100,0% (14)	100,0% (18)

9. Lesiones

En cuanto a las lesiones, tomaremos en cuenta la percepción de la víctima; también se relevó de acuerdo con informes periciales (pero generó datos marginales que no se analizarán).

De acuerdo con esos datos, el delito es perpetrado contra una persona sola y sin violencia.

Esta pequeña diferencia en cuanto a la percepción de la víctima por la lesión a favor de las adolescentes, lo que implica el uso de violencia, aporta elementos que pueden cuestionar la imagen social de la mujer pasiva, objeto de victimización. Si estos casos son porcentualmente minoritarios para la población en general, pueden observarse mujeres que presentan comportamientos análogos a los de los hombres en cuanto al ejercicio de violencia.

Cuadro 38. Violencia sobre la víctima por sexo de adolescentes que cometen hurto o rapiña, por sexo

		Varón	Mujer
Víctima se considera lesionada	No	92,50%	72,25%
	Sí	7,50%	22,25%
	SD	0,00%	5,50%
Total de casos		100,00% (13)	100,00% (18)

B.1. Otros datos

También se relevaron, sin encontrar datos significativos, los siguientes elementos:

1. Defensa

En cuanto al tipo de defensa que tuvieron estos adolescentes, el 100% de los varones y mujeres tuvo un defensor público.

Esto da la pauta del ingreso de las familias de los adolescentes, que no permite la contratación de una defensa privada. En general se entiende que un abogado particular podrá establecer una defensa más fuerte, en la medida que el tiempo dedicado le permitirá un trabajo específico con un adolescente.

En la investigación realizada por DNI-UNICEF (2003), los propios defensores públicos expresaban su molestia por la sobrecarga del trabajo, que impedía una dedicación específica a cada caso particular.

2. Hora de infracción

En cuanto a las horas de la infracción, no se encuentran diferencias significativas, el 10% de los varones y el 15% de las niñas cometen la infracción entre las 20 horas y las 6 horas. La mayoría de los delitos se desarrolla en horas del día, en la vía pública, lo que representa una acción inmediata, sin preparación, conductas propias de la adolescencia en cuanto a la dificultad de regular los impulsos. En comparación con otro tipo de delincuencia que implique una mayor organización y una estructura que requiera preparación, definición de horas apropiadas, infraestructura, etcétera.

3. Persona en juzgado

En cuanto a la presencia en el juzgado, se observa que en el 65% de los casos de los varones y en el 60% de los casos de las jóvenes concurre uno de los padres, por lo que no hay una diferencia significativa. En cuanto al adulto que asiste a la sede con el fin de acompañar e informarse del proceso del adolescente, tampoco se encuentran datos relevantes de diferencia entre géneros.

La madre concurre en más del 50% de los casos. Esto se debe a la fuerte presencia de la madre en la estructura familiar uruguaya en lo relativo al cuidado y apoyo emocional a los hijos.

El padre sólo está presente en el 5% de los casos. El resto de los adultos que concurren se desagrega entre tío, suegra, pareja, sin que ninguno tenga una participación muy marcada.

Esto representa mayoritariamente con quién conviven. El porcentaje restante está desagregado entre otros familiares, pareja, y en un alto porcentaje ninguno de ellos.

En algunos casos puede ser que no sean avisados, o representar la *soledad* y la distancia emocional, afectiva y material en que viven algunos de estos jóvenes.

4. Lugar de la infracción

Con respecto al lugar de la infracción, tampoco se encuentran diferencias significativas. Un porcentaje destacado, de más del 50%, ocurre en la vía pública. El caso paradigmático es el del adolescente que transita por la calle, en determinado momento siente una necesidad y aparece una *oportunidad*: otro transeúnte que tiene el objeto que puede satisfacer esa necesidad, dinero u objetos de interés (bicicleta, campera, championes, etcétera) y aparenta no poder oponer resistencia.

Solamente el 10% de los casos ocurre en residencias privadas, que en ningún caso estaban habitadas. El resto ocurre en otros espacios de tránsito público, en comercios, medios de transporte e instituciones públicas.

5. Edad de la víctima

La distribución por edades tiene un comportamiento homogéneo en los dos sexos. Si se hace la separación en rangos de 13 a 18, 19 a 29, 30 a 50 y 51 y más, hay una única diferencia de más del 5% (de 10%) en el último rango a favor de las adolescentes.

El porcentaje más alto en ambos está en el rango de 30 a 50. Esta edad puede ser visualizada como portadora de dinero; en los diferentes rangos para el mercado de trabajo se podría considerar que es la *edad de oro* en términos de ingreso.

En cuanto a la edad más avanzada, se podría presumir (faltan mayores elementos de prueba) que para los varones operaran factores de mayor regulación para la elección de una víctima en edad avanzada. Dentro de la pauta machista, la victimización de personas más adultas y viejas podría tener mayores elementos de *condena*, aun en su medio social.

6. Prueba material

El alcance de la prueba no registra diferencias significativas por género. Se trata en general de dinero u objetos de vestimenta, camperas, championes. En el caso de las mujeres se da con mayor frecuencia el dinero; en el hurto intenta ser imperceptible y cuando existe uso de violencia (en general junto con otros) en forma explícita.

La disposición de la prueba implica que ha sido decomisada y por lo tanto será devuelta a la víctima. En esos casos el perjuicio económico es nulo.

7. Abuso policial

En ningún caso las mujeres realizan una denuncia, en cambio sí lo hace el 10% de los varones. En entrevistas los adolescentes manejan el tema del abuso como algo constante. En los casos de denuncia el forense constata la entidad de dichas lesiones.

Relato de casos

Para ilustrar las características reseñadas relataremos dos casos de proceso judicial como consecuencia de delitos de homicidio cometidos por adolescentes mujeres.

En el primer caso participaron una adolescente de 16 y otra de 18 años junto con tres muchachos de 17 y dos de 18 años.

Transcurría marzo del año 2000, era medianoche. Las dos chicas ingresaron a un bar en un barrio y *arreglaron* con las dos víctimas para tener sexo por dinero. Previamente habían preparado con sus tres compañeros para rapiñarlos tras llevarlos a un terreno conocido y propicio para ello.

Salieron las cuatro personas juntas del bar y las mujeres se retiraron en el momento en que intervinieron los tres compañeros de ellas.

En el momento en que quedaron juntas las cinco personas, las víctimas fueron ultimadas con un revólver calibre 22 propiedad de uno de los ofensores.

La adolescente menor de edad fue internada CMS en el INAU como cómplice de una rapiña especialmente agravada y de un homicidio.

Fue internada en el Ciaf y a los seis meses tuvo salidas.

La fiscalía solicitó la tipificación de cómplice de homicidio especialmente agravado; en los tiempos se pidió de dos a cinco años de medidas educativas asegurativas.

La defensa alegó que no sabía de la intención de homicidio y solicitó medidas de menos de dos años.

A los 14 meses tuvo una sustitución de medida por una no privativa de libertad.

La tipificación final fue de “cómplice inimputable de un delito de homicidio muy especialmente agravado”.

El segundo caso tuvo lugar en julio de 2001. Participaron dos adolescentes de 15 y 13 años, sus parejas, la madre y la pareja de la madre; la víctima fue el padre.

Las adolescentes participaron preparándole comida con diazepam. El padre se durmió y fue ultimado a golpes con una maceta y ahorcado con una sábana por la pareja de la madre y las parejas de las jóvenes. La madre intervino organizando e incitando al homicidio. Las otras tres personas estaban vinculadas por ser compañeras en los ritos de una religión no tradicional.

El motivo para la adolescente de 13 años fue que el padre no la dejaba tener una pareja de 29 años.

La fiscalía solicitó la tipificación de homicidio especialmente agravado con internación CMS. La sentencia interlocutoria fue de homicidio especialmente agravado con internación en INAME CMS. La madre, su pareja y la de la adolescente resultaron presas.

La sentencia final fue de 30 meses CMS y 20 meses de seguimiento.

Comentario

En estos dos casos se describe la operativa *clásica* que se desprende de la acción de adolescentes femeninas infractoras en Montevideo.

El delito, en estos casos de extrema gravedad ya que se atenta contra el valor jurídico vida, fue cometido en forma grupal, junto con otros jóvenes, mayores y menores de edad y también junto con otras mujeres. El vínculo en un caso era de amistad y en el otro familiar (la madre).

En todas las situaciones las adolescentes habitaban en zonas periféricas (no marginales) de la ciudad. Lo que podría tener relación con las zonas de transición de la Escuela de Chicago.¹⁶² En el primer caso las adolescentes no estudiaban, por lo que no tenían el nexo con la institución propia

162. Se denominan zonas de transición con la expectativa de que el propio desarrollo y la movilidad social generarán cambios. Consideramos que las zonas *marginales* tienen una connotación distinta, ya que presentan un estancamiento o un retroceso marcado. Tampoco existen inmigrantes, que eran un factor de *transición* según los teóricos de Chicago.

para su edad. Al perder el medio que podría generar una acumulación de activos se tiende a perpetuar el lugar. Asimismo tenían un vínculo marcado por la *solidaridad negativa* entre sí y con otros pares. Estas características refieren a elementos subculturales: el dinero se procura por medios no legítimos por tener cercenada la posibilidad de hacerlo por canales legítimos.

El primer caso evidencia el móvil económico y se podría encuadrar en esta interpretación. El camino ilegal para obtener el dinero, además, era la explotación del propio cuerpo, tal vez complementada, como en este caso, con la participación en una infracción. La prostitución también da cuenta históricamente de características de sexo, ya que la prostitución femenina es porcentualmente muy mayoritaria con respecto a la prostitución masculina.

En cuanto al rol de las mujeres, si bien iniciaron la acción, ya sea llevando a los *clientes* o durmiendo al padre, no fue el de ejecución definitiva. En estos casos aparecen características de *género* tradicionales: las mujeres preparan el terreno mediante una conducta sin violencia física. En un caso el medio fue el ofrecimiento de su cuerpo.

Si bien en los dos casos se utilizaron armas (maceta y revólver), desde un enfoque biológico se podría arriesgar una eventual diferencia de fuerzas en caso de que se diera una lucha directa, que dejaría en mejor posición a los varones para el ejercicio de la fuerza física.

En los dos casos la defensa alegó desconocimiento o utilización de las adolescentes por otros, ya sean mayores o varones, lo que se ampararía en el modelo judicial que tiende a minimizar el protagonismo femenino en el delito. Esta minimización puede provenir de considerarlas *incapaces*, como parece ser el caso, o de la propia imagen simbólica que podrían transmitir en los juzgados como víctimas de una situación incontrolada (madres que dejarían sin atención a sus hijos, etcétera).

En el primer caso, como mencionamos, el móvil inicial fue el dinero, si bien no queda claro si previamente existía un conflicto y la decisión de matar estaba ya definida (al menos por alguno de los participantes). En el segundo caso había una compleja trama familiar; por el lado de las jóvenes la motivación explícita estaba en la limitación que imponía el padre a la relación de pareja de una de sus hijas. La madre, que aparece como instigadora (si bien a la hora predeterminada para el crimen estaba a distancia de la escena), tenía interés en deshacerse de un matrimonio molesto y evitar una separación de bienes incómoda.

En ninguno de los casos existió interés en huir, de evitar una posible captura o investigación del hecho. El supuesto era que no serían indagadas ni habría consecuencia jurídica.

En ninguna de las situaciones se puede alegar algún tipo de defensa personal, fueron planificadas en búsqueda de un objetivo, no fueron respuesta a ningún ataque o provocación, circunstancial o reciente. Desde teorías asociadas con factores personales, desde un enfoque cognitivo, se puede interpretar como una alteración del proceso de visualizar las consecuencias del acto. La participación abierta de los actores, la exposición ante testigos y la escasa ganancia del acto denotarían dificultades en el proceso cognitivo.

En el primer caso fueron denunciadas por testigos casuales y en el segundo por uno de los participantes en uno de los tantos interrogatorios. No se contó, en los ejemplos, con la confesión de las mujeres.

No se usaron drogas en el momento previo, las víctimas eran conocidas, en una en forma más periférica y en la otra por parentesco de primer grado. Y si bien se usaron armas, en uno de fuego y en el otro una maceta y una sábana para lograr la asfixia, las mujeres no tuvieron contacto con las mismas.

Desde la visión de Sutherland, en la rápida detención de los responsables se puede ver la disposición eficaz del sistema legal ante delitos de *cuello azul*,¹⁶³ en contraposición con la ineficacia y enorme *cifra negra* ante los delitos de *cuello blanco*.

Desde la teoría crítica, daría cuenta el enfoque del *labelling approach*, fundamentalmente en el primer caso, en el que las chicas habrían sido judicializadas previamente. Esta intervención del aparato estatal represivo habría facilitado la conformación de una identidad delictiva en las jóvenes. El pasaje por la Policía, la justicia y demás instituciones represivas habría hecho identificarse a las adolescentes con un lugar de infractoras y por lo tanto actuar en conductas esa identificación.

Desde la teoría clásica, la pena, en este caso el encierro en un centro de privación de libertad, generaría una comunicación a la sociedad de la consecuencia negativa de un acto ilegal con la finalidad de desanimar una acción con esas características. En las personas en cuestión el encierro, con lo negativo que tiene ese estado, conllevaría a desalentar un acto similar. Esta teoría tendría una difícil aplicación para un sector numeroso de la población que vive en una situación miserable, con carencias de todo tipo y que a su vez ha tejido una red de vinculaciones dentro de los lugares de encierro. Muchos de estos jóvenes que han estado presos sienten una suerte

163. Los delitos de *cuello azul* son aquellos que se realizan con el propio cuerpo del ofensor y no implican de por sí violencia física; por ejemplo, el hurto. En general son cometidos por personas de sectores sociales más desfavorecidos.

de *nostalgia* de su estadia, con lo que tienen escasa motivación para intentar el difícil camino, lleno de obstáculos, de una inserción en la legitimidad social.

De aquí que desde una visión utilitarista, que tiende a maximizar lo bueno, buscaría penas que tendieran a disminuir la reincidencia.

IV. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad para adolescentes por género

Para analizar la proporcionalidad evaluando la severidad de la respuesta del Estado ante las infracciones, se establecerán tres hipótesis: los y las adolescentes son tratados en forma igualitaria; los varones son tratados con mayor dureza por el sistema judicial; y las adolescentes son tratadas con mayor dureza.

Analizaremos la información proporcionada por el SIPI y por la muestra de 20 casos de varones y 20 de mujeres que fueron judicializados por los juzgados letrados de menores de Montevideo por cometer hurtos o rapiñas.

Estos delitos fueron tomados por ser los que tienen mayor representación relativa femenina (la cantidad y variedad de delitos realizados por varones no presentan dificultades para el análisis). En el resto de las tipificaciones delictivas era extremadamente difícil tener un número de infracciones cometidas por mujeres que permitiera obtener una muestra y datos contrastables.

1. SIPI

a) Los datos proporcionados por el SIPI se refieren al número de delitos realizados por adolescentes varones y mujeres en Uruguay que por esa razón son ingresados al Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil (INTERJ), del INAU. En este sistema se contabiliza el número absoluto de delitos y no las personas, por lo que una misma persona puede estar contabilizada más de una vez.

Se debe aclarar que los adolescentes ingresados al INAU son aquellos cuya infracción se entiende que reviste mayor relevancia, pues existe otro número de infracciones menores que para los jueces no son pasibles de una sanción *dura* y por lo tanto no determinan el ingreso al INAU.

Esos casos de delitos menores pueden merecer un apercibimiento, la entrega a padres, un seguimiento del DAS.

Por otro lado, los datos se refieren a ingresos, por lo que puede ocurrir que la misma persona tenga más de un ingreso, en casos de reincidencia; los casos de salida no autorizada (SNA), por ser una duplicación y no estar discriminada la causa del primer ingreso, no fueron tomados en cuenta.¹⁶⁴

Gráfico 3

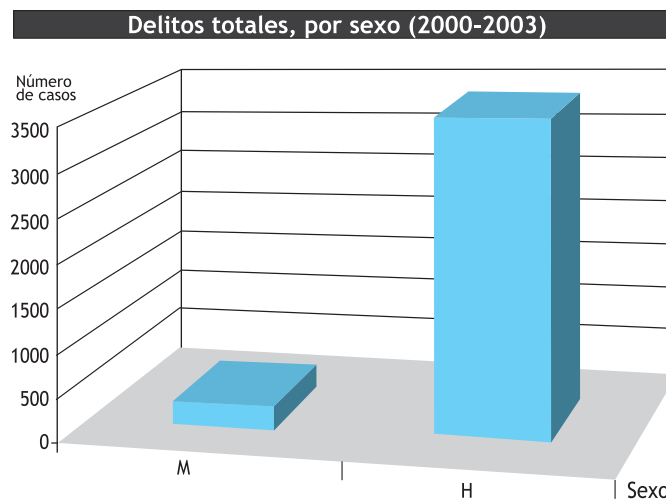


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Tenemos un total de 3.778 ingresos para el período, 3.499 son varones y 279 son mujeres. En porcentajes son el 92,5% y el 7,5%, respectivamente.

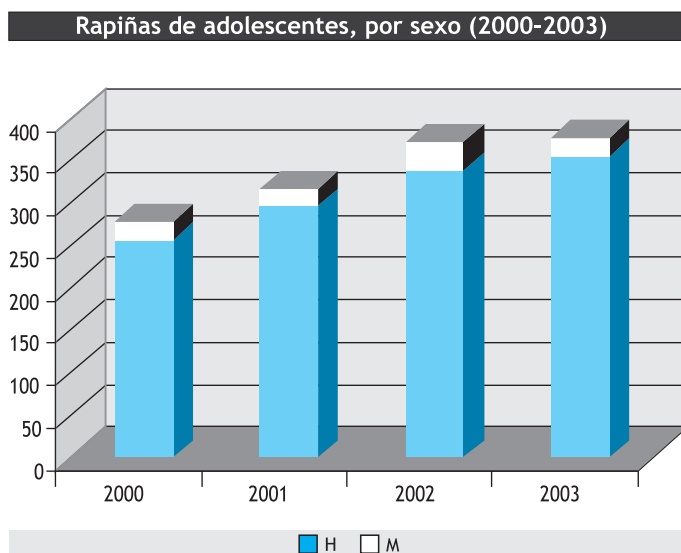
Se analizará la proporcionalidad tomando en cuenta dos variables fundamentales: el tipo de pena (privación de libertad CMS, privación de libertad SMS) y sanción no privativa de libertad (LA); la otra variable es el tiempo medido en meses.

Para la ejecución de la sanción de privados de libertad SMS (la totalidad son adolescentes masculinos), en la fuente del SIPI aparecen un grupo de adolescentes que ingresa por comisión de delito y otros que ingresan por razones de amparo, tales como entrega de los padres, núcleo familiar en riesgo, consumo de drogas, vagancia. Los ingresos por causales no infraccionales no fueron tomados en cuenta, como tampoco los ingresos por SNA. Esta causal no fue registrada por repetir un ingreso y por no conocerse la causa inicial de ingreso.

164. Entre los casos de ingreso por SNA aparecen mezclados ingresos por *fugas*, sean de centros con *medidas* como de centros de amparo. De todos modos, la fuga no es un delito.

A) Rapiña

Gráfico 4



En este cuadro se pueden apreciar los totales de rapiñas cometidas por adolescentes de ambos sexos. Los porcentajes por año de acuerdo con el sexo son los siguientes: en el 2000: 92% y 8%; en el 2001: 93% y 7%; en el 2002: 90% y 10%; en el 2003: 94% y 6%. El promedio del período es de 92,3% de varones y 7,7% de mujeres.

Cuadro 39. Meses de pena para delitos de rapiña (2000-2003)

	CMS		SMS		LA	
	H	M	H	M	H	M
Menos de 1 mes	40	4	33	0	9	3
1-3 meses	128	17	36	0	82	14
4-6 meses	191	9	22	0	168	14
7-9 meses	71	1	9	0	98	15
10-12 meses	54	2	6	0	58	5
13-18 meses	48	0	6	0	43	5
19-24 meses	11	6	4	0	15	3
25-30 meses	5	0	2	0	1	0
31-36 meses	1	0	0	0	0	0
37-48 meses	4	0	0		0	0
49-60 meses	0	0	0	0	0	0
Más de 60 meses	4	0	0	0	0	0

Cuadro de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

En cuanto a la rapiña, ingresó al SIPI por esta causal en el período 2000-2003 un total de 1.149 varones y 98 mujeres. Cada varón cumplió promediamente 7 meses de pena contra 5,5 de las mujeres.

Gráfico 5. Rapiña y tipo de pena

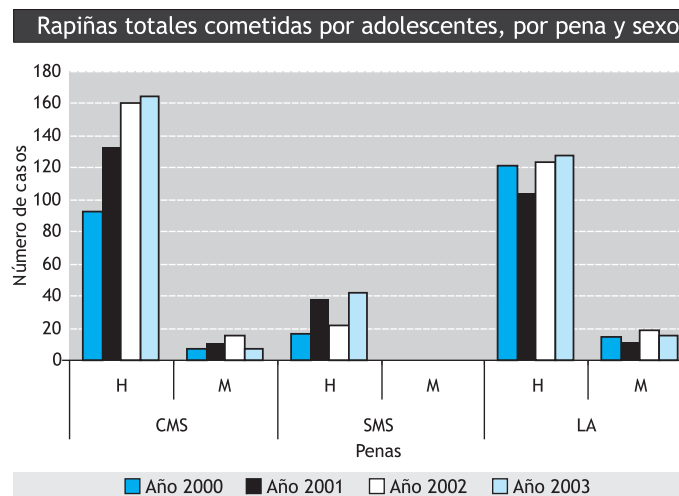


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Estos datos permiten apreciar que el 58% de los varones es privado de libertad por la comisión del delito de rapiña (el 48% CMS y el 10% SMS). El restante 42% obtiene LA, una pena con menor restricción de libertades.

Por el lado de las mujeres, el 40% es privado de libertad y el restante 60% tiene como pena LA.

Rapiña y duración de la pena

Pasaremos a analizar la duración de la pena para la rapiña discriminada por tipos de pena y meses.

Como se puede apreciar en el gráfico 6, los plazos más extensos son para los hombres; el mayor de todos está dado en la pena más dura, CMS, que alcanza los 60 meses, si bien el porcentaje mayor se ubica entre los cuatro y los seis meses. En las mujeres el mayor porcentaje está entre uno y tres meses.

En SMS (pena solamente dada a los varones), un porcentaje importante no cumple el primer mes, debido a fugas, pero en algunos casos se prolonga más de 30 meses.

Gráfico 6

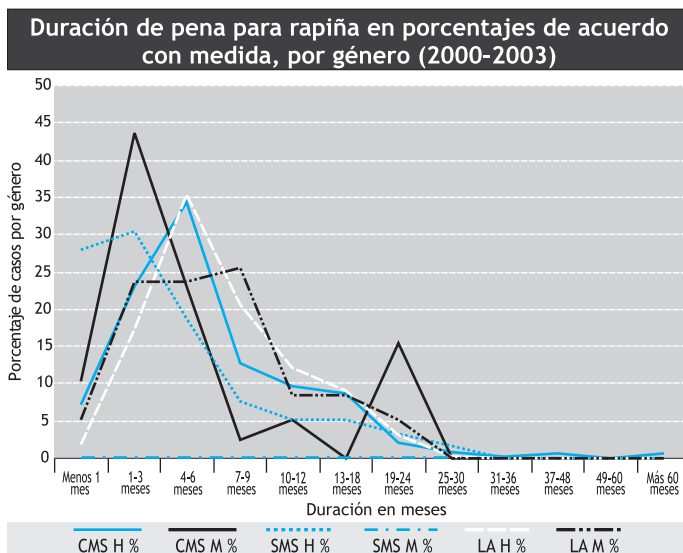


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

En LA, si bien el porcentaje mayoritario en las mujeres es más extenso (el de hombres está entre los cuatro y los seis meses), la mayor extensión es para hombres, con casos excepcionales de más de 25 meses.

Rapiñas de adolescentes con sanción CMS por sexo

En cuanto a la pena de rapiña por sexos CMS, se registran estos datos: en los varones son 557 y en las mujeres 39; los varones cumplen una pena promedio de siete meses y las mujeres de 5,6 meses.

Gráfico 7

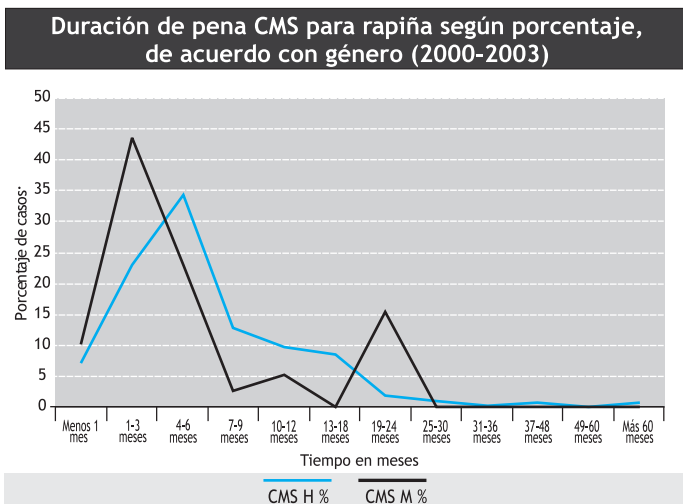


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Rapiñas con sanción SMS

Con respecto a la sanción de privación de libertad SMS, el promedio para los varones es de 4,8 meses. No tenemos posibilidad de comparación con mujeres por no existir esta pena para ellas, en la medida que no existe ningún centro del INAU con estas características para mujeres.

Rapiñas con sanción LA por sexo

Con respecto a LA, tenemos un total de 474 varones y 59 mujeres, que cumplen 7,5 y 5,3 meses respectivamente.

Gráfico 8

Duración de pena LA para adolescentes que cometen rapiñas según porcentaje, por género (2000-2003)

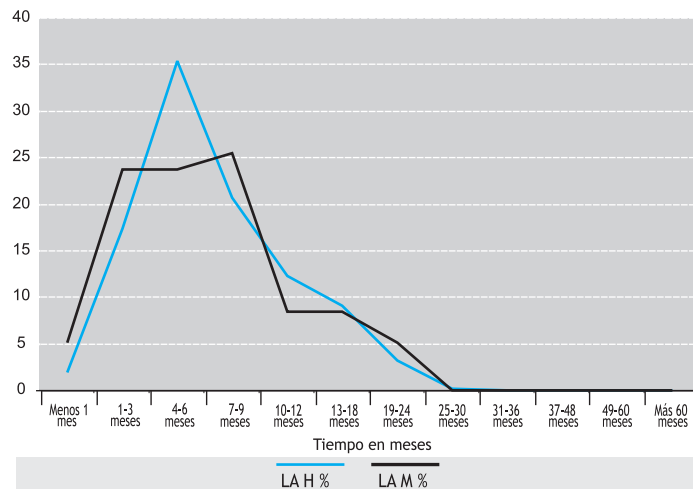


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Cuadro 40. Resumen de rapiñas

	Hombre	Mujer
CMS	557	39
SMS	118	0
LA	474	59
Proporción de penas		
CMS	48%	40%
SMS	10%	0%
LA	42%	60%
Promedio de tiempo en meses		
CMS	7,0	5,6
SMS	4,8	0,0
LA	7,5	5,3

Prueba de chi cuadrado

La aparente relación entre medidas y género que muestra el cuadro queda confirmada cuando aplicamos el test estadístico para probar independencia entre variables *chi cuadrado*. El valor de x^2 da (27,2) y es significativo al 99%. Por lo que se puede rechazar la hipótesis nula de que hay independencia estadística entre las medidas aplicadas y el género en lo que respecta a los delitos de:

B) Hurtos

Gráfico 9

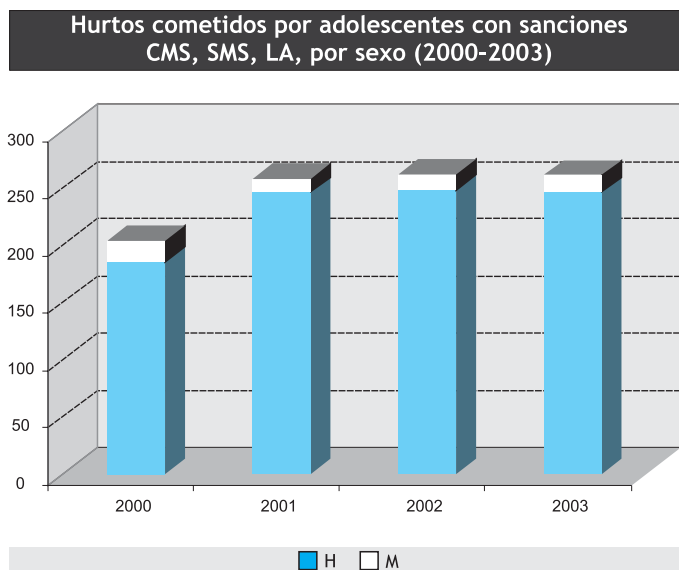


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

En el siguiente cuadro se representan los totales de adolescentes que cometen hurto y por ese motivo reciben como sanción CMS, SMS y LA. En el año 2000 la proporción fue 90% para varones y 10% para mujeres; en el 2001, 95% y 5%; en el 2002, 94% y 6% y en el 2003 se repitió la proporción del año anterior. El promedio para el período fue 93,25% para varones y 6,75% para mujeres.

Cuadro 41. Hurtos cometidos por adolescentes y medidas aplicadas, por sexo

	CMS		SMS		LA	
	H	M	H	M	H	M
Menos de 1 mes	8	2	86	0	7	0
1-3 meses	36	7	96	0	111	9
4-6 meses	35	5	58	0	159	18
7-9 meses	20	1	11	0	120	8
10-12 meses	8	0	7	0	50	4
13-18 meses	11	1	4	0	20	2
19-24 meses	3	0	4	0	3	1
25-30 meses	2	0	3	0	1	0
31-36 meses	0	0	1	0	0	0
37-48 meses	0	0	1	0	0	0
49-60 meses	1	0	0		0	0
Más de 60 meses	0	0	1		0	0

Cuadro de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

En cuanto a los hurtos, tenemos los siguientes datos: el total para el período es de 929 hurtos, 869 realizados por varones y 60 por mujeres. Los varones cumplieron en promedio de 5,6 meses y las adolescentes cumplieron un promedio de 5,5 meses.

Del total de varones el 46% fue privado de libertad por hurto, frente al 26% de las mujeres.

Con respecto a LA, esta sanción se le impone al 54% de los varones frente al 74% de las mujeres.

Duración de pena de hurto, por sexo

Gráfico 10

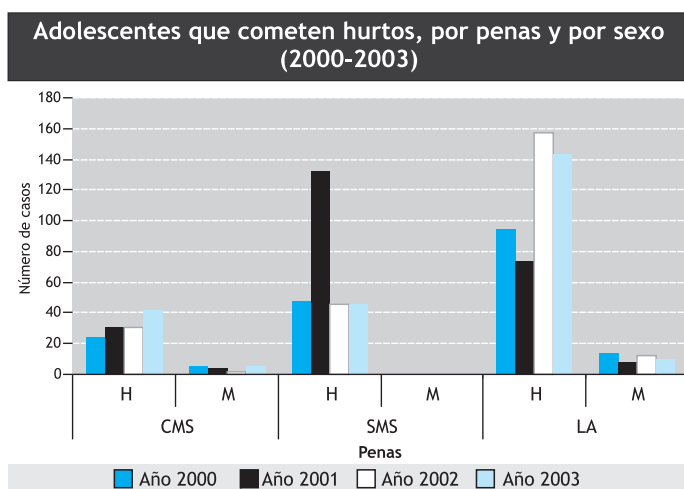


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Como se aprecia en este gráfico, la medida más aplicada para hurtos es la de LA; también hay adolescentes mujeres con esa sanción. Luego viene SMS (ya dijimos que no existen centros para mujeres y por ese motivo no se les aplica) y por último CMS.

En la evolución por años de acuerdo con cada sanción, CMS tuvo una evolución ascendente, SMS tuvo un importante incremento en el año 2001 y LA, luego de un gran aumento en el 2002, disminuyó para los dos sexos en el 2003.

Gráfico 11

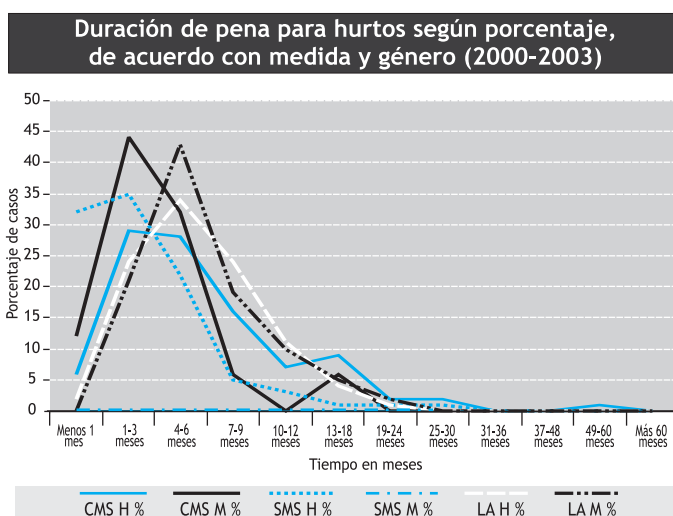


Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Como se aprecia, la medida más utilizada para el hurto es LA, con un tiempo mayoritario para hombres y mujeres de entre 10 y 12 meses.

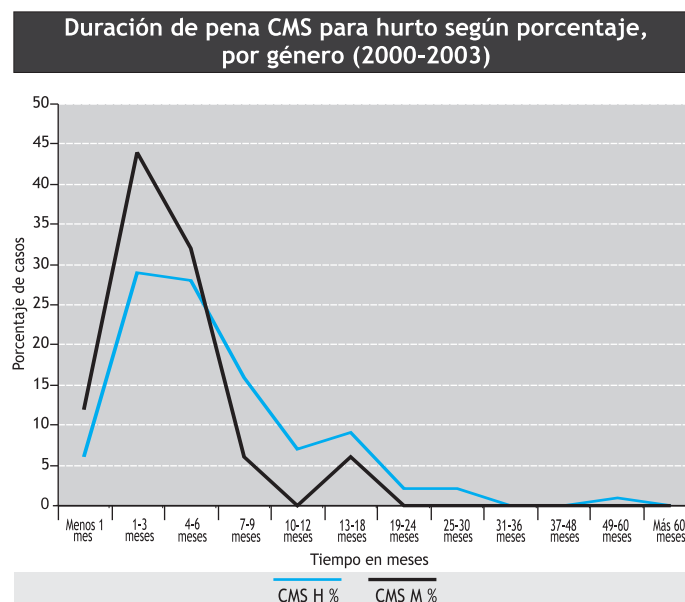
En CMS, si bien los tiempos aparecen con semejanzas, el pico en las mujeres está más concentrado y en los varones se extiende con más amplitud.

La sanción SMS tiene un porcentaje importante de entre uno y tres meses, lo que se explica por una alta incidencia de fugas. No obstante mayoritariamente tiene un cumplimiento de entre nueve y doce meses.

Hurto CMS

En la desagregación por tipo de pena encontramos CMS para un total de 129 varones y 16 mujeres, lo que equivale al 15% de los varones y al 26% de las mujeres.

Gráfico 12



Los varones cumplen en promedio 6,5 meses de pena y las mujeres 3,9 meses.

Gráfico de elaboración propia con base en datos proporcionados por el SIPI.

Hurto SMS

En la sanción SMS sólo tenemos varones. Son 272, en total el 31% de los que cometen hurto. Cumplen un promedio de 2,9 meses cada uno de ellos.

Un alto porcentaje no cumple un mes, por lo que el promedio general disminuye en forma importante.

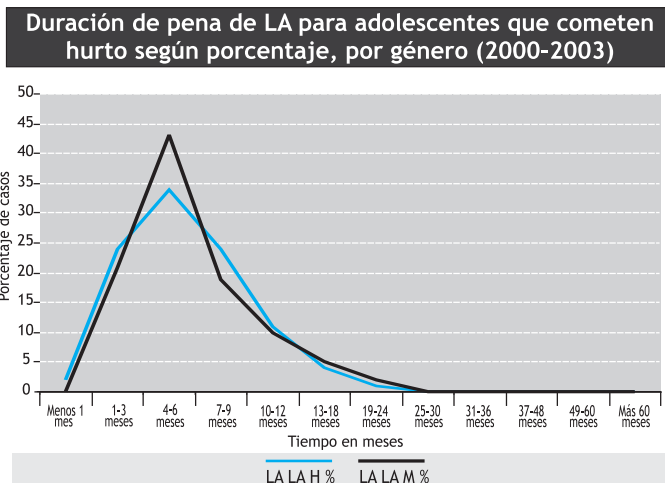
El cumplimiento promedio de hurto SMS es de 2,9 meses.

Hurtos LA

En cuanto a los hurtos que cumplen LA, son un total de 512 adolescentes, de los cuales 469 son varones y 43 son mujeres.

El promedio de la sanción es de 3,8 meses y 6,2 meses, respectivamente.

Gráfico 13



Cuadro 42. Resumen hurtos

	Hombre	Mujer
CMS	129	16
SMS	272	0
LA	469	43
Proporción de penas		
CMS	15%	29%
SMS	31%	0%
LA	54%	74%
Promedio de tiempo en meses		
CMS	6,5	3,9
SMS	4,0	0,0
LA	6,2	6,2

Con respecto a los hurtos se puede apreciar que los adolescentes varones tienen un mayor tiempo promedio que las mujeres. Un factor que le da más fuerza a esta afirmación es que esta diferencia temporal se da en la medida más fuerte, que es la privación de libertad, con más de 50% de diferencia.

Prueba de chi cuadrado

	Hombre	Mujer	Total
CMS	129	16	145
SMS	272	0	272
LA	469	43	512
Total	870	59	929

La aparente relación que muestra el cuadro entre medidas aplicadas para hurto y género queda confirmada cuando aplicamos el test estadístico para probar independencia entre variables χ^2 . El valor de significación del estadístico de (0,00000112) confirma la relación entre las mencionadas variables. Por lo que se puede rechazar la hipótesis nula de que hay independencia estadística entre las medidas aplicadas y el género en lo que respecta a los delitos de hurto.

2. Análisis de la muestra de casos

a) Medida dispuesta

En cuanto a la medida impuesta en la sentencia interlocutoria, el 55% de los varones es privado de libertad, de ellos el 30% CMS. Por el lado de los jóvenes, el 35% es privado de libertad, solamente el 10% CMS.

De estos datos se desprende una mayor severidad en las penas para los varones.

Más allá de las teorías relevadas dentro del universo jurídico para determinar mayor severidad, se podría suponer en la justicia una intuición de mayor *peligrosidad*¹⁶⁵ de los varones. El único dato diferencial objetivo que se puede relevar es el menor uso de armas en las mujeres.

165. Esta es una categoría ambigua, que se describe en la consideración de las influencias subjetivas acerca de las personas sospechosas o que cometen delitos. Intervienen elementos de un derecho de autor en contraposición a uno de actor.

En cuanto a especificar el lugar donde se interna, de la lectura de expedientes y de las entrevistas surge que no se especifica en los casos SMS.

Cuadro 43. Definición de internación por parte del juez, por sexo

	Varón	Mujer
No	55%	35%
Si	5%	35%
SD	40%	30%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

b) Determinación de tiempo

La determinación de tiempo en la sentencia interlocutoria se da en mayor proporción en los casos de mujeres; esto se correlaciona con la mayor variedad de medidas. Se suelen determinar los tiempos (en general poco prolongados) para seguimiento en DAS y arresto domiciliario, pero es menos frecuente en los casos de internación o LA (25% frente a 5%).

Cuadro 44. Tiempo dispuesto por juez en interlocutoria para adolescentes que cometen delitos, por sexo

	Varón	Mujer
Menor a 1 día	0%	10%
Menor a 1 mes	0%	10%
3 meses	10%	15%
SD	90%	65%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

c) Cumplimiento de la medida

En este aspecto se revela un mayor cumplimiento de los varones, que entre totalmente y semi alcanzan el 85%, frente al 60% de las muchachas.

Asimismo, el 35% de las adolescentes no cumple, frente al 15% de los varones.

El no cumplimiento se debe principalmente a la no concurrencia ante citaciones de seguimiento del DAS y LA.

Esta correlación también se vincula con la mayor diversidad de medidas. Las medidas no privativas de libertad (DAS, LA, etcétera) tienen ma-

**Cuadro 45. Medida cumplida por adolescentes infractores,
por sexo**

	Varón	Mujer
No cumplida	15%	35%
Internación CMS	35%	15%
Internación SMS	10%	10%
Internación sin especificar	0%	10%
LA	35%	20%
Seguimiento	5%	5%
SD	0%	5%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

yor probabilidad de no cumplimiento que las medidas con privación de libertad.

Por otro lado también podría influir el hecho de que los varones que no cumplen tienen mayor probabilidad de ser perseguidos por ello. En la medida que se los considere más *peligrosos* tendrían mayor compulsión al cumplimiento.

En los varones el mayor porcentaje de incumplimiento es por fuga. En general se dan en la internación SMS, aunque pueden darse en salidas en sanciones CMS.

**Cuadro 46. Razón de semi o no cumplimiento de medida
por parte de adolescentes que cometen infracciones, por sexo**

		Varón	Mujer
Razón de semi o no cumplimiento	Fuga	40%	18%
	No concurre	30%	73%
	Reincide	10%	0%
	Fugas	0%	9%
	Fue asesinado	10%	0%
	SD	10%	0%
Total de casos		100% (10)	100% (11)

d) Tiempo

En cuanto al tiempo de duración de la sanción, si se suman todas las medidas y los meses cumplidos en ellas resultan ser más extensos en los varones. En las adolescentes todas terminan en un lapso de 12 meses, mientras que el 20% de los varones tienen más de 13 meses. En cuanto al total de meses cumplidos, los varones cumplen en promedio 5,9 meses y las adolescentes 4,1 meses.

Cuadro 47. Duración de medida para adolescentes que cometen infracciones, por sexo

	Varón	Mujer
Menor de 1 mes	20%	25%
1 mes	0%	15%
1-3 meses	20%	12%
5-7 meses	20%	22%
8-11 meses	5%	0%
12-15 meses	15%	20%
18-20 meses	10%	0%
SD	10%	5%
Total de casos	100% (20)	100% (20)

e) Tiempo en sentencia

En cuanto al tiempo de sentencia existe una diferencia en la prolongación a favor de los varones. Si bien la muestra se reduce porque no todos los casos tienen sentencia en el expediente, el tiempo determinado en total es 36% menos para las mujeres.

Cuadro 48. Tiempo dispuesto en sentencia definitiva para adolescentes que cometen infracciones, por sexo

	Varón	Mujer
0	0,0%	16,5%
5-7 meses	20,0%	33,5%
8-11 meses	40,0%	0,0%
12-15 meses	10,0%	25,0%
17-20 meses	20,0%	8,5%
20-24 meses	10,0%	0,0%
SD	0,0%	16,5%
Total de casos	100,0% (10)	100,0% (20)

Además se analizó sin encontrar diferencias significativas:

1. Actuación de la fiscalía

En la actuación activa de la fiscalía, que tiende a imponer la característica de la severidad de la medida, hay una leve diferencia a favor de los varones. Esto implicaría mayor atención y acción de los fiscales para imponer una medida a favor de los varones.

2. Actuación de la defensa

En cuanto a la acción de la defensa, hay una leve superioridad a favor de los varones. La actuación de los defensores puede ser correlativa al pedido fiscal, por lo que a mayor acción de los fiscales existiría una mayor respuesta de los defensores.

3. Apelación de la sentencia

No se constatan apelaciones, por lo tanto no existe diferencia de sexo. Esto es congruente con la investigación DNI-UNICEF (DNI-UNICEF, 2002) que muestra que no hay uso del recurso en el sistema.

4. Recuperación de bienes

Este ítem se refiere a la recuperación de los bienes sustraídos en la acción de la infracción, ya sea en casos de tentativas o en casos resueltos por investigación.

Se tuvo en cuenta que la recuperación puede ser total o parcial. La recuperación del bien en forma total es superior en las adolescentes. Si se suma la devolución total con la parcial hay una diferencia a favor de los varones. La posibilidad de retener el bien está directamente asociada con el tiempo de demora entre el incidente y la detención. Es decir, la probabilidad de retorno del bien aumenta cuando disminuye el tiempo que transcurre entre la infracción y la detención. Con el aumento del tiempo transcurrido la devolución del bien tiende a ser parcial (porque ya se utilizó, se gastó el dinero o hay posibilidad de esconder una parte).

En síntesis

De estos datos se puede concluir que los adolescentes varones son tratados con mayor dureza por la comisión de los mismos delitos; si bien los datos deben ser tomados con cautela dado lo reducido de la muestra.

Un porcentaje mayor de varones es privado de libertad, el 55%, frente al 35% de las adolescentes mujeres; y de los que son privados el mayor porcentaje lo es CMS (35% y 10%, respectivamente). En cuanto al tiempo, las penas de los varones son 40% más extensas (un promedio de 5,9 meses y 4,15 meses, respectivamente); este dato está asociado con un mayor cumplimiento de la medida: entre cumplimiento total y semi alcanza el 85% frente al 60%.



Tercera parte



Propuesta para la evaluación
de los sistemas penales juveniles
a través del principio de proporcionalidad

Capítulo

VIII

Índice de exceso punitivo
Una propuesta para evaluar
el sistema penal juvenil

IEP: una propuesta para evaluar el sistema penal juvenil

En la esfera del 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).¹⁶⁶

Cuando nos referimos a la proporcionalidad en el Estado democrático no estamos refiriéndonos a un concepto vacío y abstracto, ni tampoco a una simple regla aritmética, por el contrario lo estamos ubicando dentro de una estructura de Estado y una concepción política e ideológica. [...] El principio de proporcionalidad no es un principio neutral, ni tampoco tiene un carácter formal, más bien el principio de proporcionalidad debe identificarse con los valores e intereses constitucionalmente protegidos y que en un momento determinado, el legislador los ha favorecido con la protección que busca mayor eficacia, con la protección penal. Así por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la autodeterminación y a la propiedad han sido reconocidos como valores preferentes y que para garantizar la observancia de estos valores se ha hecho necesaria la norma penal dentro del principio de proporcionalidad. Aceptar la proporcionalidad como un simple concepto neutral o formal sería como negar, aparte de la perspectiva histórica de este principio, toda la fundamentación del Estado democrático de derecho. Es precisamente dentro de esta fundamentación política e ideológica que se debe ver favorecido en todo momento al individuo sin importar intereses del Estado que podrían la adopción de medidas constitucionalmente inadmisibles (Carlos Tiffer).¹⁶⁷

Como expresa el epígrafe de este capítulo, la proporcionalidad no es una mera ecuación matemática para correlacionar pena con sanción, sino un concepto históricamente construido que opera como límite al accionar penal del Estado. Resaltar esta racionalidad política e ideológica implica asumir una posición clara en tanto es necesario elaborar procedimientos, propuestas que afiancen el control democrático del accionar estatal, que

166. Paul Ricœur, "Interpretación del mito de la pena", en: *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 324.

167. Carlos Tiffer, 2002, p. 266.

en el ámbito penal se caracteriza por una inercia punitiva que repercute sobre los sectores sociales más alejados del poder económico, social y político.

La pregunta inicial de la que se parte apunta a establecer la posibilidad de valorar, medir o mensurar la actuación del sistema penal juvenil con relación al principio de proporcionalidad. ¿Es posible evaluar si la actuación del sistema penal es proporcional a las actuaciones de los adolescentes? De ser posible, ¿de qué forma? Y ¿qué dimensiones revisten mayor interés para mensurar la proporción o desproporción de la actuación estatal frente a los adolescentes criminalizados por infracciones a la ley?

El primer paso en la construcción de un índice de proporcionalidad supone delimitar el concepto que quiere cuantificarse, lo que nos enfrenta a la pregunta: ¿qué es la proporcionalidad? Medir implica un acuerdo *mínimo* acerca del atributo del objeto proporcionalidad. Este paso está incluido en las cuatro etapas recomendadas por Lazarsfeld: representación literaria del concepto, especificación de las dimensiones, elección de los indicadores observables y síntesis de los indicadores o elaboración de índices.¹⁶⁸

Comenzamos por establecer, al menos de forma esquemática, una noción preliminar acerca del principio de proporcionalidad, que implica establecer un límite a la acción punitiva del Estado en el sentido de que opera como prohibición del exceso de penalización. Esta primera aproximación nos enfrenta a otra pregunta: ¿por qué medir la proporcionalidad? Una primera respuesta, casi refleja, remite al necesario seguimiento de los derechos de los adolescentes que ingresan al sistema judicial mediante una medida específica que permita observar la evolución de la proporcionalidad de la respuesta punitiva a lo largo del tiempo.

Desde un enfoque de derechos humanos la aplicación de este principio se torna un instrumento de garantía para los ciudadanos frente a las actuaciones estatales. Para realizar la representación literaria del concepto *proporcionalidad* utilizaremos un resumen del planteo que nos propone Ricardo Perciballe en el capítulo I de este libro, que reiteramos a continuación para mayor comodidad del lector.

1. Se debe asumir que los sistemas de responsabilidad incorporados en las legislaciones analizadas significan verdaderos sistemas penales pues subyace aflicción, en tanto menoscabo de bienes jurídicos (derechos) para el adolescente.

168. R. Boudon, P. Lazarsfeld, *Metodología de las ciencias sociales*, Barcelona, Laia, p. 36.

2. Ello no implica desconocer las particularidades del sistema penal juvenil, del interés superior del niño y de la protección integral, contextualizada como principio educativo.
3. Tampoco podrán soslayarse algunos axiomas básicos del sistema penal juvenil:
 - a) *Principio de última ratio de la sanción*: búsqueda de estrategias alternativas a la respuesta habitual a través de la desjudicialización.
 - b) Diversificación y progresión de las medidas a disponer.
 - c) *Principio de última ratio de la privación de libertad*: como medida de último recurso frente a hechos de gravedad o cuando hubieren fallado las medidas previas adoptadas.
4. Finalmente, tanto para decidir si se interviene desde la respuesta punitiva tradicional como para la selección de la medida, y aun para el cuántum de ella, se deberá tomar en cuenta el grado de injusto y de culpabilidad.

Para ello se deberá tener presente que existe un claro orden de prelación. **Primero, que atañe a intervenir o no desde lo punitivo, y para el caso de resolver intervenir deberá optar por las medidas que no entrañen privación de libertad.**

Por último, sólo después de sorteadas estas barreras podrá determinarse el internamiento, que a su vez guardará cierta graduación: domiciliario, de tiempo libre y finalmente en centro especializado. Por último, y para el caso de disponerse restricciones de derechos, se deberá dosificar el cuántum punitivo.

Asimismo, vale la pena recordar algunas ideas que aparecen en párrafos anteriores del capítulo y que forman parte del concepto de proporcionalidad que intentamos medir.

A partir de la CDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (resolución 45/113) se ha consolidado lo que ha dado en llamarse la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia.

Asimismo, se afianzan a través de estos instrumentos el principio de legalidad en detrimento del de tutela de la irregularidad y el juicio de responsabilidad en desmedro del de peligrosidad.

Y este reconocimiento explícito de derechos de los NNA ante el Estado conlleva un verdadero estatus jurídico configurativo de un límite al poder punitivo.¹⁶⁹

A partir de la normativa internacional se reconoce carta de ciudadanía presente y no futura a los NNA, y por tanto sujetos de derecho y también de responsabilidades. Responsabilidades, claro está, que estarán en consonancia con la edad que poseen (artículo 5 de la CDN).

Por lo tanto la autonomía evolutiva en el ejercicio de derechos va unida a una progresiva responsabilidad por sus acciones.¹⁷⁰ Este proceso se aquilatará al momento de resolver el conflicto intersubjetivo, que necesariamente deberá tomar en cuenta la edad del joven para la imposición de la medida.

En síntesis, este es el concepto de proporcionalidad que vamos a intentar medir, y si la proporcionalidad es un principio que intenta limitar el exceso punitivo del Estado, un índice que mida la evolución de dicho exceso punitivo a lo largo del tiempo puede convertirse rápidamente en una gran herramienta para el control ciudadano del ejercicio de los derechos de los adolescentes.

Luego de transitar rápidamente por algunos tópicos acerca de *qué* es lo que vamos a medir y *por qué* nos interesa cuantificar el exceso punitivo, nos enfrentamos a una interrogante fundamental: ¿es posible cuantificar proporcionalidad? Frente a un escepticismo demasiado sencillo, que se niega a medir cualquier cosa arguyendo una infinita complejidad de la realidad, nosotros preferimos, en la línea de Stevens,¹⁷¹ guiarnos por lo sugestivo del esfuerzo en tanto:

Medida [...] es algo más que la pedante búsqueda de una colocación en la serie decimal. Sus aspectos vitales y absorbentes emergen más claramente quizá cuando algo que nunca ha sido medido se convierte en una cuestión de medida. O mejor todavía, algo que siempre ha sido considerado como inconmensurable.

169. Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Colombia, Forum Palis, 1995/6, pp. 82 y ss.; Miguel Cillero, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre Derechos del Niño", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 2, 2001, p. 113.

170. Ver al respecto Miguel Cillero, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 2, octubre de 2001, p. 117; "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", en: *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 3, diciembre de 2001, p. 56.

171. S.S. Stevens, citado en Selltiz, Jahoda, Deutsch y Cook, *Métodos de investigación en las relaciones sociales*, Madrid, Rialp (séptima edición).

Podríamos denominar *inconmensurabilidad del exceso punitivo* a la objeción vigorosa a nuestras intenciones. El argumento es que la proporcionalidad es un principio general del derecho y que cada caso de aplicación particular es incomparable. Se trataría de un modelo tipo saturado imperfecto en el que cada celda (o incluso cada caso) de los datos considerados supondría una explicación diferente. El corolario de la objeción es que *“no hay dos infracciones iguales”*. El razonamiento supone que no pueden determinarse las variables a incluir en el modelo.

Este argumento se basa en un supuesto muy discutible, dado que deberíamos considerar una serie infinita de carátulas, y como consecuencia podríamos pensar en una serie infinita de sanciones. Asimismo, marca la tendencia hacia un derecho de autor que puede resultar violatorio de principios generales del derecho (dogmática jurídico-penal), específicos de la CDN (artículo 40.4, de la diversidad de las medidas, y 40.1) y de las Reglas de Beijing (5.1 y 17.1). De todos modos es necesario superar la retórica *discursiva* que también nutre el concepto de proporcionalidad: “la sanción deber guardar determinado grado de relación con la magnitud del injusto, y de la culpabilidad, las que dependerán de las circunstancias concretas de cada situación planteada, por esencia, variables e imponderables”.

Esta cuestión puede superarse si se recurre a la idea de resocialización e integración a la comunidad (prevención especial positiva) y al principio de culpabilidad, que establece el límite a la pretensión punitiva del Estado. En suma, si todas las variables que pueden influir en la situación de una infracción concreta son inconmensurables a un punto tal que no se puedan exigir pautas mínimas de respuesta por parte del Estado, el sistema completo de garantías carece de sentido y el Estado tiene poderes absolutos para disponer el destino de los sujetos.

La Convención es muy clara cuando nos propone una reducción de la aplicación de las penas a los adolescentes (última ratio de la sanción, se deben buscar estrategias alternativas a la judicialización), fundamentalmente de la privación de libertad (última ratio de la privación de libertad, como medida de último recurso frente a hechos de gravedad o cuando hubieren fallado las medidas previas adoptadas),¹⁷² en tanto constituyen una lesión a sus derechos. Por su parte, la privación de libertad debe leerse en con-

172. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Regla 2:

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

sonancia con el interés superior del niño, aunque preferimos referirnos, como sostiene Cussiánovich (2005) en referencia a la formulación que efectúa la Constitución brasileña, a la absoluta prioridad de los derechos de los niños y adolescentes frente a otros derechos, aun a la seguridad pública de la población.

El fuerte carácter ideológico que ha adquirido la tensión entre los derechos humanos de los adolescentes responsables de infracciones a la ley penal por un lado, y los derechos de la sociedad por otro, la hace aparecer como una tensión irresoluble. Muchas veces son los mitos los encargados de sostener estas ideologías, y lo hacen tornando inviable la existencia de terrenos simbólicos comunes. Espacios que permitirían el desarrollo de estrategias punitivas en las que convivieran ambos tipos de derechos, aparentemente excluyentes.

En este sentido, debemos observar que uno de los mitos más perversos es aquel que representa a los adolescentes que cometen infracciones como *impunes*. La popular imagen de adolescentes que “*entran por una puerta y salen por otra*” luego de cometer una infracción resulta una cruel negación de la realidad de muchos adolescentes que habitan en durísimas condiciones en algunos de los centros de reclusión del INAU. Es necesario realizar una investigación específica para determinar cómo es que triunfa y se difunde esta imagen que desplaza la realidad de centros con condiciones de vida ampliamente insatisfactorias en términos de vigencia de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, es razonable pensar que un buen funcionamiento del sistema penal juvenil contribuye a la seguridad pública, en tanto las medidas-sanciones cumplan con algunas funciones esenciales tales como la promoción de la responsabilidad de los adolescentes por sus acciones enmarcadas en un contexto democrático y una promoción del ejercicio de sus derechos. En relación con este último punto, dado que la población típica del sistema, como observamos en el capítulo IV, se caracteriza por la falta de ejercicio de derechos económicos sociales y culturales, reforzar las líneas de promoción de esos derechos aparece como una necesidad fundamental.

Por otra parte el principio educativo de las sanciones penales involucra un límite a la actuación punitiva. Administrar las sanciones penales implica la *gestión del desequilibrio* (Silva Balerio, 2005) en la medida que las inercias punitivas tienen una tendencia a ocupar todos los espacios mientras que las propuestas educativas ingresan asumiendo el contexto adverso para forzar las posibilidades de instalar un encuentro educativo con los adolescentes que potencie su integración social y cumpla con la función económica de redistribución de las herencias culturales.

Todo lo anterior significa una exigencia concreta a los Estados, tanto de que provean al sistema de justicia una amplia oferta de medidas no privativas de libertad, como de que exploten adecuadamente la posibilidad de desjudicializar los conflictos emergentes de infracciones cometidas por adolescentes, con la instalación, por ejemplo, de servicios de mediación comunitarios.

Fundamento, construcción y cálculo del IEP

La aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil es un fenómeno de una gran amplitud y complejidad, que no afecta sólo a aquellos adolescentes efectivamente captados por este sistema sino a todos los NNA de una sociedad determinada en tanto potenciales destinatarios de una respuesta punitiva a sus acciones por parte del Estado. Encontramos que una de las restricciones más comunes a la hora de discutir la aplicación de este principio es la que se produce al centrar la discusión exclusivamente en la esfera judicial. Esto implica evaluar la proporcionalidad como el producto de una decisión libre y sin restricciones del juez, olvidando la importancia del entorno como condicionamiento fundamental de esas decisiones.

El enfoque sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que desarrollamos en este trabajo incluye en forma conjunta otras tres esferas que consideramos fundamentales para su medición: la legal, la policial y la de ejecución de sanciones. Con la combinación de estos cuatro subsistemas y la presentación de un resumen de situación en un índice sintético aspiramos a lograr un abordaje más completo, y complejo, del sistema penal juvenil. De esa forma nos acercaremos a una comprensión más cabal y a un mayor control de su funcionamiento.

¿Por qué consideramos estas cuatro esferas y no otras? Sabido es que las decisiones de los jueces ante una infracción deben apoyarse en la normativa legal vigente, esta es definitiva para el establecimiento de un sistema general de garantías, e indica, más en detalle, criterios para la dosificación y administración de las penas. También es cierto que la Policía cumple un rol de fundamental importancia tanto en la captación del público de NNA objeto del sistema de justicia, como en la construcción de la infracción, como vimos en el capítulo V. Por último, la oferta real de sanciones a disposición del juez y su experiencia pasada en cuanto a la eficacia de estas resultan condicionantes fundamentales de su decisión. Una ventaja definitiva de este enfoque es que permite esclarecer las responsabilidades

entre las diferentes agencias del Estado y la sociedad civil, factor decisivo a la hora de pensar propuestas de políticas y determinante para habilitar el control y buen ejercicio de la ciudadanía.

En función de todo esto proponemos un IEP integrado por cuatro componentes: el CL, el CPo, el CJ y el CE, como fórmula que no pretende ser total ni absoluta pero permite ejercer un buen control ciudadano del ejercicio punitivo del Estado sobre los NNA. El resultado del índice es una expresión numérica que resume los distintos componentes de lo que hemos entendido son prácticas concretas o elementos tangibles que habilitan a un exceso en el ejercicio punitivo sobre los adolescentes por parte del Estado. En concordancia con el enfoque del presente trabajo, en particular con los argumentos profusamente desarrollados en los capítulos I, II y III respecto de la mayor importancia de la interpretación y aplicación de una norma sobre su letra textual, en el resumen del índice el CL se incorpora con una ponderación menor que el resto.

Por último, es importante observar que las ventajosas cualidades sintéticas de un índice que se expresa a partir de un único número no excluyen la posibilidad de analizar por separado la evolución de los distintos componentes o las dimensiones interiores de cada componente. **Esta característica del índice es muy importante en tanto responde al menos a tres objetivos clave. En primer lugar, permite una detallada comparación de sistemas penales juveniles de países diferentes, pero también de distintos momentos de un mismo sistema. En segundo lugar, contribuye a un esclarecimiento del funcionamiento del sistema que posibilita una justa adjudicación de responsabilidades entre los distintos agentes. Por último, y en directa relación con los anteriores, el seguimiento del sistema permite discriminar y observar por separado la evolución de sus esferas, y facilita notoriamente la elaboración de políticas públicas y la selección de prioridades.**

Construcción y componentes

Para la construcción de los componentes de los indicadores se utiliza la siguiente expresión, siempre en referencia a un determinado período.

$$\text{Valor del componente} = \frac{\text{Valor actual} - \text{Valor mínimo}}{\text{Valor máximo} - \text{Valor mínimo}}$$

Los máximos y los mínimos, así como las dimensiones relevantes de cada componente, fueron seleccionados con un criterio teórico a partir de un enfoque garantista.

Los valores del IEP están comprendidos en una escala de 0 a 1 y se obtienen como promedio ponderado de los cuatro indicadores.

A) CL

La existencia de normas contrarias al principio de proporcionalidad se considera un exceso punitivo del subsistema legal, en tanto esas normas conformarían una *puerta abierta* para un ejercicio discrecional del poder punitivo por parte del Estado que a su vez generaría una esfera punitiva de difícil control ciudadano. Las normas pueden referir tanto a quiénes son sujetos de punición (baja de la edad de inimputabilidad, límites mínimos de edad para iniciar procedimiento) como a cómo deben castigarse (limitación estricta y explícita de la privación de libertad, última ratio de la privación de libertad, necesaria progresión de las sanciones).

Las discusiones respecto de cuál es el límite de edad a partir del cual los jóvenes deben ser juzgados como adultos se dan, con mayor o menor intensidad, en todos los países de América Latina. Desde un enfoque de derechos humanos, las características específicas de la justicia juvenil y las propias de las etapas de desarrollo del sujeto, desarrolladas en la definición de proporcionalidad, se conjugan para considerar violatoria cualquier incursión de los menores de 18 años en el sistema penal de adultos. Esta será una de las cinco dimensiones a partir de las cuales evaluaremos el exceso punitivo del Estado dentro de la esfera legal. La segunda parte de los mismos argumentos considera que es propia de un sistema garantista la existencia de normas que establezcan una edad mínima, por debajo de la cual los niños no son responsables penalmente, ni siquiera ante la justicia juvenil.

La privación de libertad, detrás de la pena de muerte y la prisión perpetua (verificadas en los hechos¹⁷³ a pesar de estar explícitamente prohibidas en el artículo 37 de la Convención), es la sanción que implica la mayor

173. Arabia Saudita, Congo, Estados Unidos, Irán, Nigeria, Pakistán y Yemen son los siete países donde se ha documentado la aplicación de la pena de muerte por delitos cometidos por adolescentes: "El país con mayor número de ejecuciones de las que se tiene noticia es Estados Unidos. Al menos dos de estos países, Pakistán y Yemen, han modificado desde entonces su legislación para excluir esta práctica" (Amnistía Internacional, 2000).

Asimismo, Argentina es el único país de América Latina que aplica penas de prisión perpetua a adolescentes; de esa forma viola la Constitución y la CDN (Colegio de Abogados de la Capital Federal, UNICEF, 2003).

privación de derechos posible para un adolescente. Por ende, desde un enfoque de derechos humanos se entiende que la normativa debe establecer límites explícitos para su utilización porque. De lo contrario, su eventual aplicación discrecional por parte del Estado corre grave peligro de constituir un exceso punitivo.

Esto adquiere particular importancia cuando pensamos en casos de infracciones que a pesar de no agredir la integridad física de las personas obtienen la privación de libertad como sanción. A este respecto, una noción básica del principio de proporcionalidad se puede formular en la siguiente expresión: “la privación de derechos que conlleve la sanción nunca podrá ser superior a los derechos (bienes jurídicos) afectados por la infracción”. Este precepto intenta no sólo dar garantías a los adolescentes, sino también prevenir que la sociedad ingrese en una espiral de violencia con el Estado como principal agente. Todo lo anterior nos lleva a considerar, en la tercera dimensión del CL, un exceso punitivo la inexistencia de normas que restrinjan de forma explícita el conjunto de infracciones pasibles de ser sancionadas con privación de libertad.¹⁷⁴

Las últimas dos dimensiones traducen en términos operativos elementos que aparecen en forma idéntica en la definición de proporcionalidad que utilizamos. La inexistencia de normas que establezcan explícitamente la última ratio de la privación de libertad y la necesaria progresión en la aplicación de sanciones se considera, desde un enfoque de derechos, un exceso punitivo por parte del Estado.

En suma, estas cinco dimensiones conforman un primer componente del índice que aborda aspectos sustanciales del principio de proporcionalidad que está presente en la esfera legal de todos los sistemas de justicia juvenil. La medición de este componente puede realizarse como se detalla a continuación:

Máximo: inadecuación normativa, que habilita el exceso punitivo en las cinco dimensiones en el período z (INHEP = 5).

1. La inimputabilidad no llega hasta los 18 años para todos los niños (el sistema penal juvenil no incluye a toda la población adolescente menor de 18 años).
2. No existe límite de edad mínima para iniciar proceso penal a NNA.

174. Por ejemplo, la ley penal juvenil de Costa Rica establece que sólo puede ser privado de libertad un adolescente que es considerado responsable de un delito que para un adulto implique seis años de penitenciaría. Esta es una solución de limitación de la aplicación de la privación de libertad a adolescentes.

3. No se limita de forma estricta y explícita el alcance de la privación de libertad como sanción.
4. No se establece explícitamente la privación de libertad como última ratio de las sanciones.
5. No se establece explícitamente la necesaria progresión de las sanciones.

Mínimo: adecuación normativa en las cinco dimensiones en el período z (INHEP = 0).

Fórmula del indicador CL:

$$CL = \frac{INHEP - 0}{5 - 0}$$

B) CJ

La centralidad del subsistema de justicia en la aplicación del principio de proporcionalidad se ve reflejada en la complejidad de su indicador, que está integrado por tres subcomponentes: cuantificación de la privación de libertad como norma (PLN), es decir, violación de la última ratio; privación de libertad como excesiva respuesta (PLER); y ausencia de progresión en la aplicación de sanciones (APAS). Veamos cómo se fundamenta y calcula cada uno para luego pasar a su resumen como indicador global del componente.

PLN. La última ratio de la privación de libertad implica que esta debe aplicarse sólo frente a hechos graves y como último recurso, es decir, ni siquiera en las infracciones graves debe entenderse la aplicación de esta sanción como norma. En este sentido se opta por fijar el 5%¹⁷⁵ como máximo porcentaje tolerable (que no quiere decir deseable) de casos sancionados con privación de libertad, barrera a partir de la cual se entenderá que se está violando la última ratio. En cuanto al máximo, si bien el límite máximo es obviamente el 100%, pensamos que un rango de variación tan importante (de 5% a 100%) no permitiría reflejar con claridad en los números la distancia entre sistemas radicalmente diferentes. A esto se debe agregar que un porcentaje superior al 50% de casos privados de libertad conformaría una regla en la aplicación de sanciones.

175. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *excepcional* significa: "1. adj. Que constituye excepción de la regla común. 2. adj. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez".

Consideramos que buena parte de la eficacia del índice se juega en su capacidad de lograr un equilibrio entre la realidad de los distintos sistemas a observar y la aspiración de excepcionalidad para la privación de libertad propia de un sistema garantista, por lo tanto fijamos en 50% el máximo teórico para esta sanción. En caso de observarse sistemas con niveles de privación de libertad que superen el 50%, se computarán como el máximo para permitir su incorporación a la comparación. No obstante, el carácter alarmante de tal situación (privación de libertad como sanción por excelencia) deberá ser contemplado en una sección apartada, como se plantea al final del presente capítulo.

Máximo: 50% de los casos ingresados al juzgado en el período z.

Mínimo: 5% de los casos ingresados al juzgado en el período z.

Fórmula del subcomponente PLN del CJ:

$$\text{PLN} = \frac{\% \text{PL}^{176} - 5\%}{50\% - 5\%}$$

PLER. Retomando argumentos presentados en la discusión acerca de las dimensiones del CL del índice y teniendo presente la transformación vital que la aplicación de las normas introduce a su expresión literaria, recordemos que uno de los aspectos fundamentales del principio de proporcionalidad es que la afectación de derechos para el infractor no puede ser mayor a la afectación de derechos de la víctima. Dada la enorme diversidad de bienes jurídicos protegidos por las normas y de sanciones aplicables, cualquier indicador que quiera dar cuenta de una excesiva respuesta punitiva deberá seleccionar pares de derechos protegidos por la norma y derechos restringidos por la sanción, dejando fuera otros posibles.

La selección que hemos hecho para este indicador combina dos criterios relevantes: la difusión de la infracción que vamos a considerar (hurto, en tanto trasgresión típicamente observada en los jóvenes para distintos países); y la significativa distancia entre los bienes que afecta y los derechos restringidos por la sanción (PL). Tomaremos, entonces, la porción de adolescentes que cometieron una infracción de hurto y fueron sancionados con PL como un claro indicador de exceso en la respuesta punitiva del

176. Privación de libertad.

Estado. Es decir, la respuesta punitiva como tutela de un bien jurídico determinado se torna absurda y contraproducente cuando daña bienes jurídicos superiores. En relación con la PL, si se considera el daño psicológico, físico y moral de su aplicación a adolescentes ante infracciones que no hubieran afectado bienes jurídicos de la víctima, la respuesta punitiva es totalmente desproporcionada.

En este caso, con base en la referencia histórica reciente que aportan los datos de Uruguay, fijaremos como máximo el 35%, que es precisamente el porcentaje de privados de libertad por hurto y tentativa de hurto para el período 1994-2002. Los avances discursivos en cuanto a superación de la doctrina tutelar y aprobación de un CNA (en el que se elimina la tentativa de hurto como hecho punible) hacen pensar que niveles tan elevados de exceso punitivo no volverían a presentarse.

Máximo: 35% de los casos ingresados al juzgado por hurto y sancionados con PL.

Mínimo: 0% de los casos ingresados al juzgado por hurto y sancionados con PL.

Fórmula del subcomponente PLER del CJ:

$$\text{PLER} = \frac{\% \text{PL por hurto} - 0\%}{35\% - 0\%}$$

APAS. Retomando la expresión literaria del concepto de proporcionalidad que intentamos medir, recordemos que una de sus dimensiones fundamentales es la idea de progresión en las sanciones. La idea de progresión y el orden de prelación —que va desde la no judicialización hasta la privación de libertad en un centro especializado, pasando por todas las sanciones ordenadas de menor a mayor restricción de derechos— establecen claramente la especificidad del principio en la justicia juvenil. El origen de esta particularidad es claro y proviene de su alimentación de otras normas específicas sobre los derechos del niño: “interés superior del niño y de la protección integral de este contextualizado como principio educativo”.

En la justicia juvenil no debe *encontrarse la sanción más adecuada para cada infracción* porque su especificidad indica que la sanción será *más adecuada* cuanto menor menoscabo de sus derechos implique. El orden de prelación no señala que el sistema de justicia deba *descartar en primer*

lugar la desjudicialización y luego las medidas menos punitivas en orden ascendente. Muy por el contrario, dicho concepto señala que en primer lugar el sistema penal juvenil deberá considerar —ante cada caso— la desjudicialización e iniciar un proceso a partir de circunstancias particulares —del caso— que lo justifiquen, y sucesivamente, con el mismo criterio, justificar su consideración de sanciones con mayor grado de privación de derechos.

Este principio podrá traducirse a una esfera cuantificable a partir de la idea de probabilidad. Las características *excepcionales* o *particulares* de cualquier fenómeno pueden traducirse a la esfera estadística como *baja probabilidad*. Es decir, si la *norma* es la circunstancia más común de cualquier fenómeno (y por ende, la de mayor probabilidad) y las *excepciones* son los casos que se desvían, entonces la traducción estadística de estas es una baja probabilidad de suceso. De esta forma, entendemos que el resultado (*output*) de un sistema de justicia juvenil que actúe según el principio de proporcionalidad deberá otorgar a cada *potencial infractor mayor probabilidad de no ser judicializado* que de serlo; mayor probabilidad de ser procesado sin sanción penal que de serlo; mayor probabilidad de ser procesado sin privación de libertad que de serlo, etcétera.

¿Cómo medimos la aplicación de este principio por la justicia juvenil? Según la Escuela Frecuencista (Novales, 1996), la probabilidad de un evento cualquiera “puede aproximarse adecuadamente a partir de su frecuencia histórica, siempre y cuando se considere un número de casos significativos en relación al fenómeno estudiado (cada vez mejor, cuanto más grande el N)”.

Medir la probabilidad de un fenómeno a partir de un caso cualquiera carece de sentido, puesto que confluye en él una cantidad infinita de factores y circunstancias particulares de modo alguno mensurables. Pero a medida que aumentamos el número de casos la incidencia de estos factores comienza a disminuir por la vía de su neutralización recíproca. La consideración histórica de un fenómeno jamás nos dirá qué es lo que va a suceder en la próxima oportunidad, pero sí nos indicará claramente qué es lo que podemos esperar. Si aplicamos estas nociones al problema de saber con qué prelación son consideradas las distintas sanciones por el sistema de justicia juvenil ante las infracciones de los adolescentes, debemos fijarnos en sus respectivas frecuencias.

El efecto esperado de un sistema que hiciera una correcta aplicación del principio sería una estructura histórica de resultados con una frecuencia mayor de desjudicialización de los adolescentes y con frecuencias decrecientes a medida que avancemos hacia las sanciones que atañan a una mayor privación de libertad. Esta estructura de sanciones (modelo ideal propuesto por la Convención) se puede representar gráficamente de forma muy clara con la imagen de una pirámide, como se hace en el capítulo 4.

En este caso, una pequeña cúpula representa un reducido número de casos privados de libertad, sigue un escalón intermedio en donde se agrupan los casos con proceso que recibieron otras sanciones (OS), y por último una extensa base representa una mayoría de casos que fueron desjudicializados. En el mismo sentido, podríamos hablar de la no aplicación de dicho principio en la medida en que encontraríamos una estructura histórica de frecuencias que se distanciara de la anteriormente descrita.

E incluso, podemos no sólo cuantificar el distanciamiento con respecto al resultado prescrito por las normas (no aplicación principio), sino además medir la evolución en el tiempo de este fenómeno. Por ejemplo, si encontramos que un año tiene un número suficiente de casos como para establecer de forma fiable que la frecuencia de sanciones resultante nos permite hablar de una probabilidad de suceso en cada una de ellas, la distancia entre esa estructura resultante y lo que la aplicación del principio de proporcionalidad prescribe para la justicia juvenil podría ser cuantificada y a su vez comparada con la cuantificación del fenómeno para otros años.

Para cuantificar la idea de progresión hemos elegido utilizar tres tipos de respuestas estatales a infracciones de adolescentes relativamente universales: privación de libertad, OS judiciales y desjudicialización. Estas respuestas no sólo se encuentran en todos los países sino que son factibles de cuantificación para largos períodos de tiempo. Por otra parte, la forma de medir esta idea consiste en observar si efectivamente se cumple este orden de prelación, es decir, si el número de casos en los que no se interviene desde lo punitivo (desjudicialización o DJ) es mayor que el número de casos en que sí se interviene (I), luego comparar dentro de las intervenciones el número de privados de libertad (PL) con el número de quienes recibieron OS, y por último comparar los dos extremos, DJ y PL. Se entenderá que existe una alteración del orden de prelación, y por tanto un exceso punitivo, cuando la sanción más punitiva supere en número de casos a la menos punitiva.

Máximo: $3 = \{ (DJ < I = 1) + (OS < PL = 1) + (DJ < PL = 1) \}$

Mínimo: 0 (funciona el orden de prelación)

Fórmula del subcomponente APAS del CJ:

$$APAS = \frac{APAS - 0}{3 - 0}$$

Fórmula del indicador de CJ:¹⁷⁷

$$CJ = \frac{PLN + PLER + 2(APAS)}{4}$$

C) CPo

La actuación policial, a pesar de tener una enorme relevancia en la aplicación del principio, no siempre es plenamente considerada a la hora de discutir sobre proporcionalidad. Su inclusión en el presente esfuerzo tiene, en principio, dos razones fundamentales: la Policía es la principal puerta de acceso de los adolescentes al sistema de justicia juvenil; y, por ende, es la acción policial la primera respuesta estatal que recibe un adolescente acusado de cometer una infracción a la ley. Ya se derivan de este planteo dos grandes subcomponentes que nos van a interesar en cuanto a la acción policial. Por un lado, tenemos las preguntas de *quiénes* y *por qué* son seleccionados por la Policía para ingresar al sistema de justicia juvenil; y por otro, *cómo* son tratados los adolescentes una vez detenidos y mientras permanecen en la esfera judicial.

Sobre *quiénes* y *por qué* son detenidos

Con respecto a las primeras dos preguntas la Constitución uruguaya establece que las personas sospechosas de haber cometido una infracción sólo pueden ser detenidas in fraganti delito o por una orden explícita del juez. En cuanto a la primera opción, existe una gran polémica en torno al concepto *flagrancia impropia* (situación en la que una concatenación de hechos conectados directamente con la infracción permitirían sospechar de una persona), que según algunas versiones también habilitaría a una detención legal.

Pero en ningún momento se discute que la detención de un adolescente (como de cualquier persona) sólo por adjudicársele un *aspecto sospechoso* o una supuesta *actitud sospechosa*, sin mediar infracción comprobada ni denuncia alguna, resulta una clara violación de sus derechos. Los cuales por cierto, arrastran consigo a todo el Estado democrático de derecho.

Las detenciones realizadas por la Policía que no procedan de una orden judicial o no puedan probar el infraganti delito o la flagrancia impropia, es decir, aquellas que no tengan como justificación el requisito de proceder a

177. Con una ponderación para la dimensión de progresión porque esta incluye la totalidad de la acción judicial.

partir de una infracción, se consideran instancias propicias para el ejercicio de una enorme y difícilmente controlable discrecionalidad policial, en tanto habilitan la criminalización de poblaciones por prejuicios sociales como fenotipo, cultura, vestimenta, apariencia, etcétera. Estos fenómenos se encuentran, en mayor o menor medida, presentes en todos los países y tienen una incierta evolución histórica.

Las detenciones motivadas sólo por el *aspecto sospechoso* del adolescente representaron en promedio un alarmante 17% de los expedientes judiciales iniciados en Uruguay entre 1994 y 2002 (DNI-UNICEF, 2003). Aunque es razonable suponer que esta porción fue aún mayor entre los adolescentes que no fueron derivados a la esfera judicial. Pero desde un enfoque de derechos humanos, siempre pensando en un control ciudadano del accionar estatal, ambos problemas, si bien bastante diferentes, son relevantes.

En el primer caso la acción judicial (inicio del expediente) legitima un acto inconstitucional por parte de la Policía, mientras que en el segundo, si no medió ningún contacto con el juez, el margen para la acción policial se acerca a un máximo sumamente peligroso para los adolescentes, dada la total falta de garantías. Es sobre esta base que consideramos que una correcta medición del concepto de proporcionalidad debe incluir ambos problemas: adolescentes detenidos por *sospechosos* y luego procesados (ADSP); y total de adolescentes detenidos por la Policía sin mediar infracción alguna (ADSI). En lo atinente a la cuantificación, en ambos casos tomaremos porcentajes. Mientras que para la fijación de máximos seguiremos el ejemplo del subcomponente APAS de la esfera judicial, redondearemos en 20% el resultado que arrojan los datos de la historia reciente de Uruguay y equiparemos con el máximo los porcentajes superiores. Por último, haremos un promedio simple para obtener un indicador global sobre los adolescentes detenidos en forma inconstitucional (ADI).

ADSP

Máximo: 20% de casos detenidos por *sospechosos* y luego procesados

Mínimo: 0% de casos detenidos por *sospechosos* y luego procesados

Fórmula del subcomponente ADSP del CPo:

$$ADSP = \frac{\%ADSP - 0}{20\% - 0}$$

Adolescentes detenidos por la Policía sin mediar infracción
Máximo: 20% de casos detenidos por *sospechosos* sin pasaje a la justicia
Mínimo: 0% de casos detenidos por *sospechosos* sin pasaje a la justicia

Fórmula del subcomponente ADSI del CPo:

$$\text{ADSI} = \frac{\% \text{ADSI} - 0}{20\% - 0}$$

Adolescentes detenidos de forma inconstitucional

$$\text{ADI} = \frac{\text{ADSP} + \text{ADSI}}{2}$$

Sobre *cómo* son tratados los adolescentes detenidos

Una larga historia de abusos ha determinado la necesidad de que existan, en todos los países, diversas normas que apunten a salvaguardar los derechos de los adolescentes mientras se encuentran en manos de la Policía. Aun así, estas normas conviven con variadas formas de vulneración de derechos de las cuales quizás el maltrato físico (incluido el homicidio), por su significación, sea la más conocida. Probablemente las dificultades para discernir los acontecimientos en circunstancias altamente complejas hayan contribuido al encubrimiento de una profunda y oscura cultura institucional en el ejercicio de un arbitrario poder coercitivo.

Un control ciudadano de estos excesos punitivos se puede hacer básicamente desde dos perspectivas diferentes: la primera, reaccionando ante los resultados o consecuencias, y la segunda, vigilando la existencia de garantías que prevengan su ocurrencia. Lo anterior implica reunir datos acerca de las denuncias de maltrato (o de los procesos iniciados a policías por esta causa) o reunir datos que den cuenta del correcto cumplimiento de las normas sobre detención por parte de la Policía. Ambos caminos tienen dificultades. No todos los casos de maltrato son denunciados, y una estricta vigilancia de las formalidades no da plena seguridad sobre la inexistencia de malos tratos.

La información de Uruguay indica que en el período 1994-2002 en el 11,5% de los expedientes figuraba que los adolescentes expresaban haber

sido sometidos a apremios físicos. La cuantificación del maltrato siempre conlleva polémica en tanto de un lado se argumenta que las denuncias no siempre son fundadas y del otro que los procesamientos iniciados ante denuncias son muy inferiores en número a los casos de malos tratos. En definitiva, por considerar que el seguimiento estadístico de los casos de maltrato tal vez reporte mayores complicaciones que la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre detención, hemos optado por incluir estas últimas en el índice.

La reciente aprobación del nuevo CNA introdujo modificaciones a la normativa vigente en Uruguay. Actualmente, en todos los casos de menores de 18 años detenidos y a disposición de la Policía el juez debe ser notificado antes de cumplidas las dos horas desde el momento de la detención, y en todos los casos los adolescentes deberán permanecer menos de 24 horas en dependencias policiales. Como indicador tomaremos, para cada país, el porcentaje de casos en los que alguna de las normas locales respecto de la detención no es estrictamente cumplida. Por tratarse de normas que no admiten excepciones, y considerando el criterio de excepcionalidad que utilizamos para el subcomponente PLN de la esfera judicial, fijamos como máximo 5%. Naturalmente que el mínimo será 0%.

Incumplimiento de normas sobre detención

Máximo: 5% de los casos en los que la Policía no cumple con alguna de las normas sobre detención

Mínimo: 0% de los casos en los que la Policía no cumple con alguna de las normas sobre detención

Fórmula del subcomponente IND del CPo:

$$IND = \frac{\%IND - 0}{5\% - 0}$$

Fórmula del indicador del CPo:

$$CPo = \frac{ADI + IND}{2}$$

D) Componente ejecución. El último componente del índice remite a las responsabilidades del subsistema de ejecución administrativo de medidas socioeducativas dispuestas por la normativa. En ese sentido es de relevancia que la instancia ejecutiva cuente con una oferta diversificada de medidas que disponga el Poder Judicial para su aplicación.

Este componente constituye el último eslabón de garantías que el sistema en pleno debe otorgar a los adolescentes judicializados por infracciones a la ley penal. Debe cumplir con la obligación de contribuir a la aplicación del principio de proporcionalidad en la justicia juvenil de dos formas fundamentales: en primer lugar, presentando una oferta diversificada de sanciones al subsistema judicial, principalmente de sanciones no privativas de libertad; y en segundo lugar respetando las condiciones mínimas de reclusión que postulan las normas internacionales para adolescentes PL.

No es posible exigir al subsistema judicial una correcta progresión y diversificación en la aplicación de medidas-sanciones, principalmente de las no privativas de libertad, si antes no existe una adecuada oferta en funcionamiento. Esta oferta no implica su existencia normativa en el CNA, sino la existencia de equipos integrados por profesionales debidamente calificados para la ejecución de las medidas socioeducativas.

Tampoco se puede considerar *proporcionada* una sanción que implique violación a los derechos humanos de un adolescente, como sucede cuando las condiciones de reclusión para adolescentes PL no respetan los mínimos exigidos por las normas, fundamentalmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Para el componente ejecución entenderemos un exceso punitivo la ausencia en la diversificación de la oferta de sanciones (ADOS) y el incumplimiento de las condiciones mínimas de reclusión (ICMR).

ADOS

Máximo ADOS: 9 (nueve sanciones no privativas de libertad que figuran en las normas y no se encuentran dentro de la oferta de los ejecutores).

Mínimo: 0 (cero sanciones no privativas de libertad que figuran en las normas y se no encuentran dentro de la oferta de los ejecutores, es decir, todas se encuentran en la oferta).

Listado progresivo de medidas y sanciones aplicables del CNA¹⁷⁸

Nombre	Artículo del CNA
Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima	Artículo 83
Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo	Artículo 81
Observancia de reglas de conducta	
Prestación de servicios a la comunidad	Artículo 82
Prohibición de conducir vehículos motorizados, por hasta dos años	
LA	Artículo 84
Libertad vigilada	Artículo 84
Internación en establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad	Artículos 88-95
Internación en establecimientos completamente separados de los establecimientos carcelarios destinados a adultos	Artículos 88-95

Fórmula del subcomponente ADOS del CE:

$$ADOS = \frac{(N^{\circ} \text{ de sanciones que no existen}) - 0}{9 - 0}$$

ICMR

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad nos proponen un conjunto de indicaciones relevantes que permiten valorar el funcionamiento de los centros de reclusión en tanto cumplimiento de ciertas condiciones mínimas. Como sostiene Uriarte (2005), estas reglas constituyen ante el sistema penal juvenil un “programas jurídicamente exigibles para limitar, contener, minimizar esa violencia institucional de fondo”.

El encierro —expresa Uriarte (2005)— es limitación del movimiento causada por un obstáculo externo que impide o limita al mínimo las comunicaciones con el exterior, donde el tiempo tiene una duración distinta, cualitativamente diversa, cuya intensidad es graduable y su finalidad es la exclusión.

178. Ver en anexos tabla con más desarrollo.

En la medida que la reclusión implica la gestión del tiempo es necesario desarrollar acciones que mitiguen los efectos negativos con la oferta de propuestas educativas que, aun en contextos adversos, posibiliten el desarrollo de las capacidades de los adolescentes. Por tanto es necesario acordar condiciones mínimas de reclusión que deben ser aseguradas por el Estado, en tanto garante de los derechos de los adolescentes privados de la libertad ambulatoria. La limitación extrema de ese derecho fundamental no puede acompañarse con la restricción de otros derechos, como a mantener contacto con la familia, a la asistencia sanitaria, a la educación, a la recreación, a la seguridad de integridad física y a mantener contactos lo más frecuentes posible con la comunidad a la que pertenece. Este último derecho tiene efectos sinérgicos en la medida que permite mantener contacto comunitario, relaciones sociales indispensables para el retorno del adolescente a su medio familiar y comunitario.

En este sentido, proponemos 20 dimensiones para incorporar en el subcomponente ICMR del componente ejecución, que juntas permitirían desarrollar un programa mínimo que reduzca los efectos negativos de la reclusión:

1. Medidas eficaces que fomenten los contactos abiertos entre los adolescentes y la comunidad local (regla 8).
2. Garantías a los menores reclusos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad (regla 12).
3. Inspecciones regulares por órganos independientes, sin previo aviso, por iniciativa propia y con plenas garantías en el ejercicio de esa función (regla 72).
4. Registro completo de ingresos con causal (regla 21).
5. Entrega de copia del reglamento al ingreso (regla XX). 24
6. Plan de tratamiento individual por escrito (regla 27).
7. Separación estricta de los adultos (regla 29).
8. Centros pequeños e integrados en el entorno social, cultural y económico de la comunidad (reglas 32-33).
9. Locales que satisfagan todas las exigencias de higiene y dignidad (regla 31).

10. Alimentación adecuada y disponibilidad de agua limpia y potable en todo momento (regla 37).
11. Derecho a continuar estudios (regla 18.b)
12. Derecho a disponer del resultado económico de tareas laborales (ahorro, pertenencias, familiares, reposición víctima, etcétera) (reglas 45-46).
13. Tiempo libre diario para actividades deportivas y recreativas (regla 32).
14. Atención de salud en medios comunitarios (regla 49)
15. Derecho a comunicarse con familiares, amigos y defensores (o con quien quiera) (regla 60).
16. Derecho a recibir visitas, como mínimo de regularidad semanal y con derecho a comodidad e intimidad (regla 60).
17. En todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas (regla 65).
18. Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas (regla 67).
19. Las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes elementos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor: a) la conducta que constituye una infracción a la disciplina; b) el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar; c) la autoridad competente para imponer esas sanciones; d) la autoridad competente en grado de apelación (regla 68).
20. Personal capacitado y en formación permanente en instituciones ajenas al centro de reclusión (regla 81).

Máximo: inadecuación normativa, que habilita el exceso punitivo en las veinte dimensiones en el período z (ICMR = 20)

Máximo ICMR: 20 condiciones mínimas de reclusión

Mínimo: 0 condiciones mínimas de reclusión

Fórmula del subcomponente ADOS del CE:

$$\text{ICMR} = \frac{\text{CMR incumplidas} - 0}{\text{CMR} - 0}$$

Fórmula del indicador del CPo:

$$\text{CE} = \frac{\text{ADOS} + \text{ICMR}}{2}$$

Fórmula de cálculo del IEP

$$\text{IEP} = \frac{\text{CL} + 2(\text{CJ}) + 2(\text{CPo}) + 2(\text{CE})}{7}$$

La medición del sistema penal juvenil implica un importante esfuerzo de consolidación democrática, de control del ejercicio de poder punitivo sobre los ciudadanos, fundamentalmente sobre los adolescentes. La propuesta está pensada para valorar la normalidad de los sistemas penales, esto es, su funcionamiento dentro de las normas de derechos humanos vigentes. Índice que mide la evolución de elementos estructurales de los sistemas de justicia juvenil desde un enfoque de derechos humanos y tomando como guía al principio de proporcionalidad como principio clave en el control de los excesos punitivos. Su eficacia en la construcción de sistemas de justicia juvenil con un mejor funcionamiento global podría verse menguada si se incluyeran en él manifestaciones puntuales de los sistemas que comprendan violaciones flagrantes a los derechos de los adolescentes, pero por su gravedad y en caso de presentarse estas nunca deberán quedar excluidas de la presentación de la información respecto de cualquier país y deberán ser debidamente ponderadas.

Son casos a considerar especialmente: las muertes de adolescentes en los sistemas de privación de libertad independientemente de la causal que aduzcan las autoridades, las penas de prisión perpetua, la pena de muerte, la tortura sistemática y las penas privativas de libertad cumplidas en cárceles de adultos. Cualquiera de estos hechos amerita una valoración de exceso de ejercicio del poder punitivo del Estado y debe ubicar al sistema penal en cuestión en un alerta.

Esquema de la fórmula del IEP

$$IEP = \frac{CL + 2(CJ) + 2(CPo) + 2(CE)}{7}$$

$$CL = \frac{INHEP - 0}{5 - 0}$$

$$CJ = \frac{PLN + PLER + 2(APAS)}{4}$$

$$CPo = \frac{ADI + IND}{2}$$

$$CE = \frac{ADOS + ICMR}{2}$$

$$PLN = \frac{\%PL - 5\%}{50\% - 5\%}$$

$$PLER = \frac{\%PL \text{ por hurto} - 0\%}{35\% - 0\%}$$

$$APAS = \frac{APAS - 0}{3 - 0}$$

$$ADI = \frac{ADSP + ADSI}{2}$$

$$IND = \frac{\%IND - 0}{5\% - 0}$$

$$ADOS = \frac{(N^{\circ} \text{ de sanciones que no existen}) - 0}{9 - 0}$$

$$ICMR = \frac{CMR \text{ incumplidas} - 0}{CMR - 0}$$

$$ADSP = \frac{\%ADSP - 0}{20\% - 0}$$

$$ADSI = \frac{\%ADSI - 0}{20\% - 0}$$



Anexos



Anexo



Duración de las sanciones
en el sistema INTERJ
de acuerdo con los datos del SIPI

Duración de las sanciones en el sistema INTERJ de acuerdo con los datos del SIPI

Como se ha expresado, en los expedientes judiciales existían diversos defectos de información para dar cuenta de la duración de las distintas sanciones. Dadas esta dificultad y la relevancia de esta información, se aportan datos del SIPI acerca de este punto, con el fin de ampliar la información con que contamos y avanzar en la comprensión del problema.

Antes de iniciar es necesario efectuar algunas precisiones. Los datos del SIPI no representan el total de casos que transitan el sistema penal juvenil, dado que se concentran en dos sanciones: LA y privación de libertad. Según las estimaciones realizadas, la información presentada corresponde en términos generales a alrededor del 75% del total de casos. Si analizamos por tipo de infracción, la información varía sustancialmente, ya que corresponde a más del 90% de los homicidios, las lesiones y rapiñas, y a menos del 70% de los casos de hurto y otras infracciones.

Frente a estos inconvenientes aparecen algunas ventajas: no se trata de una muestra sino del total de casos del sistema INTERJ del período 2000-2003, y el registro es más sistemático que con relación a los expedientes judiciales, dado que el SIPI es utilizado como un instrumento operativo de gestión y conocimiento de los NNA que cumplen sanciones en el INAU o en ONG en convenio con la institución estatal.

Porcentaje promedio de aplicación de sanciones agrupadas por tipo de infracción

	LA	Privación de libertad
Lesiones	80%	20%
Tentativa de hurto	65%	35%
Hurto	63%	37%
Violación	44%	56%
Rapiña	43%	57%
Homicidio	13%	87%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

El orden que se establece entre las distintas infracciones responde a la progresión de menor a mayor del porcentaje de privación de libertad que se registra para cada infracción. La infracción que registra un menor porcentaje de privación de libertad son las lesiones (20%). Ello llama la atención cuando observamos el conjunto, ya que una infracción como la tentativa de hurto, que no registra ningún tipo de violencia contra las personas, marca porcentajes de privación de libertad muchos más elevados (35%).

La tabla que sigue presenta la distribución porcentual de las sanciones agrupadas según tipo de infracción. En razón de la cantidad de casos, los homicidios, las violaciones y lesiones reciben un tratamiento desagregado, distinto del utilizado en la muestra de expedientes judiciales. Además se ofrecen datos de tentativa de hurto, por tratarse de un tipo de infracción vigente en el período de referencia. Podemos observar las variaciones que se producen en los cuatro años analizados.

**Porcentaje de aplicación de sanciones
agrupadas por tipo de infracción**

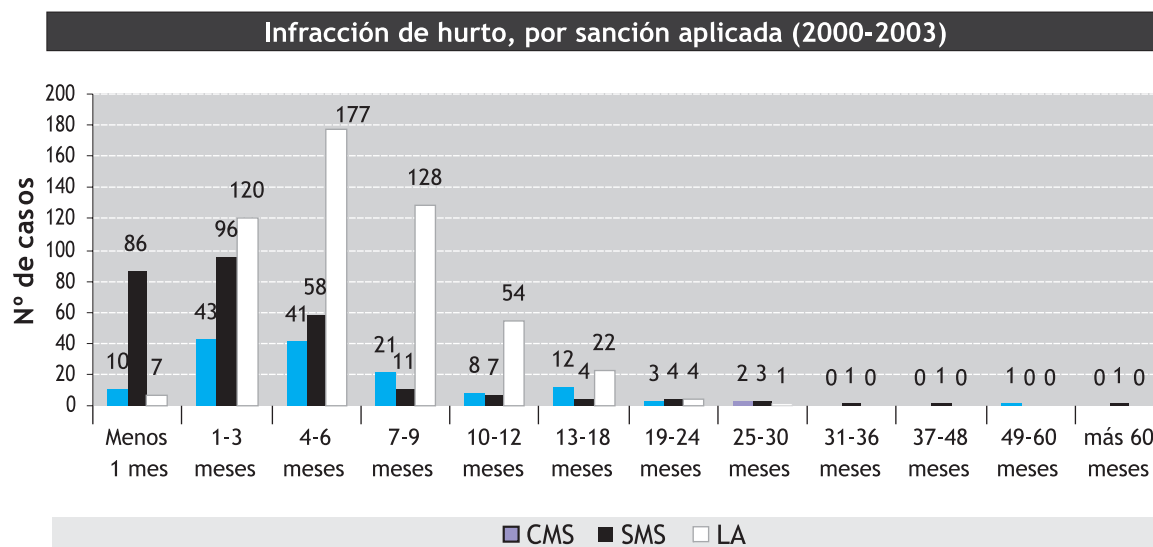
	Año	LA	Privación de libertad
Tentativa de hurto	2000	66%	34%
	2001	39%	61%
	2002	76%	24%
	2003	79%	21%
Hurto	2000	59%	41%
	2001	62%	38%
	2002	68%	32%
	2003	62%	38%
Rapiña	2000	52%	48%
	2001	39%	61%
	2002	42%	58%
	2003	40%	60%
Lesiones	2000	72%	28%
	2001	73%	27%
	2002	89%	11%
	2003	87%	13%
Violación	2000	47%	53%
	2001	54%	46%
	2002	42%	56%
	2003	33%	67%
Homicidio	2000	16%	84%
	2001	17%	83%
	2002	13%	87%
	2003	5%	95%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU.

A continuación se presenta un conjunto de datos desagregados por tipo de infracción y sanción aplicada. Una variante que presentaremos es la subdivisión de la privación de libertad en CMS¹⁸² y SMS,¹⁸³ y LA, clasificación de carácter administrativo que asumía el INAU para la gestión de los centros de privación de libertad.

Hurto

En esta primera gráfica se presentan los números absolutos de casos que cumplieron sanciones en el sistema INTERJ, por el tiempo de duración de esta.



En la siguiente tabla observamos la concentración del tiempo de duración según los distintos tipos de sanciones, frente a la infracción de hurto.

182. CMS, se trata de centros de reclusión con características carcelarias: celdas, módulos, perimetral, guardia policial externa, traslados con esposas (en algunas ocasiones grilletes), etcétera.

183. SMS, centros de privación de libertad donde tradicionalmente convivían adolescentes responsabilizados por infracciones y casos de protección; cuentan con mínimas condiciones de seguridad.

Tipo de sanción por tiempo de duración para la infracción de hurto

	CMS	SMS	LA
Menos de 1 mes	7,1%	31,5%	1,3%
1-3 meses	30,5%	35,3%	23,3%
4-6 meses	29,1%	21,3%	33,3%
7-9 meses	14,9%	4,0%	23,7%
10-12 meses	5,7%	2,6%	12,5%
13-18 meses	8,5%	1,5%	4,3%
19-24 meses	2,1%	1,5%	0,8%
25-30 meses	1,4%	1,1%	0,6%
31-36 meses	-	0,4%	0,2%
37-48 meses	-	0,4%	-
49-60 meses	0,7%	-	-
Más de 60 meses	-	0,4%	-
Total	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

Rapiña

Porcentaje de rapiñas que reciben tipo de sanción

Año	LA	PL
2000	52%	48%
2001	39%	61%
2002	42%	58%
2003	40%	60%

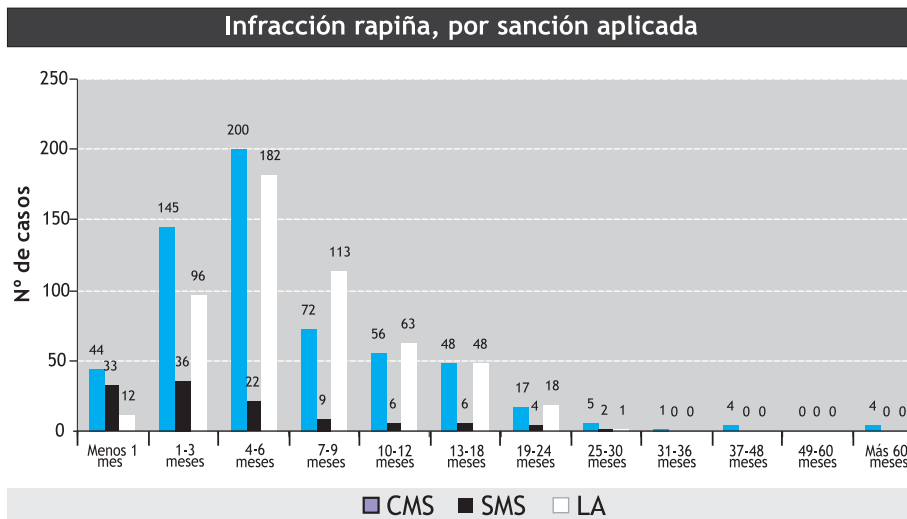
Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

El crecimiento que registran las infracciones de rapiña en el sistema INTERJ entre los años 2000 y 2003 es de 38,7%. Este crecimiento no se distribuye proporcionalmente entre los distintos tipos de sanciones que gestiona el sistema. Ese crecimiento desigual es el siguiente: la privación de libertad CMS registra 67%, seguida por la privación de libertad SMS con 27%, mientras que la LA crece 6%.

Ello nos muestra una mayor severidad del sistema, en la medida que el crecimiento mayor se produce en la sanción más dura, mientras

que crecen menos las medidas que importan una menor restricción de derechos. La privación de libertad CMS absorbe la mayor parte de ese crecimiento: dos de cada tres nuevos adolescentes fueron privados de libertad CMS.

Con relación a los tiempos de duración de las distintas sanciones, presentamos los siguientes cinco gráficos. El primero nos muestra las tendencias de los cuatro años en conjunto, mientras que los cuatro restantes expresan el desagregado de los tiempos de duración de cada sanción para la infracción de rapiña para cada uno de los años analizados.



En la tabla que sigue se presentan los porcentajes de tiempo de duración de las tres sanciones del sistema INTERJ para la infracción de rapiña.

En cada columna se marcan las celdas con los porcentajes más altos, es decir, que concentran los mayores tiempos de duración de cada sanción.

Tipo de sanción por tiempo de duración para la infracción de rapiña

	CMS	SMS	LA
Menos de 1 mes	7,3%	27,9%	2,3%
1-3 meses	24,3%	30,5%	18,0%
4-6 meses	33,5%	18,6%	34,3%
7-9 meses	12,0%	7,6%	21,4%
10-12 meses	9,4%	5,1%	11,8%
13-18 meses	8,1%	5,1%	9,0%
19-24 meses	2,9%	3,4%	3,4%
25-30 meses	0,8%	1,7%	0,2%
31-36 meses	0,2%	-	-
37-48 meses	0,7%	-	-
49-60 meses	-	-	-
Más de 60 meses	0,7%	-	-

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

Homicidio

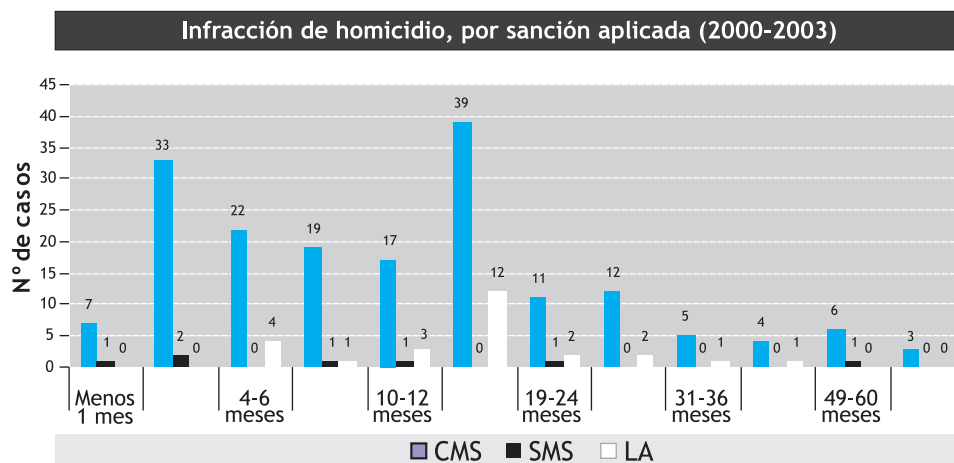
La menor duración de las medidas siempre se observa en la sanción de internación SMS, probablemente por la facilidad con que se puede fugar uno de una casa abierta en donde no le interesa permanecer. En este sentido, el bajo porcentaje de homicidios sancionados de esta manera parece mostrar un importante nivel de autoconciencia del sistema en cuanto al significado de las distintas sanciones, junto con una alta sensibilidad a las demandas sociales para que determinados casos no anden *sueltos en la calle*.

Porcentaje de rapiñas que reciben tipo de sanción

Año	LA	PL
2000	16%	84%
2001	17%	83%
2002	13%	87%
2003	5%	95%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

La misma tendencia al incremento de la aplicación de sanciones más restrictivas de derechos que constatamos en la rapiña se observa en la infracción de homicidio en la medida que la LA perdió espacio respecto de la privación de libertad.



En la tabla que sigue se presentan los porcentajes de tiempo de duración de las tres sanciones del sistema INTERJ.

Tipo de sanción por tiempo de duración para la infracción de homicidio

	CMS	SMS	LA
Menos de 1 mes	3,9%	14,3%	-
1-3 meses	18,5%	28,5%	-
4-6 meses	12,4%	-	15,4%
7-9 meses	10,7%	14,3%	3,9%
10-12 meses	9,5%	14,3%	46,2%
13-18 meses	22,0%	-	11,5%
19-24 meses	6,2%	14,3%	7,6%
25-30 meses	6,7%	-	7,6%
31-36 meses	2,8%	-	3,9%
37-48 meses	2,2%	-	3,9%
49-60 meses	3,4%	14,3%	-
Más de 60 meses	1,7%	-	-

Fuente: DNI con base en datos del SIPHNAU, 2000-2003.

Lesiones

Porcentaje de lesiones que reciben tipo de sanción

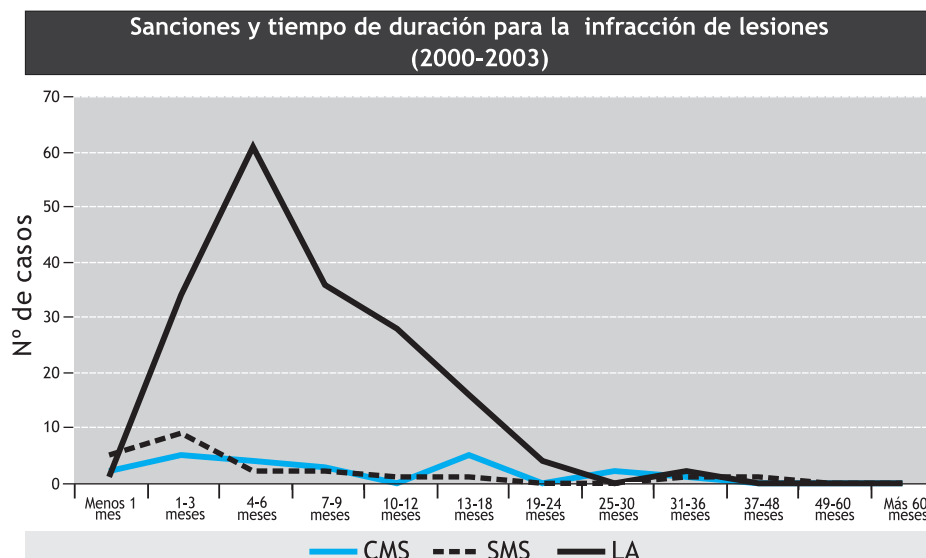
Año	LA	PL
2000	72%	28%
2001	73%	27%
2002	89%	11%
2003	87%	13%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

La infracción de lesiones ha tenido un importante incremento en términos de judicialización entre 1995 y 2002: pasó de 10 casos en el sistema INTERJ en el primer año, a 62 en el año 2002. En el año 2003 ese crecimiento se invierte, ya que se reduce a 53 casos, cifra similar a la del año 2000, cuando tenía una pendiente de crecimiento sostenida.

Estamos frente a la infracción que dentro del sistema INTERJ registra menores porcentajes de privación de libertad. La infracción de lesiones registra cambios en la composición de las sanciones aplicadas; esa tendencia se orienta a la aplicación de más sanciones no privativas de libertad, lo que resulta saludable y parece seguir la lógica de la proporcionalidad de las sanciones y de la reducción de la privación de libertad.

En cuanto a los tiempos de duración de las sanciones, se presenta la siguiente gráfica.



La concentración de duración está entre los siete y los doce meses para el caso de la LA; se refiere mayoritariamente a sanciones a los adolescentes responsabilizados por la infracción de lesiones.

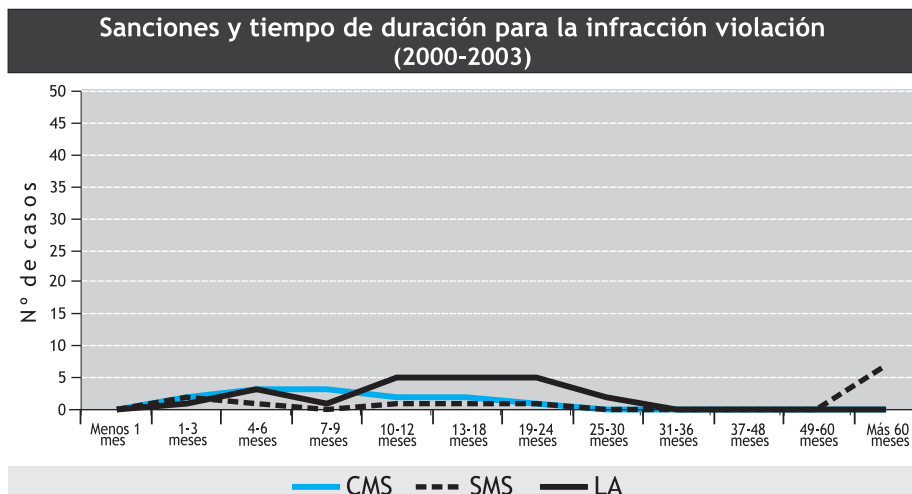
Violación

Porcentaje de violación que recibe tipo de sanción

Año	LA	PL
2000	47%	53%
2001	54%	46%
2002	42%	56%
2003	33%	67%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

Como observáramos en DNI-UNICEF 2003, la infracción de violación tiene escasa incidencia y no se observa crecimiento alguno; por el contrario, parece descender en el año 2003. La respuesta del sistema de justicia frente a esta infracción está dividida a la mitad entre sanciones privativas y no privativas de la libertad.



Tentativa de hurto

La infracción de tentativa de hurto era el ejemplo paradigmático de exceso de penalización (recordemos que el CNA la excluyó como acción punible) y supervivencia de criterios tutelares más preocupados por el autor del hecho que por el acto mismo.

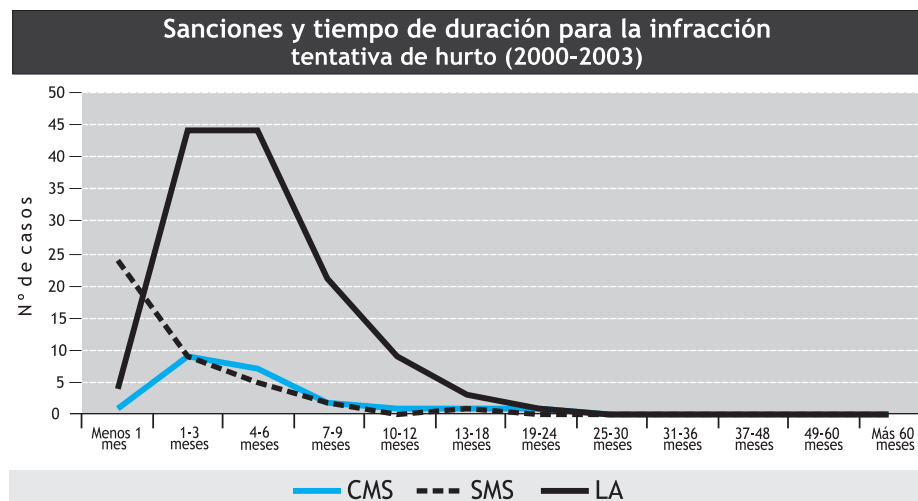
Más allá de que en términos estadísticos la infracción de tentativa de hurto represente en promedio dentro del sistema INTERJ apenas el 4,44% en el período 1995-2002, ha incrementado su participación en el sistema, ya que pasó de 14 casos en 1995 a 74 en 2003.

Porcentaje de tentativa de hurto que recibe tipo de sanción

Año	LA	PL
2000	66%	34%
2001	39%	61%
2002	76%	24%
2003	79%	21%

Fuente: DNI con base en datos del SIPI-INAU, 2000-2003.

Sanciones y tiempo de duración para la infracción tentativa de hurto (2000-2003)



Análisis comparativo por infracción, tiempo y sanción¹⁸⁴

Tiempo	Homicidio			Rapiña			Hurto		
	CMS	SMS	LA	CMS	SMS	LA	CMS	SMS	LA
Menos de 1 mes	3,9	14,3	-	7,3	27,9	2,3	7,1	31,5	1,3
1-3 meses	18,5	28,5	-	24,3	30,5	18,0	30,5	35,3	23,3
4-6 meses	12,4	-	15,4	33,5	18,6	34,3	29,1	21,3	33,3
7-9 meses	10,7	14,3	3,9	12,0	7,6	21,4	14,9	4,0	23,7
10-12 meses	9,5	14,3	46,2	9,4	5,1	11,8	5,7	2,6	12,5
13-18 meses	22,0	-	11,5	8,1	5,1	9,0	8,5	1,5	4,3
19-24 meses	6,2	14,3	7,6	2,9	3,4	3,4	2,1	1,5	0,8
25-30 meses	6,7	-	7,6	0,8	1,7	0,2	1,4	1,1	0,6
31-36 meses	2,8	-	3,9	0,2	-	-	-	0,4	0,2
37-48 meses	2,2	-	3,9	0,7	-	-	-	0,4	-
49-60 meses	3,4	14,3	-	-	-	-	0,7	-	-
Más de 60 meses	1,7	-	-	0,7	-	-	-	0,4	-
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

184. A pesar de las celdas vacías, se mantiene una cantidad amplia de intervalos para observar la dispersión de los datos.

Anexos



Anexo



¿Tenemos fundamentos
para decir que los adolescentes
con derechos sociales,
económicos y culturales vulnerados
cometen infracciones
más graves que el resto?

¿Tenemos fundamentos para decir que los adolescentes con derechos sociales, económicos y culturales vulnerados cometen infracciones más graves que el resto?

Infracción	Situación social		Total
	Típica	Excepcional	
HVL	15	6	21
	10,3	14,0	11,1
Rapiñas	36	10	46
	24,7	23,3	24,3
Hurto	85	23	108
	58,22	53,49	57,14
IMG	10	4	14
	6,8	9,3	7,4
Total	146	43	189
	100,0	100,0	100,0

Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

Agravantes en la tipificación	Situación social		Total
	Típica	Excepcional	
Infracciones sin agravantes	120	39	159
	80,0	90,7	82,4
Infracciones con agravantes	30	4	34
	20,0	9,3	17,6
Total	150	43	193
	100,0	100,0	100,0

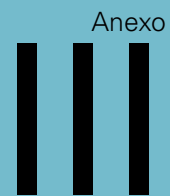
Fuente: Muestra de expedientes judiciales, 1994-2002.

La primera tabla muestra que la situación social no tiene una asociación muy fuerte con la gravedad de la infracción cometida por un adolescente. **Ambos tipos de adolescentes (con y sin señales de inclusión) cometen las distintas infracciones en porcentajes muy similares**, con una leve superioridad de hurtos entre los adolescentes con situación social vulnerable y de las infracciones más graves entre los adolescentes con alguna señal de inclusión social.

Mientras que en la segunda tabla podemos observar una leve superioridad de las infracciones con agravantes entre los adolescentes *típicos* del sistema penal juvenil montevideano.

En conclusión, ambos efectos son muy leves y operan en sentido contrario. Por el momento no podríamos aseverar que la mayor dureza con que son sancionados los adolescentes con derechos económicos, sociales y culturales vulnerados se deba a que cometen infracciones más graves.

Anexos



Listado de medidas
socioeducativas aplicables

Listado progresivo de medidas
y sanciones aplicables del CNA

Listado de medidas socioeducativas aplicables

CNA (ley 17.823)	CDN	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)
Sanciones socioeducativas no privativas de libertad		
Artículo 80	Artículo 40.4 ¹⁸⁵	Regla 18
Advertencia formulada por el juez, en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.	El cuidado	a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión
Amonestación formulada por el juez, en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción	Las órdenes de orientación y supervisión	b) Libertad vigilada
Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo a cargo del INAME o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año	El asesoramiento	c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad
Observancia de reglas de conducta, como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda los seis meses	La libertad vigilada	d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones
Prestación de servicios a la comunidad, por un máximo de hasta dos meses	La colocación en hogares de guarda	e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento

185. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. Se buscará asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y en proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Obligación de reparar el daño o dar satisfacción a la víctima	Los programas de enseñanza y formación profesional	f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas
Prohibición de conducir vehículos motorizados, por hasta dos años	Otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones	g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos
LA		h) Otras órdenes pertinentes
Libertad vigilada		
Sanciones privativas de libertad		
Artículos 88, 89 y 90	Artículo 37 ¹⁸⁶ literal B	Regla 19 ¹⁸⁷
Internación en establecimientos, separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos	Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda	El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible
Internación en iguales establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad		

186. Artículo 37

Los estados partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las perso-

nas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

187. Comentario. Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que lo excluyen son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario ejerce inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que estos se encuentran no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.

La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (*último recurso*) y en tiempo (*el más breve plazo posible*). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delincuentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos *abiertos* a los *cerrados*. Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario.

Listado progresivo de medidas y sanciones aplicables del CNA

Nombre	Descripción	% de aplicación según investigación 2003 ^{188 189}
Advertencia	Formulada por el juez, en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta (artículo 80)	-----
Amonestación	Formulada por el juez, en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción (artículo 80)	-----
Obligación de reparar el daño o dar satisfacción a la víctima (Mediación víctima-ofensor)	En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el juez deberá valorar razonablemente, desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia (artículo 83)	-----
Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo	Los programas de orientación y apoyo tienen por finalidad incorporar paulatinamente al adolescente al medio familiar o grupo de crianza u otros grupos, así como a los centros de enseñanza y, cuando corresponda, a los centros de trabajo Estos programas podrán ser ejecutados por el INAME o por otras instituciones públicas o privadas (artículo 81)	

188. Se consideran las medidas y sanciones aplicadas por sentencia definitiva en el período 1997-2002.

189. No entran en ninguna de las categorías las siguientes medidas o sanciones: tratamiento psicológico, psiquiátrico o drogas (2,2%); arresto domiciliario con control o seguimiento (4,3%); seguimiento, informes o presentación del menor (DAS, Volpe) (2,2%); y seguimiento y tratamiento psicológico, psiquiátrico o drogas (2,2%).

Observancia de reglas de conducta	Como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda los seis meses	-----
Prestación de servicios a la comunidad	Los trabajos en beneficio de la comunidad se regularán de acuerdo con las directivas que al efecto programe el INAME Preferentemente se realizarán en hospitales y otros servicios comunitarios públicos. No podrán exceder las seis horas diarias. La autoridad administrativa vigilará su cumplimiento, concertando con los responsables de su ejecución, de forma que no perjudique la asistencia a los centros de enseñanza, de esparcimiento y las relaciones familiares, en todo lo cual se observará el cuidado de no revelar la situación procesal del adolescente (artículo 82)	-----
Prohibición de conducir vehículos motorizados, por hasta dos años		-----
LA	El régimen de LA consiste en acordarle al adolescente el goce de libertad en su medio familiar y social Será, necesariamente, apoyado por especialistas y funcionarios capacitados para el cumplimiento de programas educativos El juez determinará la duración de la medida En cualquier momento de su ejecución la medida podrá ser interrumpida, revocada o sustituida, de oficio o a instancia de los actores habilitados y previa intervención del Ministerio Público y del defensor (artículo 84)	36,9
Libertad vigilada	El régimen de libertad vigilada consiste en la permanencia del adolescente en la comunidad con el acompañamiento permanente de un educador, durante el tiempo que el juez determine (artículo 84)	-----
Internación en establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad	Artículos 88-95	47,8 ¹⁹⁰
Internación en establecimientos, separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos	Artículos 88-95	

190. Incluye internación CMS (10,9%) y SMS (15,2%); internación sin especificar (2,2%); internación SMS más LA (6,5%); internación CMS más LA (6,5%); internación por amparo y tratamiento psicológico, psiquiátrico o drogas (2,2%); e internación con y SMS y seguimiento.

Anexos

Anexo IV

Construcción del IDH.
PNUD

Construcción del IDH. PNUD

La amplitud del concepto *desarrollo humano* lleva a que ningún procedimiento metodológico, por complejo y sofisticado que sea, pueda abarcarlo de forma completa y profunda. En todo caso es posible intentar aproximaciones medibles para obtener una representación numérica de lo que se ha postulado como *desarrollo humano*.

El IDH se calcula a partir de una fórmula, propuesta por el PNUD en su informe del año 1990, que relaciona tres indicadores (esperanza de vida, logro educativo e ingreso per cápita) que corresponden a las dimensiones (salud, educación e ingreso) consideradas para su elaboración.

El IDH en su fórmula privilegia:

- **La longevidad de la población** mediante la *esperanza de vida al nacer*.
- **El nivel educacional promedio de la población**, representado por el *logro educativo*, que se obtiene a partir del alfabetismo y de la tasa combinada de matrícula.
- **El poder adquisitivo**, representado por el *ingreso real per cápita*, expresado en dólares de paridad de poder adquisitivo (\$PPA).

Para la construcción de los componentes de los indicadores se utiliza la siguiente expresión.

$$\text{Valor del componente} = \frac{\text{Valor actual} - \text{Valor mínimo}}{\text{Valor máximo} - \text{Valor mínimo}} *$$

Los valores del IDH están comprendidos en una escala de entre 0 y 1, y se obtienen como promedio simple de los tres indicadores. Este rango de valores está subdividido en tres categorías:

- **Desarrollo humano alto**, con valores comprendidos entre 0,800 y 1.
- **Desarrollo humano medio**, con valores ubicados entre 0,500 y 0,799.
- **Desarrollo humano bajo**, con valores que van de 0 a 0,499, inclusive.

* Los valores máximos y mínimos son establecidos por el PNUD, con el fin de garantizar la comparabilidad internacional.

El ingreso es visto no como un fin sino como un medio para tener acceso a las condiciones que garantizan un nivel de vida adecuado. La estimación de estos medios o recursos constituye un reto difícil, pues implica la medición de un conjunto de bienes tales como acceso a la tierra, créditos,

ingresos y otros recursos. Por todo ello, su construcción se hace un poco más compleja que para los componentes anteriores. Parte de esta dificultad se debe a la carencia de información sistemática y confiable disponible, más aún cuando se trabaja en el contexto estatal.

Por otro lado, la existencia de bienes y servicios no intercambiables y las distorsiones en las tasas de cambio, aranceles e impuestos hace que los datos sobre ingreso per cápita, medidos según precios nominales, no sean muy útiles a efectos de comparaciones en el tiempo y en el espacio. "Los datos pueden mejorarse utilizando cifras reales del PIB per cápita ajustadas al Poder Adquisitivo, que proporcionan mejores aproximaciones del poder relativo de comprar artículos y de lograr control sobre los recursos para alcanzar un nivel de vida decente" (PNUD, 1990: 37). Esta consideración lleva a convertir los ingresos en una medida a escala comparable internacional y temporal, para lo cual se utilizan, como factor de conversión, paridades de poder adquisitivo (PPA) expresadas en dólares PPA, en lugar de tipos de cambio.

La obtención del componente ingreso para el cálculo por entidad respetó, con el fin de satisfacer la comparabilidad, los parámetros del PNUD. El ingreso mínimo se fijó en 200 dólares PPA. El ingreso máximo ajustado en 5.385 dólares PPA. Se colocó como umbral un PIB per cápita real medio mundial de 5.120 dólares PPA.

El ingreso estatal a precios constantes se estimó como función del PIB, tomando como pivotes, para cada entidad, la declaración censal de "*los ingresos personales provenientes del trabajo*", recogida en el cuestionario del XII Censo General de Población y Vivienda de 1990, e información semestral derivada de la Encuesta de Hogares. Como factor para la estimación se utilizó la relación de las remuneraciones a empleados y obreros con el total del PIB en la cuenta del producto y gasto interno del Banco Central de Venezuela.

En el cálculo del ingreso per cápita para las entidades cuyos valores superan el umbral (\$PPA 5120), se utiliza la fórmula de Atkinson para el cálculo utilitario del ingreso como elemento de ajuste

Ejemplo de cálculo:

Cálculo del componente ingreso para el estado Carabobo

I: Ingreso en dólares PPA del estado Carabobo para el año 1995 (\$PPA 4690).

VI: Valores máximo (VI_m) y valor mínimo (VI_m) del ingreso, expresado en \$PPA, 5355 y 200, respectivamente.

$$CI = \frac{\text{Ingreso } \$PPA - VI_m}{VI_M - VI_m}$$

$$CI = \frac{4.690 - 200}{5.355 - 200} = 0,8660$$

Este indicador refleja la incidencia de las condiciones de vida en la situación de morbi-mortalidad de los seres humanos. La adopción de este indicador obedece principalmente a tres consideraciones: el valor cultural intrínseco de la longevidad; su valor como forma de ayudar a las personas a plantearse aspiraciones y metas; y su relación con buena salud y nutrición vistas a través de una medida de síntesis de la situación de mortalidad en todas las edades.

En otro sentido, la esperanza de vida es una medida sustituta de muchas otras variables importantes del desarrollo humano, debido a la relación entre una vida prolongada y una nutrición adecuada, buena salud, educación y otros logros.

Los valores límites propuestos de esperanza de vida son: un mínimo teórico de 25 años y un máximo de 85 años. El primero obedece a los valores observados históricamente al retroceder treinta años. De hecho ninguna sociedad ha tenido una esperanza de vida al nacer menor a 35 años durante las últimas tres o cuatro décadas. El valor máximo, por el contrario, representa los valores esperados para los próximos treinta años en algunos países, de acuerdo con las tendencias observadas en las dos pasadas décadas.

Ejemplo del cálculo

Consideramos el cálculo del componente esperanza de vida (CEV), para el estado Carabobo, año 1995. Se aplicará:

$$CEV = \frac{EV_{1995} - VEV_m}{VEV_M - VEV_m}$$

Donde:

EV: esperanza de vida del estado Carabobo para el año 1995 = 70,83 años.

VEV: valor máximo (VEV_M) valor mínimo (VEV_m) de la esperanza de vida 85 y 25 años, respectivamente.

$$CEV = \frac{70,83 - 25}{85 - 25} = \frac{45,83}{60} = 0,7638$$

Fuente. La fuente de información que proporciona la esperanza de vida es el Programa de Estudios de Población y Análisis Demográfico (EPADEM) de la Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI).

El logro educativo es el componente IDH, al que le corresponde aportar la perspectiva educativa a este índice. Se calcula combinando el índice de alfabetismo con la tasa combinada de matrícula básica, media y superior.

¿Qué es la tasa combinada de matrícula?

La tasa combinada de matrícula es un aporte de la UNESCO que refleja el número de jóvenes en edad escolar (entre 6 y 24 años) que están en el sistema escolar. Su principal fuente de cálculo son las estadísticas producidas anualmente por el Ministerio de Educación y las proyecciones de población para los grupos de edades correspondientes. Se calcula a partir de la tasa bruta de matrícula, y se toma como valor máximo de matrícula el 100% de la población ubicada en esas edades y como valor mínimo el 0% de la población perteneciente a ese rango de edad.

Para el cálculo de la tasa bruta de matriculación, de manera que incluya la educación primaria, básica, media (diversificada y profesional) y universitaria, se suman todas las matrículas registradas al comienzo del período y se dividen entre la población de 6 a 23 años. Se utiliza la fórmula:

$$MAT = \frac{MBas + MMed + MSup}{Población_{6-23 \text{ años}}} \times 100$$

Donde:

MAT: (tasa bruta de matriculación).

MBas: Matrícula en educación básica.

MMed: Matrícula en educación media.

Msup: Matrícula en educación superior.

Proy6-23: Proyecciones de edad entre 6 y 23 años.

Ejemplo del cálculo:

Donde:

Mat₁₉₉₅: tasa bruta de matrícula para el año 1995 = 58,46.

VM: Valor máximo (VM_m) y el valor mínimo (VM_m) de la matrícula, 100% y 0% respectivamente.

$$TCM = \frac{Mat_k + VM_m}{VEV_m - VEV_m}$$

Fuente: Para este subcomponente existen diferentes fuentes. El Ministerio de Educación suministra la información relacionada con matrícula de educación básica y media (diversificada y profesional). La Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU) proporciona la información relativa a la matrícula universitaria. La Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI) a su vez, y como es de su competencia, da la información relativa a población usada para el cálculo de la matrícula combinada.

¿Qué es la tasa de alfabetismo?

Es la relación que existe entre las personas de 15 años y más que pueden leer y escribir (alfabetismo) y la población total de ese grupo de edad. La fuente principal de datos para construir esta tasa es el censo. Por lo tanto, y considerándola como una variable de carácter estructural, se ha mantenido constante desde 1990.

Ejemplo de cálculo:

Para el estado Carabobo la tasa de alfabetismo es de 94,56 y la componente se calcula según:

$$\text{Componente alfabetismo} = \frac{TA - VA_m}{VA_m - VA_m}$$

$$\text{Componente alfabetismo} = \frac{94,56 - 0}{100 - 0} = 0,9456$$

Fuente. La tasa de alfabetismo se calcula con los insumos proporcionados por el Censo Nacional de Población y Vivienda de 1990, realizado por la Oficina Central de Estadística e Informática.

Cálculo del componente logro educativo

El componente *logro educativo* se calcula como un promedio a partir de la tasa de alfabetismo y la tasa de matrícula combinada, a cada una de las cuales se le otorga una ponderación relativa

Ejemplo de cálculo:

Para calcular el *componente logro educativo (CLE)* del estado Carabobo para el año 1995, se necesita:

MAT: la tasa de matrícula combinada para el año 1995 = 0,5846

CM: componente alfabetismo para el año 1995 = 0,9456

$$CLE = \frac{Mat_{1995} + 2(CA_{1995})}{3}$$

Utilizando los componentes calculados para el estado Carabobo es fácil obtener el valor del IDH para 1995, según:

$$CLE = \frac{(0,5846) + 2(0,9456)}{3} = 0,8253$$

Donde:

CEV: componente esperanza de vida para el año 1995 = 0,7638.

CI: componente ingreso para el año 1995 = 0,8660.

CLE: componente logro educativo para el año 1995 = 0,8253.

Luego:

$$IDH \text{ Carabobo}_{1995} = \frac{0,7638 + 0,8660 + 0,8253}{3} = 0,8184$$

Anexos



Conclusiones del taller Desafíos actuales del sistema juvenil a 14 años de aprobación de la Convención

30 y 31 de julio de 2004.
Actividad organizada por DNI Uruguay
con el patrocinio de UNICEF

Conclusiones del taller Desafíos actuales del sistema penal juvenil a 14 años de aprobación de la Convención

30 y 31 de julio de 2004. Actividad organizada por DNI Uruguay con el patrocinio de UNICEF

1. Introducción

El taller realizado a finales de julio procuró difundir los resultados de la investigación publicada en diciembre pasado y ofrecer un espacio para la reflexión conjunta de los distintos actores del sistema penal juvenil para recoger propuestas tendientes a su mejoramiento.

Este documento recoge un conjunto de propuestas realizadas en el taller por más de 50 actores del sistema penal juvenil: jueces, fiscales y defensores; actuarios y funcionarios judiciales; directores de centros de privación de libertad y de programas de LA; trabajadores sociales, educadores sociales, psicólogos, abogados y policías que trabajan directamente en la temática penal juvenil. Las propuestas que se plantean no recogen necesariamente las opiniones de las instituciones organizadoras.

Consideramos que las sanciones aplicadas por el sistema penal a los adolescentes no son inmutables: responden a la cultura, las sensibilidades¹⁹¹ y el momento histórico que transita nuestra sociedad. Las entendemos desde el paradigma de la complejidad, lo que implica una aproximación a los problemas sociales considerándolos interconectados, en constante movimiento y con contradicciones. Como afirma Edgar Morin, “a los problemas más hondos no podemos llegar con una simplicidad lógica”; ello implica hacer la diferencia entre una razón cerrada y una razón abierta. Y continúa afirmando: “[H]ay que comprender que *complejo* no significa *completo*; cuando hay complejidad siempre queda incertidumbre en el pensamiento. No es la liquidación porque la liquidación es una visión determinista, no hay pensamiento acabado y estamos, en ese sentido, condenados a la apertura y a lo inacabado del pensamiento”.¹⁹²

La complejidad del sistema penal juvenil y la interdependencia de las sanciones son características afectadas por múltiples factores, como por ejemplo: las circunstancias sociales del país respecto de la vigencia de derechos y de la concreción de proyectos colectivos que tiendan a la inclusión; la legislación nacional e internacional vigente, la ideología de los legisladores y la política criminal llevada adelante, así como los contrapesos entre las distintas posturas políticas frente al tema; la capacitación de los actores del sistema (policías y comisarios; jueces, fiscales, defensores, ac-

191. David Garland, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI, 1999 (1990).

192. Edgar Morin, “El desafío de la complejidad” (entrevista), en: *Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo*, en <www.iadb.org/etica/Documentos/chil2_fel_entre.pdf>.

tuarios y funcionarios judiciales; técnicos ejecutores de las sanciones, etcétera); las percepciones y opiniones de estos actores acerca de los adolescentes judicializados, de la efectividad de las sanciones, del trabajo realizado por INAME o las ONG; las percepciones sociales que legitimen o critiquen intervenciones punitivas y violentas como respuestas al delito; el rol de los medios de comunicación en la construcción de subjetividad frente al tema; el estado del conocimiento y de las metodologías de intervención educativas; el lugar que se le otorga al control social; las creencias, la confianza y la motivación de los ejecutores de las sanciones en lo que están haciendo; los deterioros que traen los adolescentes criminalizados por el sistema; la disposición de los referentes de los adolescentes a apoyarlos; los valores transmitidos por la sociedad y por la familia. Todas estas variables y muchas más interactúan constantemente, articulándose y componiendo distintos contrapesos, lo que va construyendo las realidades del sistema penal juvenil.

2. Propuestas recogidas

Las conclusiones del taller registran propuestas en dos niveles que tienen sus interconexiones: los contextos sociales, económicos y culturales; los aspectos específicos de los tres subsistemas del ámbito penal juvenil.

a) Contextos socioeconómicos y culturales

- Se planteó un conjunto de críticas a los distintos agentes de las políticas sociales que tienen escasa incidencia en la atención de diversas situaciones vinculadas con adolescentes judicializados por el sistema penal juvenil.
- No existe una respuesta inmediata de instituciones como el Ministerio de Salud Pública (MSP) a situaciones de consumo de drogas y atención de la salud mental de los adolescentes. El retraso de la respuesta de las instituciones con roles específicos lleva, por ejemplo, al INAME y a algunas ONG a montar servicios que se superponen para atender las mismas problemáticas.
- El sistema educativo no brinda respuestas educativas que contemplen a adolescentes.
- Escaso apoyo económico a las familias que no pueden hacerse cargo de sus hijos, por tanto se promueve la institucionalización.

- Familia, culturas juveniles, nuevas modalidades de consumo de sustancias.
- Retraso en las posibilidades de respuesta de las instituciones (MSP: drogas y salud mental; educación; apoyo a las familias).
- Como consecuencia, las instituciones del sistema penal asumen roles de política social, lo cual desvirtúa su rol. Consecuencia: programas de sanciones sustituyen políticas sociales.
- INTERJ (centros de privación de libertad y LA) atienden la crisis y se judicializan situaciones sociales.

b) Sistema penal juvenil

- Prevención mejor que la represión policial. La política social debe garantizar los derechos humanos de todos los ciudadanos; ello como efecto reduce las tensiones sociales. Utilizar las Reglas de las Naciones Unidas sobre la Prevención de la Delincuencia Juvenil
- **Principio de unidad de la persona humana.** Utilitarismo = prevención de delincuencia. Dignidad de las personas, principio articulador de todos los derechos humanos.
- Creación de un Código de Proceso Penal Juvenil.
- Acompañar los cambios con dotaciones suficientes de recursos humanos y económicos.
- Discriminar claramente entre las situaciones de infracción y de amparo, adicciones, situación de calle, etcétera.
- Más interacción entre los distintos agentes del sistema, compartir información para evitar errores evitables, conocer las distintas visiones.
- Especialización y capacitación de todos los agentes.
- Jerarquizar las funciones en la carrera administrativa para quienes trabajen con NNA, prioridad institucional del trabajo con niños.
- Aumentar, reorganizar y reasignar el gasto y los recursos humanos.
- Continuar en la línea de reglamentar preceptos de la Convención, con la intención de homogeneizar los procesos dentro de la justicia juvenil.
- Mayor interacción entre actores (Policía, jueces, funcionarios, técnicos y operadores) para minimizar errores evitables producto del desconocimiento mutuo.

- En el caso del interior, mejorar la formación específica en materia de menores, de todos los actores.
- Eliminar los resabios del derecho penal de autor reforzando la perspectiva de derecho penal de acto. No utilizar como argumentos para privar de libertad las anotaciones policiales o la situación de pobreza o vulnerabilidad, sino la participación del adolescente en el acto infraccional y su responsabilidad en el mismo.
- En Montevideo, centrar las detenciones policiales en la Comisaría de Menores.

Propuestas vinculadas con la Policía

- Derogar el decreto 690/80 (detención arbitraria por sospechoso; mantener las hipótesis de infraganti delito y por orden del juez). Prohibir las detenciones de menores por averiguaciones y aplicar sólo las hipótesis constitucionales: con orden del juez o infraganti delito.
- Asignar competencia de urgencia a los juzgados letrados de menores para efectuar la indagatoria frente a los malos tratos provocados a adolescentes por parte de la Policía o por funcionarios de los centros de privación de libertad. Se propone instaurar un procedimiento en que se indague de forma sumaria los hechos con una competencia de urgencia: citación e interrogatorio de los funcionarios acusados, informe forense, fotocopia del expediente con todos los elementos de prueba y elevarlos a juzgado penal de turno con las actuaciones indagatorias realizadas.
- Universalizar la formación especializada en materia de NNA a todos los policías en Montevideo e interior.
- Reforzar la idea de subordinación de la Policía a la justicia dando cumplimiento estricto y de forma inmediata de las decisiones judiciales.
- Eliminar los malos tratos de la Policía tanto en la aprehensión como en las detenciones en comisarías.
- Asignar más policías especializados en el trato con NNA a todas las seccionales policiales de Montevideo.
- La Policía registra sus intervenciones sobre NNA sin tomar en cuenta el cambio de paradigma que aporta la Convención. Describe como *anotaciones policiales* —que tienen la carga simbólica de antecedentes infraccionales— situaciones de diversa índole, como presuntas

infracciones, causales no infraccionales o directamente casos de protección en que los niños son víctimas de ilícitos. Esa indiferenciación lleva a equívocos como los que expresan las múltiples *entradas* de un adolescente, cuando tal vez ninguna de las causales haya sido infraccional.

- Modificar la pauta de registro de las intervenciones policiales separando causales infraccionales y no infraccionales sería una medida pertinente y ajustada a la Convención. Según los datos estadísticos y la información proporcionada por la Oficina Centralizadora de Información Táctica de la Jefatura de Policía de Montevideo, el sistema de registro informático de dicha división no registra el cumplimiento de medidas alternativas por los adolescentes. Es decir, los datos que de allí surgen solamente discriminan entre *internados*, *fugados* y *entregados*. Si bien *entregados* refiere a la entrega a responsables, a diferencia de la información estadística del SIPI-INAME, la de la Policía incluye en esa categoría a todos los que están cumpliendo medidas no privativas de libertad (desde arresto domiciliario hasta LA), con lo que la realidad se visualiza en términos dicotómicos: *libres* (o sea, entregados a responsables, aunque estén cumpliendo medidas no privativas) e *internados*.
- Se propone incluir las sanciones no privativas de libertad, actualmente incorporadas sin diferenciación en la variable *entrega a responsables*, como variable del sistema informático.

Propuestas vinculadas con el sistema de justicia

- Abreviar sustancialmente el proceso, no más de 30 o 45 días desde el inicio hasta la sentencia; posibilidad de proceso abreviado cuando haya acuerdo de fiscal, defensor, juez y joven; cese de las medidas cautelares tomadas si no hay sentencia en ese plazo.
- La duración de las sanciones está regulada, en muchas ocasiones, por elementos contingentes del proceso. Dado que el tiempo en que se dictan las sentencias definitivas se ubica entre los siete y los 18 meses (en la mayoría de los casos de la muestra 1997-2002), en la práctica los ejecutores de la sanción, sean las ONG o el INAME, tienen un rol decisivo en la definición de la duración. Esa situación debería modificarse, ya que el control de ejecución de la sanción debe realizarlo el Poder Judicial y no los organismos administrativos.

- Una de las garantías que pueden incorporarse, con impacto sustancial en la vida de los jóvenes y para fortalecer su entendimiento, es establecer un tiempo máximo de duración de la sanción en la sentencia interlocutoria. El proceso continúa hasta la sentencia definitiva, pero si no hay sentencia definitiva el tiempo límite para que el adolescente sea liberado o egresado (de la sanción no privativa de libertad) será el establecido en el inicio del procedimiento. De existir sentencia definitiva, esta establecerá la duración de la sanción. Sin duda, ello disminuiría el porcentaje de casos en que la sentencia definitiva convalida lo ya sucedido.
- Sería conveniente establecer un protocolo de actuación de los defensores de menores en el que se disponga que los adolescentes deben ser informados, en la sede judicial, acerca de cuáles son sus derechos, cómo es el procedimiento judicial en el que están envueltos y quién es el abogado que va a llevar su caso, con datos prácticos como teléfono y dirección para ubicarlo él o su familia.
- Instrumentar capacitación permanente para todos los actores del sistema; fortalecer la educación de posgrado en las distintas materias vinculadas con la JPJ.
- Establecer el cese de las medidas cautelares en un plazo máximo de 45 días luego de que fueron dictadas si no hay sentencia definitiva.
- La privación de libertad sólo puede aplicarse frente a delitos graves: con violencia contra las personas; frente a reiteración de delitos leves como hurtos;¹⁹³ cuando se comete un nuevo delito durante la ejecución de la sanción; o cuando se incumplieron varias sanciones no privativas de libertad.
- Que las transcripciones de las declaraciones de los receptores tengan la mayor fidelidad posible.
- Que se clarifiquen los roles de los actores en el proceso acusatorio. Esto requiere una defensa más activa, que debe buscar siempre la aplicación de sanciones educativas no privativas de libertad.
- La construcción de un derecho penal de acto que permita abandonar el paradigma de la situación irregular.
- Que se incorporen educadores a los equipos técnicos del Poder Judicial que acompañen a los adolescentes durante el proceso judicial a

193. En ese punto no hubo acuerdo, se afirma que no basta la simple reincidencia para privar de libertad por hurtos reiterados.

que está sometido. La idea es que les trasmitan el funcionamiento del sistema de justicia, sus derechos, etcétera.

- Creación de la figura del juez de ejecución de la sanción, que controle las formas de cumplimiento de las sanciones dispuestas.
- Crear juzgados especializados en materia de niñez y adolescencia en el interior del país, y también defensa especializada.
- En los casos en que el juez resuelva aplicar una sanción privativa de libertad se requiere que explicita en la sentencia los fundamentos y por qué no dispuso una sanción no privativa de libertad.

Propuestas vinculadas con la ejecución de sanciones

- En cuanto a las sanciones, se sugiere que tengan más flexibilidad, incluso la LA, ya sea en su duración —lo que permite un mejor ajuste a la proporcionalidad— como en el grado de restricción de derechos. En este sentido, por ejemplo, para los hurtos y rapiñas que ameriten una sanción de LA se deberían establecer tiempos acordes con la entidad de la infracción, y formalizarlos para que no queden librados a decisiones de carácter técnico de los ejecutores de las sanciones.
- Con relación a infracciones graves (rapiña especialmente agravada, homicidio, lesiones graves, violación), entendemos que una posibilidad de intervención con sanciones no privativas de libertad es que funcionen programas más estructurados, con mayores exigencias a los adolescentes en cuanto a sus responsabilidades y con tiempos acordes con la lesión del bien jurídico.
- Es necesario desarrollar programas de restitución de derechos con atención personalizada, de apoyo a las iniciativas de los adolescentes, pero fuera de la sanción penal y de carácter voluntario. De esta forma se considerarían los tiempos —prolongados— de los procesos educativos y se evitaría encuadrarlos desde una perspectiva punitiva.
- Presentar informes al subsistema judicial que incluyan el diagnóstico y el plan de trabajo de las sanciones (incluir las causas del delito, pluricausal).
- Dar continuidad de referentes para los adolescentes durante la privación de libertad. Hoy el adolescente pasa por muchos centros, va con la carpeta pero cambia el referente, con lo que pierde continuidad en los vínculos, lo que dificulta la atención personalizada. Es necesario

que el operador se haga cargo del plan de trabajo, que se puedan evaluar los logros y retrocesos.

- Supervisión judicial más intensa de la ejecución de las sanciones, ya que actualmente los organismos administrativos tienen potestades de disposición que afectan distintos niveles de restricción de derechos del adolescente según el lugar donde cumple la sanción; por ejemplo, los traslados son potestad del INTERJ.
- Implementar programas de atención para niños y adolescentes que viven en la calle, que cometen infracciones y que ya cumplieron la sanción impuesta: por ejemplo, hogares de amparo no expulsivos para estos casos; los hogares de amparo no tienen nada.
- Establecer acuerdos entre los ejecutores de sanciones y el sistema de justicia acerca de la información relevante que necesitan sobre los procesos de los adolescentes.
- Respecto de los informes enviados al sistema de justicia se propone elaborar protocolos de información imprescindible: proyecto individual y acuerdos con el adolescente y sus referentes; acciones que realizan las instituciones; aspectos que den cuenta de los procesos de los adolescentes (obligación de medios y no de fines).
- Establecer mayores grados de articulación con instituciones de política social (servicios descentralizados barriales comunitarios deben tomar lo no infraccional). Trabajar con redes interinstitucionales del Estado, de las ONG y de organizaciones sociales y comunitarias; diseño de nuevas políticas sociales; involucrar a servicios sociales —casas jóvenes, proyectos laborales, etcétera— en el apoyo a adolescentes infractores; ofrecer a las instituciones no especializadas en infractores formación que les permita abordar el tema desde un enfoque de promoción social y cultural de los adolescentes.
- Mayor participación de los adolescentes en la elaboración de su proyecto, de forma de contemplar sus necesidades, viabilidad, tiempo de duración de la sanción y reducción de la vulnerabilidad.
- Mejorar la comunicación entre el INAME, las ONG y el Poder Judicial. Intercambiar ideas, metodologías que signifiquen lecturas correctas de la Convención; puesta en común y profundización de los conocimientos teóricos.
- Mejoramiento de las coordinaciones entre INTERJ y las ONG: en la sustitución de sanciones coordinar más y con anticipación, con el

fin de elaborar proyectos viables que contemplen el proceso de los adolescentes.

- Participación de los programas de sanciones en las audiencias de sustitución de sanciones.
- Instrumentar hogares de acogida y centros diurnos para adolescentes que carecen de familia que los apoyen durante el cumplimiento de la sanción.
- Diseñar modalidades de política social extrasistema penal para adolescentes que cumplieron sanciones y que puedan voluntariamente continuar un proceso educativo iniciado a partir de una infracción.





Epílogo

Este último apartado no es un resumen de los datos que emergen de la investigación, sino que se destacan y relacionan algunas ideas basadas en datos empíricos que resulta pertinentes resaltar dado su valor descriptivo del sistema penal juvenil preaprobación del CNA.

En ese sentido resaltamos los siguientes aspectos:

- En el capítulo IV introducimos el concepto de racionalidad del sistema penal juvenil para referirnos a la relación que en clave de proporcionalidad debe establecerse entre infracción y sanción. Interesaba saber, por ejemplo, si las infracciones más graves reciben las sanciones más graves y viceversa. Los resultados obtenidos indican que, en general, las infracciones más graves sí son sancionadas de forma más severa, con una salvedad de relevancia de política criminal: las rapiñas son sancionadas con más severidad que el conjunto de infracciones que agrupa a HVL. Desde un enfoque de derechos este resultado implica una grave afectación al principio de proporcionalidad, en tanto se privilegiaría el bien jurídico propiedad sobre bienes jurídicos de un estatus superior, como la integridad física y psicológica de las personas o incluso la vida.
- En cuanto a la **severidad en la determinación de sanciones**, si se considera que la CDN, que fue ratificada por nuestro país, ordena explícitamente que la privación de libertad sea determinada como última ratio y de manera absolutamente excepcional, los resultados observados para los períodos 1994-1995 y 1997-2002 son alarmantes.

La privación de libertad, lejos de ser excepcional, aparece como la norma en la determinación de sanciones, con una porción del 44,4% de casos, superior tanto a LA (21,7%) como al conjunto de SMP (33,9%).

La privación de libertad no sólo fue la sanción aplicada con mayor frecuencia, sino que además fue aplicada para todas las categorías de infracciones, incluso en uno de cada cuatro hurtos leves y en uno de cada tres IMG.

- En relación con la **incidencia de factores de género** en la aplicación del principio de proporcionalidad: de estos datos se puede concluir que los adolescentes son tratados con mayor dureza por la comisión de los mismos delitos; si bien los datos deben ser tomados con cautela por lo reducido de la muestra. Un porcentaje mayor de varones es privado de libertad, el 55%, frente al 35% de las adolescentes mujeres, y de los que son privados, el mayor porcentaje es CMS (35% y 10%, respectivamente). En cuanto al tiempo, las penas de los varo-

nes son 40% más extensas (un promedio de 5,9 meses contra 4,15 meses, respectivamente).

- Surge del análisis de los expedientes judiciales la existencia de una desproporción básica entre la duración de las distintas sanciones. Ya que **la privación de libertad, la sanción que más afecta el ejercicio de derechos por los adolescentes, es la que tiene una mayor duración, seguida por LA y el conjunto de SMP**. Según el artículo 37 de la CDN: "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". Es decir, que la **escala debería registrar un comportamiento inverso**, de manera de minimizar las consecuencias negativas del castigo no prolongándolo excesivamente en el tiempo; y potenciando las intenciones de discriminación positiva de las sanciones alternativas a la privación de libertad.
- Encontramos que las diferentes **acciones emprendidas por la Policía**, fundamentalmente anotaciones e interrogatorios, generan un endurecimiento de la sanción aplicada por el sistema como respuesta a las diferentes infracciones. En los dos tipos de actuación su presencia se acompaña por un incremento en la proporción de adolescentes sancionados con privación de libertad, es decir, un endurecimiento de la sanción aplicada. A pesar de que estos resultados no se condigan con la vigencia de un sistema *garantista*, no resultan sorprendentes si pensamos en las motivaciones y presiones con que actúa la Policía en el sistema penal juvenil. Entre otras cosas como parte del Poder Ejecutivo y responsable de la seguridad, por lo que está sujeta a la presión política.

El más significativo de los efectos es que la presencia de anotaciones policiales aumenta la internación en 30%; para el conjunto de los expedientes esta sanción pasa del 27,7% al 57,8%. Mientras que entre los hurtos, la privación de libertad pasa de alrededor del 10% a más del 50%.

- Un dato de relevancia verificado en esta investigación es la incidencia factores metaprocesales en la aplicación de sanciones. Retomando las ideas de progresividad, neutralidad y regresividad, se torna indispensable frente a los datos presentados repensar el funcionamiento que el sistema penal juvenil tuvo en el período 1994-2002. Surge de los datos registrados que estuvo caracterizado por una extrema regresividad, en la que incidieron fundamentalmente dos factores: 1) la Policía como agente aprehensor y constructor del caso a

partir de operaciones como las anotaciones o el reconocimiento en sede policial, que influyeron en las disposiciones judiciales que se tomaron sobre los adolescentes; y 2) la clara diferencia de penalización cuando cruzábamos la sanción dispuesta con una categorización de la situación social del adolescente, se verificó una penalización más rigurosa en los casos en los que no existía ninguna señal social positiva.¹⁷⁹

- En este sentido, una situación social positiva otorga el doble de probabilidades de recibir sanciones de menor restricción de derechos. Idéntico resultado —pero a la inversa— obtenemos al concentrarnos en la sanción que implica una mayor privación de derechos: la privación de libertad. **Mientras que el 25,6% de aquellos que muestran señas de una situación social positiva es privado de libertad por la infracción cometida, el porcentaje asciende al 50,3% en la población típica¹⁸⁰ del sistema penal. Los adolescentes que no presentaban ninguna señal de situación social positiva tenían el doble de probabilidades de ser privados de libertad por la infracción cometida.**

Estos datos reunidos sólo vienen a confirmar, para el sistema penal juvenil de nuestro país, los postulados desarrollados desde hace décadas por las teorías criminológicas críticas en lo que refiere a la selectividad de los sistemas penales. Se establece la incidencia que tienen factores de orden socioeconómico en la configuración de dispositivos que van tejiendo relaciones discriminatorias en el marco del sistema penal. Ello genera como producto el ejercicio de un plus de violencia penal diferencial sobre algunos ciudadanos. Como lo expresara Gonzalo Fernández en un libro publicado hace ya 18 años: “es innegable la tremenda acción filtradora de la operativa policial, caracterizada por la notoria selectividad de su intervención, que viene a recaer —indefectiblemente— sobre los estratos depauperados y marginales de la sociedad”.¹⁸¹

Para finalizar, reafirmar que el funcionamiento del sistema penal juvenil, tal como se expresa en el capítulo VII, implica la interdependencia como mínimo de cuatro subsistemas: legal, policial, judicial y de ejecución. Pensar su evaluación sin tomar en consideración las tramas de relación, co-

179. Recordemos que se trataba de que el menor cumpliera una de las siguientes condiciones: a) vivir en un barrio considerado de buen poder adquisitivo; b) tener un trabajo formal; c) estar cursando estudios formales al día; o d) haber aprobado el ciclo básico de la educación secundaria.

180. Es aquella que se caracteriza por la falta de ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales; reforzar las líneas de promoción de esos derechos aparece como una necesidad fundamental.

181. Gonzalo Fernández, *Derecho Penal y derechos humanos*, Montevideo, IELSUR-Trilce, 1988, p. 95.

nexión y dependencia puede llevarnos a conclusiones fáciles que atribuyan responsabilidad sólo a uno de los subsistemas, como es el caso tal vez más ostensible del judicial, al que la Policía le atribuye: *“nosotros los agarramos y el juez los suelta”* y actores de la ejecución de sanciones privativas de libertad le endilgan *estar desbordado*. Este ejemplo permite observar la atribución de responsabilidades por aspectos contradictorios. Frente a estas operaciones resulta clave visualizar la complejidad, lo ambiguo y, en ocasiones, lo contradictorio, pero ubicando los necesarios cambios que se requieren para implementar y gestionar un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos y garantías y que no avasalle la dignidad humana de los adolescentes que capta.



Bibliografía



Bibliografía consultada

- AARNIO, Ailius, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1990, pp. 23-37.
- AGUADO, Anna, *Mujeres, regulación de conflictos sociales y cultura de la paz*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Universitat de Valencia, 1999.
- ALBRECHT, Peter, *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990.
- AMARAL, Antonio Fernando, "A criança e adolescente em conflito com a lei", en *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 1998.
- AMNISTIA INTERNACIONAL, *Menores de edad y pena de muerte. Ejecuciones en el mundo desde 1990*, Londres, AI, 2000.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1989.
- *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Ministerio de Justicia, 1995.
- "El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana", en Haydée BIRGIN (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 39-84.
- "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, B de F, 2003.
- BARDAZANO, Gianella, "El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial", en *Revista de Derecho Penal*, núm. 14, Montevideo, FCU, 2004.
- BARRÁN, José Pedro, *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 1998, tomos I y II.
- BATRES, Gioconda, y otros, *Violencia de género, derechos humanos e intervención policial*, San José de Costa Rica, ILANUD, 2001.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Altaya, 1994.
- BELOFF, Mary, "Niños, jóvenes y sistema penal: ¿abolir el derecho que supimos conseguir?", en *Revista No Hay Derecho*, núm. 10, Buenos Aires, 1993-1994.
- "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresoras de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericana", en Emilio GARCÍA MÉNDEZ (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad. Hoc, 2001.
- BERGER, Peter, y Thomas LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

- BRAITHWAITE, John, *Crime shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989.
- BUCHANAN, Allen, "Justicia: una reseña filosófica", en *Justice and health care*, Londres, Pallas, 1981.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Enfoque dogmático del bien jurídico, la reprochabilidad y la punibilidad", en Mary BELOFF et al., *Cuadernos de la cárcel*, edición especial de la *Revista No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores", en Juan BUSTOS RAMÍREZ et al., *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Jurídica Conosur, 1992.
- CALVO GARCÍA, Manuel, "La voluntad del legislador. Genealogía de una ficción hermenéutica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp.113-127.
- CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN E INFORMACIÓN PARA LA PAZ, *El estado de la paz y la evolución de las violencias. La situación de América Latina*, Montevideo, Trilce, 2000.
- CEPAL, *Panorama social de América Latina, 1994*, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 1994.
- *Panorama social de América Latina, 1998*, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 1998.
- CHÁVEZ HONTOU, Gastón, "La lesividad de la conducta como elemento de la tipicidad", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 13, Montevideo, FCU, 2002.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, Buenos Aires, UNICEF, 2000.
- "Infancia, autonomía y derechos", en *Derecho a tener derecho*, UNICEF (Oficina Regional para América Latina y el Caribe), Instituto Interamericano del Niño, Instituto A. Senna, s/f, pp. 31-45.
- COHEN, Albert, *Delinquent Boys: The culture of the gang*, Glencoe, Free Press, 1955.
- COHEN, Jorge y otros, "Libertad asistida", en *Medidas alternativas a la privación de libertad*, Montevideo, Defensa de los Niños Internacional, Instituto Interamericano del Niño, 1997.
- COHEN, Jorge, "La mediación en la justicia juvenil", en *Herramientas. Revista Interdisciplinaria de Justicia Juvenil*, núm. 1, DNI, ILANUD, 1999.
- "Las teorías filosóficas como fundamento del sistema penal juvenil", en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil*, núm. 2, Montevideo, Programa Herramientas, Defensa de los Niños Internacional, 2001.

- Tesis de maestría inédita: *La proporcionalidad en las penas en la justicia juvenil de acuerdo a género*, Montevideo: CLAEH, 2005.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL - UNICEF, *Sentencia de reclusión y prisión perpetua de personas menores de 18 años en la República Argentina (1997-2003)*, Buenos Aires, 2003.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DEL URUGUAY, *La incorporación de los derechos del niño en las políticas públicas en el Uruguay. Informe no gubernamental sobre la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en el Uruguay. Período 1996-2000*, Montevideo, 2001.
- CORTÉS MORALES, Julio, "Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas", en *Infancia y Derechos Humanos. Discurso realidad y perspectivas*, Corporación Opción, Santiago de Chile, Save The Children UK, 2001.
- DEUS, Alicia, y Diana GONZÁLEZ (coords.), *Juicios y silencios: los derechos humanos de niños y adolescentes en el proceso por infracción a la ley penal en Uruguay*, Montevideo, Infancia Adolescencia Ciudadana (IACi) y Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- DNI e IIN, *Medidas alternativas a la privación de libertad*, Montevideo, Defensa de los Niños Internacional-Uruguay e Instituto Interamericano del Niño, 1997.
- DONIS Serramo, Marisol, *Influencia del síndrome premenstrual en la criminalidad femenina*, Madrid, Edersa, 2003.
- DUBY, Georges, y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. La Edad Media*, Madrid, Taurus, 1992, tomo III.
- *Historia de las mujeres en Occidente. El siglo XIX. La ruptura política y los nuevos modelos sociales*, Madrid, Taurus, 1993, tomo VII.
- *Historia de las mujeres en Occidente. La Antigüedad, modelos femeninos*, Madrid, Taurus, 1993, tomo I.
- *Historia de las mujeres en Occidente. El siglo XX. La nueva mujer*, Madrid, Taurus, 1993, tomo X.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- ELSTER, John, *Justicia local. De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- EROSA, Héctor, "La construcción punitiva del abandono", en UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, Buenos Aires, UNICEF, núm. 2, 2000.
- FARSA, Pablo César, "La importancia actual del principio de proporcionalidad en materia de coerción", en *La Ley*, Buenos Aires, 2003.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Derecho penal y derechos humanos*, Montevideo, IELSUR-Trilce, 1988.
- “Bien jurídico y principio de culpabilidad”, en *Ensayo sobre culpabilidad. Colección jurídica y social*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, núm. 32, 1994.
 - “La función de la cárcel”, en I Seminario sobre Cárcenes, SERPAJ, *Crisis de la prisión y medidas alternativa*, Montevideo, 1995, tomo III.
 - “Bien jurídico y sistema del delito”, en Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998a.
 - “El principio de culpabilidad para una teoría del sujeto”, en Antonio BERISTAIN et al., *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*, Montevideo, FCU, 1998b.
 - *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo, B de F, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998.
- “La pena en una sociedad democrática”, en Mauricio MARTÍNEZ (comp.). *La pena, garantismo y democracia*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1999.
- FOUCAULT, Michel, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990.
- *Microfísica del poder*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1992.
 - *Saber y verdad*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1991.
 - *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1992.
 - *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- FRIGERIO, Graciela, “La (no) inexorable desigualdad”, en *Revista Ciudadanos*, Buenos Aires, 2004.
- FUNES I ARTIAGA, J., *Mediación y justicia juvenil*, Barcelona, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1994.
- GANDOLFI, Adriana, y Patricia OBERTI (comp.), *Psicología de la salud: escenarios y prácticas, adolescentes embarazadas. Enfoque desde la perspectiva de las involucradas*, Montevideo, Psicolibros, Udelar, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”, en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 169-195.
- GARCÍA GARCÍA, Julián, *Drogodependencias y justicia penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, 1999.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum Palis, 1995.

— “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina: antecedentes, características, tendencias y perspectivas”, en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil*, núm. 1, Montevideo, Programa Herramientas, Defensa de los Niños Internacional, 2000.

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, y Santiago REDONDO, *El tratamiento de delincuentes institucionalizados: El programa de competencia psicosocial en la prisión de jóvenes de la Trinidad de Barcelona*, Barcelona, 1989.

GODINEAU, Dominique, “Hijas de la libertad y ciudadanas revolucionarias”, en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. Siglo XIX, La ruptura política y los nuevos modelos sociales*, Madrid, Taurus, 1993, tomo VII.

GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

— *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa, 2001.

HABA, Pedro, “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 503-531.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

HASSEMER, Winfred, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

— *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá, Universidad externando de Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried, y Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial y ausencia del formalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994, pp. 861-882.

INSTITUTO NACIONAL DE CRIMINOLOGÍA. DIRECCIÓN NACIONAL DE CARCELES, PENITENCIARIA Y CENTROS DE RECUPERACIÓN, *Anales de las Segundas Jornadas Uruguayas de Criminología*, Montevideo, 1991.

JAKOBS, Gunter, “El sistema de imputación jurídico penal”, en *Problemas capitales del derecho penal moderno, homenaje a Hanz Welze*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

— *Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1995, parte general.

KAUFMANN, Armin, “La misión del derecho penal en política criminal y reforma del derecho penal”, en Armin KAUFMANN, *La reforma del derecho penal*, Madrid, Balaterra, 1981.

- KAZTMAN, Ruben, *Marginalidad e integración social en Uruguay*, Montevideo, CEPAL, 1996.
- *Vulnerabilidad, activos y exclusión social en Argentina y Uruguay*, Santiago de Chile, OIT, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986.
- KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995.
- LARRAURI, Elena, *Mujeres, derecho penal y criminología*, México, Siglo XXI, 1994.
- “La mujer ante el derecho penal”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 11, San José, 1996.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 413-439.
- LLOBET, Javier, “La sanción penal juvenil”, en Carlos TIFFER, *De la arbitrariedad a la justicia: Adolescencia y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José de Costa Rica, UNICEF, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego, “Alcance y función del derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- “Antinomia penal y medición de la pena”, en LUZÓN PEÑA, Diego, et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1999, tomo I.
- MAXERA, Rita, “La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales el caso Costa Rica”, en UNICEF. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Galerna, 1992.
- MEHLER, Jacques, y Emmanuel DUPOUX, *Nacer sabiendo: Introducción al desarrollo cognitivo del hombre*, Madrid, Psicología Minor, Alianza, 1992.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Datos Estadísticos, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1990.
- MONTERO VÁZQUEZ, Edwin y otros, “La mujer y el delito en nuestro medio social”, en *Anales de las Primeras Jornadas Uruguayas de Criminología*, Uruguay, Instituto Nacional de Criminología, Dirección Nacional de Cárceles, Penitenciaría y Centros de Recuperación, 1989.
- “La mujer, el delito y la enfermedad mental en la Provincia de Buenos Aires”, en *Anales de las Primeras Jornadas Uruguayas de Criminología*, Montevideo, Instituto Nacional de Criminología, Dirección Nacional de Cárceles, Penitenciaría y Centros de Recuperación, 1989.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1996.

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en Santiago MIR PUIG y otros, *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1992.
- "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión preventiva", en *Revista de Derecho Penal*, Rosario, Juris, núm. 7, 2000.
- *Introducción al derecho penal*, Montevideo, B de F, 2001.
- NOVALES, A., *Estadística y econometría*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- OPITZ, CLAUDIA, "Vida cotidiana de las mujeres en la Baja Edad Media (1250-1500)", en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. La Edad Media. La mujer en la familia y en la sociedad*, Madrid, Taurus, 1993, tomo III.
- OTANO, GRACIELA EDITH, "La mujer y el derecho penal. Una mirada de género", en Haydée BIRGIN (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, Ceadel, 2000.
- PAREJA, CARLOS, *Curso de filosofía de las políticas sociales*, Montevideo, CLAEH, 2000.
- PAVARINI, MASSIMO, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1999.
- PEDERNERA, LUÍS, JAVIER SALSAMENDI y DIEGO SILVA BALERIO, "Principios fundamentales, políticas sociales e institucionalidad en el Código de la Niñez y Adolescencia", en Carlos URIARTE (coord.), *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, FCU, 2004, pp. 11-28.
- PELLEJERO, DANIEL, "Prostitución y delincuencia femenina", en *Anales de las Primeras Jornadas Uruguayas de Criminología*, Montevideo, Instituto Nacional de Criminología, Dirección Nacional de Cárceles, Penitenciaría y Centros de Recuperación, 1989.
- PÉREZ MANRIQUE, RICARDO, "La mediación víctima ofensor: marco jurídico Institucional", en Jorge COHEN y Diego SILVA BALERIO, *Mediación víctima-ofensor en la justicia juvenil*, Montevideo, Defensa de los Niños Internacional - Uruguay, 1999.
- PERI, ANDRÉS, "Dimensiones ideológicas del cambio familiar", en *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales*, Montevideo, UNICEF y Udelar, 2003.
- PESCE, EDUARDO, "Aproximación al estudio de la culpabilidad en el derecho penal juvenil", en *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, Carlos Álvarez, núm. 4, 1998.

- PETITO, José, "Admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 2, Montevideo, 1996, pp. 349-361.
- PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 1997.
- RASCOVSKY, Alberto, *El filicidio: la agresión contra el hijo*, Barcelona, Paidós-Pomare, 1981.
- REDONDO, Santiago, *Desviació, delinqüència i control social*, Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, 1998.
- RICŒUR, Paul, "Interpretación del mito de la pena", en Paul RICŒUR, *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 324.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, "Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 2, Montevideo, Carlos Álvarez, 1996.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 2.ª edición, 1997.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992.
- *Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, parte general, tomo I.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- SELLTIZ, Claire, Stuart W. COOK, Marie JAHODA y Morton DEUTSCH, *Métodos de investigación en las relaciones sociales*, Madrid, Rialp, 1976.
- SERRANO, Doris, *Influencia del síndrome premenstrual en la criminalidad femenina*, Madrid, Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Colección de Criminología y Derecho Penal, 2003.
- SILVA BALERIO, Diego, Jorge COHEN, Silvana PEDROWICZ, Carlos MUÑOZ, FRANCISCO TERRA y Nicolás BRUNET, *Las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo*, Montevideo, DNI-UNICEF, 2003.
- SILVA BALERIO, Diego, "Educación social de adolescentes en infracción: ensayo sobre la criminalización, el castigo y las posibilidades de acción educativa social", en CENFORES. *Una educación social para el Uruguay II*, Montevideo, Centro de Formación y Estudios del INAU-AECI, 2005a.
- "Gestión del desequilibrio: educación social de adolescentes en infracción", en CENFORES. *Adolescencia y educación social: un compromiso con los más jóvenes*, Montevideo, Centro de Formación y Estudios del INAU-AECI, 2005b, pp. 95-125.

- SINEAU, Mariette, "Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia", en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. El siglo xx. La nueva mujer*, Madrid, Taurus, 1993, tomo x.
- SISSA, Guilia, "Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual", en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. La antigüedad, modelos femeninos*, Madrid, Taurus, 1993, tomo i.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Anuario 2000*, Montevideo, Departamento de Estadísticas Judiciales, División Planeamiento y Presupuesto, 2001.
- TATTERSALL I., y J. MATERNES, "Homínidos contemporáneos", en *Investigación y ciencia*, Santiago de Chile, 2000.
- THOMASSET, Claude, "La naturaleza de la mujer", en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. La Edad Media. La mujer en la familia y en la sociedad*, Madrid, Taurus, 1993, tomo iii.
- TIFFER, Carlos, y Javier LLOBET, *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. Con jurisprudencia nacional*, San José de Costa Rica, UNICEF, ILANUD, 1999.
- TIFFER, Carlos, "La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y su influencia en el modelo de justicia", en *Revista Interdisciplinaria sobre Temas de Justicia Juvenil*, núm. 1, Montevideo, Programa Herramientas, Defensa de los Niños Internacional, 2000.
- *Justicia juvenil. Instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la experiencia de Costa Rica*, México, Serie Documentos de Trabajo núm. 2, UNICEF, 2001a.
- TIFFER, Carlos, y otros, *Principio de proporcionalidad y sanción penal juvenil*, San José de Costa Rica, ILANUD, 2001b.
- TIFFER, Carlos; Javier LLOBET y F. DUNKEL, *Derecho penal juvenil*, San José de Costa Rica, ILANUD, DAAD, 2002.
- TOMLIN, Russell, y otros, "Semántica del discurso" (trad. José Ángel Álvarez), en Teun A. VAN DIJK (comp.), *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*, 1.ª edición, Barcelona, Gedisa, 2000, pp.107-170.
- Revista *Tres*, núm. 63, Montevideo, agosto de 1998.
- UNICEF y UDELAR, *Nuevas formas de familia, Perspectivas nacionales e internacionales*, Montevideo, UNICEF y UDELAR, 2003.
- URIARTE, Carlos, *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes)*, Montevideo, Carlos Álvarez, 1999.

- “¿Delincuencia juvenil? y derechos humanos”, en *Revista Interdisciplinaria sobre Temas de Justicia Juvenil*, núm. 1, Montevideo, Programa Herramientas, Defensa de los Niños Internacional - Uruguay, 2000.
- *Privación de libertad, vulnerabilidad y derechos humanos*, inédito, 2005.
- VILLA, Vittorio, “Constructivismo y teoría del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, pp. 285-302.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago, Jurídica de Chile, 1987.
- YAN, Thomas, “La división de los sexos en el derecho romano”, en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. La Antigüedad, modelos femeninos*, Madrid, Taurus, 1993, tomo I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1982.
- (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final), Buenos Aires, Depalma, 1986.
- *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1991, parte general.
- *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación dogmática y jurídica penal*, Bogota, Temis, 1993.
- “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN Haydée (compiladora). *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro SLOKAR y Alejandro ALAGIA, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay
Bulevar Artigas 1659, piso 12 Montevideo, Uruguay
Tel (598 2) 403 0308
Fax (598 2) 400 6919
e-mail: montevideo@unicef.org
www.unicef.org/spanish