

FOTOCOPIADORA	
C.E.Psi (5)	
Forense	
Folio 135	S/F 1
	D/F 4

DELINCUENCIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS

CARLOS URIARTE²

1. ¿Delincuencia juvenil? y derechos humanos

Debo confesar que no me ha gustado la primera parte del título que se ha asignado a mi intervención en este curso, y comienzo peleándome con ella. A riesgo de que esto pueda tomarse como una desconsideración hacia los organizadores —que no está en mi ánimo, por cierto—, prefiero decirlo porque ello me da pie para iniciar esta exposición.

Hablar de delincuencia juvenil supone cierta corporeización de la infracción en el niño adolescente de tal suerte que el delito *lo atraviesa*, un poco se vuelve él y un poco él se vuelve el delito. Con esa expresión, un episodio contamina toda su personalidad y ésta se reduce a él; se transforma en una ventana de acceso, desde cuya perspectiva, el ser humano resulta visualizado fragmentariamente. En cierta medida, es contradictorio hablar de delincuencia juvenil y de derechos humanos como no sea para señalar la incoherencia. Con la primera frase accedemos a un ser humano virtual, estereotipado, que no es. Considerar a alguien como algo que no es supone una postura de la que no emergen buenos auspicios para el considerado y sus derechos.

Desbaratar la compleja trama que lleva a que alguien sea contemplado como delincuente juvenil, es, por tanto, una primera tarea que me impongo en este encuentro. Desarmar una expresión tan fuerte como ésta; requiere un comienzo tanto o más fuerte, una especie de contra expresión que comience por colocar las cosas en su lugar, que puede ser la siguiente: el delito no existe. No hay nada en el mundo del sujeto que tenga esencia de delito. No existe el delito natural. En Derecho Penal nos hemos regodeado cuestionando a Rafael Garófalo y su malogrado delito natural, con el que emprendió una tarea digna de emular a *Ícaro*, y así le fue. Pero: ¿le fue tan así?

En realidad, la onticidad del delito es algo incorporado al paisaje de la socialización en la modernidad. Es algo incorporado en matrices fuertemente fijadas en nosotros, que funge como un equipamiento actitudinal y conceptual que piensa por nosotros. No quiero decir con esto que Garófalo esté en nosotros, afirmación que puede resultar ofensi-

¹ Basado en la ponencia del Dr. Carlos Uriarte, en el marco del II Curso de Especialización "Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño" para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), del 22 al 26 de noviembre de 1999.

² Carlos Uriarte es abogado, investigador de la Facultad de Derecho de Montevideo y profesor de Derecho Penal Juvenil y Criminología en el Centro de Formación y Estudios del INAME.

va, si se toman el trabajo —interesantísimo, por cierto— de leerlo; pero algo hay, algo de *delito natural* hay en nosotros.

Bien. El delito no existe. Parafraseando a Hülsman, preguntémos: ¿qué tienen en común un robo, una falsificación, un incendio, un atentado a la constitución, una asonada...? Lo único que los agrupa es que están descritas por la ley penal como delitos. Si transferimos la definición normativa al plano óptico "*reificamos*", es decir, pasamos del mundo del deber ser al mundo del ser (*res*) sin solución de continuidad, con lo que caemos en un error metódico. Por ejemplo, podemos decir que una persona es agresiva y que de ella pueden esperarse manifestaciones de agresividad, pero no podemos pronosticar qué delito va a cometer; ni siquiera, quizás, podamos anticipar en qué tipo de episodios actuará (un golpe, un insulto, una picada automovilística, una autoagresión, etc.).

De la inexistencia óptica del delito se sigue la inexistencia del *delincuente juvenil*, por cuanto tampoco nada hay en común entre quienes cometen las infracciones y las infracciones que cometen. Claro está que ello no quiere decir que entre la clientela que convoca el sistema penal juvenil no existan patrones comunes reales (por ejemplo, pobreza y torpeza) por los cuales, precisamente, son vulnerables a él. En consecuencia, hablemos de niñez y adolescencia en infracción, o de jóvenes en infracción, por usar expresiones más neutras para aludir a la cuestión.

Que el delito no exista no significa tampoco que no existan conductas dañosas, aunque con relación al Derecho Penal bueno es tener presente que: a) no todos los daños provocados por conductas humanas están en la ley penal; b) no todas las conductas penalmente relevantes producen daño; c) existe asimetría entre delitos y daños (por ejemplo, en el Código Penal uruguayo se castiga con mayor gravedad la rapiña —el robo— que el homicidio).

2. La atmósfera institucional y los derechos humanos

Hoy, mi problema no será la violación abierta y descarada de derechos humanos de jóvenes que se exponen al sistema penal juvenil, sino la que se presenta bajo cobertura discursiva. Me interesa ocuparme de un ámbito de cuestiones que discurre antes o un costado de ciertas afecciones a los derechos humanos. Me ocuparé de ciertas atmósferas en las cuales la visualización de afectaciones de derechos humanos es baja, pero que en los hechos opera como "caldo de cultivo" que prepara el camino para violaciones abiertas.

¿Qué discursos en la *praxis* institucional —y en la teoría— están dando cobertura a la violación de derechos humanos? ¿De qué discursos depende el *quantum* y el *qualitativ* de realización y vigencia de derechos humanos? ¿Qué hojarasca discursiva impide una mejor visualización de la afectación de derechos humanos en el sistema penal juvenil?

O, lo que es igual: ¿qué discursos impiden o coartan mejores niveles de vigencia del garantismo penal, que es también un discurso?

Este tema forma parte de uno más general que se refiere al complejo entramado de discursos que operan en el campo semántico del derecho, que lo determinan y fijan sus condiciones. Allí, se propone ver de qué manera el discurso jurídico los "entrelaza y criba", a decir de Mari. Éste será el campo de mi reflexión de hoy, donde las preguntas a contestar son: ¿de qué manera ciertos discursos (no jurídicos, propiamente) impulsan, promueven, articulan y orientan la intervención punitiva sobre los jóvenes?; ¿cómo fijan las condiciones de esa intervención y cómo contribuyen a regular su intensidad?; ¿qué discursos compiten —y cómo lo hacen— con las normas jurídicas o discursos jurídicos que proveen de garantías ante el sistema penal juvenil?; ¿es posible ensayar una hermenéutica de los discursos que acolchoñan, amortiguan o anestesian la violación de derechos humanos, o que provocan fisuras o resquebrajamientos en el garantismo penal, haciéndole perder eficacia en su función de contención y limitación del poder punitivo que se ejerce sobre los jóvenes?

Todo esto supone que los juristas y los saberes que discurren en lo cotidiano del sistema penal juvenil acceden a un campo más general y común de problemas; para, desde allí, posicionarse y lograr referencias más adecuadas para visualizar afectaciones a derechos humanos de los jóvenes. Debemos convocarnos a pensar en términos más complejos, algo tan complejo como el sistema penal juvenil: su operativa, sus ideologías y discursos.

3. Discurso y realidad

El garantismo penal es un discurso jurídico. Para ver cómo se realiza en la realidad o cómo se vincula con la realidad y con otros discursos hemos de comenzar por salir de él. Éste es un planteo que nos lleva a operar en el plano epistemológico con el cual pretendo operar en el terreno *extrasistemático*. Es decir, acceder a un descampado jurídico que me genere la necesidad de elaborar otras conceptualizaciones, que llenen los intersticios que quedan entre el saber jurídico y otros. Y, desde ese *descampado*, convocar otros saberes y encontrar códigos comunes. La relación entre saberes, desde lo *intrasistemático* —propio de cada saber— es de dominio; la relación entre saberes en el *descampado* epistemológico es de recíprocos requerimientos, de complementariedad. En el *descampado* existe la necesidad de entablar relaciones sinérgicas entre saberes.

Institución y discurso. Ninguna institución hace exactamente lo que dice, ni dice exactamente lo que hace. Si se nos dice —parafraseo a Zaffaroni— que el cordero es un animal que tiene pelos, colmillos, mirada astuta y maligna; y que, de cuando en cuando aúlla, corremos el riesgo de que nos coma el lobo. Andar sólo por el campo de los fines explicitados de las instituciones de control social juvenil es caminar por un mundo *virtual*. Tarde o temprano vivimos la desagradable experiencia de aterrizar en su reali-

dád. Y ocurre que no estamos equipados para pensar esa realidad de la que el discurso no nos informa; estamos en el *descampado*.

Tengamos presente, además, que la vinculación entre discurso y realidad no sólo es perceptible en términos de coincidencia y contraste. El discurso jurídico penal —como todo discurso— también construye realidad, con lo cual desplaza o contamina otras intervenciones sobre la realidad. Es en este punto mismo donde debemos ubicar la vieja cuestión de las "ciencias auxiliares" del Derecho Penal, en especial la Criminología, y resolver lo siguiente: si el criminológico ha de discurrir *más acá* de la definición legal, o, por el contrario, debe desplazar su mirada hacia los procesos de definición del delito y del *delincuente*,³ esto es, operar *más allá* de la definición legal. Hay que resolver si los saberes del sistema penal juvenil operan cautivos de la definición del crimen o rompen con ella y miran lo que ella excluye. Se trata de compartir territorios ónticos con ellos, respetando particulares accesos y no de quedar bajo el ala de la construcción punitiva de los conflictos sociales. Esto implica revisar la *cuestión criminal*.

Debemos pensar en términos *complejos*. Sugiero, primero, pensar en términos de paradigmas para desde allí mirar al sistema penal juvenil y su relación con el garantismo penal y los derechos humanos.

4. Paradigma I: la cuestión criminal

Hoy, definitivamente, se ha problematizado la cuestión criminal. Ha pasado mucha agua bajo el puente y ya no es posible operarla y discurrir sobre ella con la simplicidad que lo hacíamos hace veinte años. Y creo que esa problematización llega algo más tarde y distinto al ámbito de los jóvenes. Llega algo tarde con respecto a lo que ha ocurrido con los mayores, aunque más vale tarde que nunca. Y también llega distinto: en el caso de los mayores, primero se problematizó la cuestión en la criminología o en la política criminal, y luego llegó al derecho, al garantismo penal; en el caso de los jóvenes, primero se problematizó el derecho de los menores y luego, la cuestión criminal, aunque en realidad, aún se está problematizando.

Esta asimetría se recoge en las que a mi juicio son las dos grandes obras colectivas de la criminología y el derecho penal latinoamericano: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, dirigida (coordinada) por Eugenio Raúl Zaffaroni, y *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, compilada por Emilio García Méndez y Elías Carranza (edición a cargo de Mary Ana Beloff). En la primera se recogen los grandes aportes de la criminología crítica y se los inserta en el dere-

³ Utilizo la palabra *delincuente* para aludir a él como producto institucional construido. La construcción institucional del *delincuente* es la que "corporiza" el crimen.

cho penal; en la segunda, por la vía del derecho se critica la situación de la infancia en América Latina –en lo que me interesa, ante el sistema penal juvenil–.

Esto nos enseña algo muy importante, que los *menores* tienen historia propia; discurrir sobre la criminalidad juvenil hoy, a fin de milenio, sin reparar en su especificidad, puede tener consecuencias desastrosas respecto de los derechos humanos. Entonces, hoy existen dos grandes enfoques de la *cuestión criminal*: el paradigma positivista y el paradigma crítico. Veámoslos a vuelo de pájaro.

El paradigma positivista parte del enfoque causal explicativo (etiológico) del crimen; recoge y realimenta la idea del delito con la que todos nos incorporamos a la vida social. Es el saber común del crimen. Parte de la base de entender que el delito ocurre por la incidencia de factores que llevan al criminal a realizarlo. En respuesta, el sistema penal reacciona contra él –ora para reprimir, ora para prevenir– en defensa de la sociedad, institucionaliza al autor, lo somete a tratamiento buscando su rehabilitación, con el objetivo de disminuir la reincidencia.

El paradigma crítico, en cambio, desplaza su mirada hacia la definición del crimen y del criminal y hacia la operativa selectiva, criminalizante y violenta del sistema penal. Se problematizan varios aspectos: la definición del crimen como hecho político de control social; la definición selectiva del criminal como hecho político y social; la eficacia del sistema porque en realidad él crea y reproduce criminalidad; en fin, la violencia del sistema.

No es lo mismo visualizar el garantismo penal y los derechos humanos desde la defensa social y su versión pública de fines de milenio, la seguridad ciudadana, asumiendo que con el sistema penal defiende a la sociedad y previene el crimen, que visualizarlos desde una perspectiva crítica, asumiendo –al contrario– que el sistema penal no defiende a la sociedad ni previene el crimen, sino que selecciona crímenes y criminales y reproduce criminalidad. Desde el primer punto de vista, el garantismo penal es un obstáculo que, en el mejor de los casos, interactúa con el sistema penal en un *delicado equilibrio* entre la eficiencia del sistema y las garantías. Desde el segundo punto de vista, el garantismo penal es una necesidad social y política para contener la violencia del sistema penal; en este enfoque, el garantismo penal no está en equilibrio con el sistema, sino que está en conflicto con él. Si hay algún equilibrio entre sistema y garantías es más bien dialéctico.

5. Paradigma II: la cuestión criminal

Como anuncié, la cuestión criminal juvenil tiene historia y contenido propios. Con la superación del paradigma tutelar hemos comprendido que el sistema penal juvenil es punitivo, pues inflige dolor, reduce groseramente espacio social y restringe severamente derechos y necesidades humanas (pautando lo punitivo desde la realidad). Hemos descubierto las *penas* de los jóvenes y la necesidad de proveerlos de garantías penales;

hablamos de derecho penal juvenil, derecho procesal penal juvenil y derecho de la ejecución de la *pena* juvenil.

Pero, además, el niño y el adolescente en infracción enfrentan a la vez al sistema penal juvenil y al mundo adulto (el sistema penal juvenil es adulto). Entonces, no se trata sólo de reproducir las garantías pensadas para los mayores en infracción ante el sistema penal juvenil, sino que se trata de desarrollar garantías específicas. Si trasladamos el garantismo penal de mayores al mundo joven sin solución de continuidad, caemos en ineficacias específicas; pero también caemos en algo más grave: utilizar un equipamiento jurídico pensado para mundos diferentes puede derivar en una suerte de terrorismo penal diferente y quizás peor que la ideología tutelar, porque negamos la condición del joven.

De allí, la necesidad de pensar estas cuestiones gobernadas por un principio de especificidad que las ata a una especie de estructura óptica (en el mejor sentido welseliano) inconfundible: el niño adolescente como ser humano en desarrollo, en proceso de conformación de su identidad, en proceso de *duelo*, etc. El garantismo penal juvenil, para quienes discurrimos desde el mundo adulto (porque la defensa del joven ante al sistema penal juvenil es también una cuestión adulta), es un ejercicio, un difícil ejercicio de alteridad.

6. Paradigma III: la perspectiva axiológica

Mi propuesta de "pensamiento complejo" introduce ahora otro paquete de problemas: ¿qué está bien y qué está mal en el sistema penal juvenil?; ¿desde dónde nos posicionamos para ver lo bueno y lo malo?; ¿con qué claves de lectura valoramos al sistema penal juvenil? En la *cuestión criminal* y en la *cuestión criminal juvenil*, inevitablemente hemos hecho valoraciones. Volvamos sobre ellas, específicamente.

Ya hace muchos años, Zaffaroni convocó a pensar el Derecho Penal y la cuestión criminal desde dos perspectivas: la realidad y los derechos humanos. El Derecho Penal, como cualquier *ciencia*, requiere de una antropología, de una concepción del hombre. Desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos consagran la tutela exigible de aquellos espacios que el ser humano requiere para su realización personal.

Es conocida la historia de los derechos humanos, planteada en tres momentos: derechos de la primera generación (individuales y políticos, *ante* el Estado), derechos de la segunda generación (económicos y sociales, *desde* el Estado) y derechos de la tercera generación (a escala planetaria). No es tan conocido otro momento de la historia de los derechos humanos, la historia de su especificación.

En la segunda mitad del siglo pasado ocurrió un doble proceso: el de la internacionalización de los derechos humanos y el de su especificación, que en buena medida han

ido de la mano. El primero fue impulsado por las Naciones Unidas, en una especie de *globalización* de la cuestión de los derechos humanos, y comenzó con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En el segundo, los derechos humanos ya no son considerados o, por lo menos, no sólo son considerados ante o desde el Estado, sino a nivel de entramado social. Es decir, en conflictos que ocurren en la *sociedad civil* por ejemplo, entre mayores y niños, ancianos y adultos, hombres y mujeres, negros y blancos, inmigrantes y nacionales, desviados y normales, presos y libres, jefes y subordinados, etc. En estas bipolaridades donde se establecen relaciones de poder, de dominación, de abuso, es que se han visualizado derechos humanos donde antes no se los percibía. Éste es el campo específico de los conflictos entre la niñez y el mundo adulto, que ha exigido una especial sensibilidad para percibir y formular derechos humanos específicos, los de la niñez y la adolescencia.

Pensar los derechos humanos en clave de especificidades, entonces, introduce otras dimensiones de complejidad: por un lado, porque estamos adoptando criterios de valoración, y por otro lado, porque esa valoración recibe un nuevo baño de complejidad, que le da otro espesor, el de su especificidad. La percepción específica de los derechos humanos demanda un ejercicio de alteridad, de percepción del otro, sin el cual el otro no es. Esta alteridad es un aspecto esencial en la percepción de la dignidad humana del niño adolescente, sin la cual la mirada desde el mundo adulto cae en el paternalismo de la doctrina de la situación irregular, o bien en nuevos terrorismos, como el que se propone desde la seguridad ciudadana y la lucha contra la delincuencia juvenil.

Entonces, cuestión criminal, cuestión criminal juvenil y cuestión de los derechos de los jóvenes se imbrican en este pensar complejo, que nos permite su mejor visualización.

7. "Pensar complejo" y la institución

La construcción punitiva de los conflictos sociales requiere inevitablemente una institución de control, *continentadora*. Definir una conducta como delito, adscribirle una pena, determinar un responsable y *extraer* de su medio a ese responsable supone una institución punitiva que *instituye* el conflicto (lo "expropia") y se lo lleva para *adentro*; la institución sustrae el conflicto de su medio. Todo lo que hace después es control social, lo que se realiza bajo el signo de lo punitivo, no es política social (pese a que existen márgenes para el trabajo social en la institución, el mismo está severamente condicionado por ella y transido por lo punitivo).

Los discursos de la institución, en especial los discursos "re" —¿qué son?— siempre van a operar cautivos de lo punitivo y de esa particular aproximación a los conflictos sociales. No perciben la complejidad de los conflictos sociales, que el enfoque punitivo simplifica proponiendo cambiar a un protagonista para *solucionarlos*, y tampoco perciben la complejidad de la institución, que genera nuevos conflictos que conspiran contra

aquellos discursos "re". Una lectura de la institución desde los discursos "re" nos da una institución *virtual*, *aséptica*, que no existe, y que estructuralmente decodifica y pervierte esos discursos.

Entonces, aquí se percibe aquel entrelazamiento de discursos que anunciaba al principio. El discurso penal describe como delito una conducta e institucionaliza al responsable; los discursos "re" lo retoman en la institución y pretenden *cambiarlo*, trasladando al mundo del ser una definición jurídica, *corporeizándola*; y la institución, omnipresente, desnaturaliza todo trabajo orientado en el sentido "re".

En el caso de la institucionalización de jóvenes, un elemental ejercicio de *alteridad* requiere, además, percibir la específica relación entre la institución y el joven. Por ejemplo, la dimensión subjetiva de sus tiempos, la *lentitud* del tiempo del joven; lo lento que para el joven transcurre el tiempo en la institución. El encierro del joven es mucho más extenso, y por ende, mucho lo expone a un mayor deterioro.

8. La situación irregular encapsulada

En general, en los países de la región —con las particularidades de cada país—, en donde se ha fustigado muy duramente la doctrina de la situación irregular, estamos transitando una situación híbrida, a medio camino entre aquella y el garantismo penal, que puede caracterizarse como "situación irregular *encapsulada*". En efecto, distintos discursos que se deslizan en la *praxis* institucional actual, que tradicionalmente acompañaron a la vieja doctrina de la situación irregular, hacen que en los hechos, se le deje ingresar por la ventana al tiempo que se le cierra la puerta, hablando de garantías para el joven en infracción.

Así, por ejemplo, la existencia de jóvenes presos sin condena y la indeterminación de la privación de libertad; el cómputo de situaciones como la vagancia, el riesgo, la fuga del hogar, los "problemas de conducta", las "anotaciones", la peligrosidad, la incorregibilidad (los *refractarios*), la *incontinencia familiar*, los pronósticos institucionales; la *educatividad* de la institución punitiva; la severidad del encierro, etc., constituyen un heterogéneo, inorgánico y caótico conjunto de discursos o situaciones que hacen vano cualquier intento de introducir garantías en la administración de la justicia penal juvenil. Las garantías se escurren por ellas como el agua entre las manos.

Al entrar en crisis esas garantías, se banalizan los derechos y se los mistifica con esa hojarasca discursiva, lo que impide su adecuada visualización. En cambio, si llegamos al derecho del joven, problematizando la cuestión criminal, particularmente la cuestión criminal juvenil, específicamente, y pensando en términos más complejos la institución punitiva, tendremos una mejor base para la elaboración de un paquete de garantías individuales más eficiente.

En los años ochenta --post dictadura-- se lanzó la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, y se está positivizando, al mismo tiempo se discute el alcance y la calidad de las garantías que se pretenden para la niñez y la adolescencia en infracción. Las opciones que aquí he presentado abren a la consideración un abanico de problemas que convocan a pensar en forma más compleja algo tan complejo como el sistema penal juvenil.