

Este trabajo originalmente se tituló “Control institucional de la minoridad infractora en el Uruguay”. El cambio de denominación responde a la necesidad de darle mayor coherencia con enfoque y contenido, en cuatro aspectos: por un lado, he suprimido la palabra “minoridad”, para tomar distancia de ella, en tanto -como se explica largamente en el trabajo- supone una expresión descalificadora de la niñez adolescencia; por otro lado, ya no hablo de “minoridad infractora” sino de “niñez adolescencia en infracción”, para no caer en esa suerte de corporeización de la infracción en el joven; asimismo, la segunda parte del título (“...Un programa mínimo...”), jerarquiza sus aspectos jurídicos, dentro y entre discursos de diversa procedencia, así como la necesidad de limitar al sistema penal juvenil cuando actúa por fuera de la infracción. La referencia a “las penas de los jóvenes” viene a coronar un largo derrotero histórico en torno a la ubicación teórica de la reacción institucional ante la infracción juvenil; la cursiva, además, está llamando la atención del lector acerca del componente aflictivo -penoso- inherente a la institucionalización de jóvenes, cosa que hasta hace poco tiempo era frecuentemente olvidada.

Carlos E. Uriarte

El presente trabajo, representa un acucioso estudio, bien organizado, tanto técnica como argumentalmente, de los tópicos más relevantes de un programa mínimo para los adolescentes infractores a la ley penal en Uruguay. Asimismo, recoge sin duda alguna la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte constituye desde un punto de vista científico un aporte necesario y fundamental en la materia, que Uruguay tanto necesitaba.

Dr. Miguel Cillero
(UNICEF)



Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Material digitalizado con fines de docencia e investigación. Distribución sin fines de lucro.

Para solicitar la publicación completa debe dirigirse a CARLOS ALVAREZ EDITOR



Tristán Narvaja 1618 - TeleFax: (5982) 403 1585
e-mail: caralva@hotmail.com

CONTROL INSTITUCIONAL DE LA NIÑEZ ADOLESCENCIA EN INFRACCIÓN

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)



VI. PRINCIPIOS MINIMOS EN ORDEN A LA EJECUCION DE LAS PENAS DE LOS JOVENES.

30. Proyección hermenéutica de los principios mínimos de derecho penal y derecho procesal penal.

Como afirmación liminar ya en el terreno de la ejecución de la respuesta punitiva a niños adolescentes en infracción, en especial, de la privación de libertad de niños adolescentes, debemos dejar sentada una primera regla: los principios mínimos en orden al derecho penal y procesal penal deben ser incorporados a la ejecución, en cuanto fueren aplicables, como referencia hermenéutica. Esa referencia deberá operarse en dos planos: político -u organizacional- y dogmático.

Desde el punto de vista político, debe existir una correlación entre esos ámbitos de principios, en la medida en que se está limitando lo mismo (el sistema penal) y por las mismas razones (en tanto están conformados como programas mínimos de respeto a derechos humanos). Un sistema disciplinario sin tipificación precisa de faltas, y sanciones, o sin contradictorio procesal; un sistema de diagnóstico sin precisión de criterios de agrupamiento o realizado con criterios peligrosistas; un régimen de salidas o licencias sin reglas de juego claras, etc.; todos ellos dejan espacios abiertos a la violencia institucional y echan por tierra los programas mínimos penales o procesales. Políticamente deben ser concebidos como programas de derechos, idóneos para limitar a la institución. El cotidiano del encierro institucional debe pautarse a partir de un programa mínimo de respeto a derechos humanos.

Desde el punto de vista dogmático, el derecho de la ejecución penal juvenil -por denominarlo de alguna manera- deberá ser aplicado con el auxilio hermenéutico del derecho penal y procesal penal. Así, atenuantes, justificantes, pluralidad de faltas, en un sistema disciplinario deberá operarse con arreglo al Derecho Penal; de la misma forma, con relación a sus aspectos procesales.

31. Principio de subsidiariedad de la privación de libertad y de opción por las alternativas.

Según este principio, la privación de libertad de niños adolescentes, como consecuencia de sus infracciones, debe ser dispuesta como medida de

último recurso, ya sea impuesta como medida provisoria -cautelar- o definitiva. Este principio, en realidad, es una regla tradicional del derecho de menores (Código del Niño, art. 124; Reglas 13.1, 17.1. b y c de Beijing; Reglas 1, 2, 17 de Riad; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 37 b), que en general se acompaña de programas alternativos (Código Penal, art. 45; Reglas 13.2, 17.1 c y 18.1 de Beijing; Convención, art. 40.4; Reglas 2, 17, 59 y 80 de Riad; Acordada 7236 -Circular N° 54, de 29 de julio de 1994, de la Suprema Corte de Justicia-, art. 6).

La cuestión de las alternativas a la privación de libertad no es nueva en la historia de la penología; en realidad nace junto a la idea misma de la privación de libertad como pena, desde la conformación del sistema penal moderno y la cristalización de su institución señera, la cárcel, a fines del Siglo XVIII y a lo largo del Siglo XIX³⁴¹, y denota desde siempre la desconfianza en la intervención institucional.

Entre 1960 y 1985 el tema de las alternativas a la privación de libertad ha tenido gran desarrollo, a raíz de la crisis fiscal de los países del primer mundo (ZAFFARONI, 1985, 1984 b y 1986; PAVARINI, 1995), que llevó a que los costosos programas de tratamiento institucional fueran perdiendo terreno, por la reducción del gasto público. Por otra parte, el desarrollo teórico de la crisis de la institución total acompañó este proceso, en relación *directamente proporcional* al desarrollo de las alternativas.

En cambio, en estos últimos diez años, un manto de pesimismo ha cubierto a la criminología crítica europea, con PAVARINI a la cabeza (1991, pág. 28; 1995, a, pág. 100), entre otras circunstancias porque se comprendió que las alternativas arrastraban un efecto perverso: en vez de reducir el encierro permitieron extender las redes del control *soft*, en tanto el número de encerrados ha permanecido estable. PAVARINI expresa que, en realidad, las alternativas funcionan como alternativas a la libertad, antes bien que a la prisión (1991, pág. 28); pautadas desde el programa mínimo, deben ser una forma de *salir* y no de *entrar* al sistema. El fenómeno, por otra parte, se ha acompañado de un relativo endurecimiento del encierro y de un afinamiento de la selectividad de los sistemas penales (ZAFFARONI, 1993).

³⁴¹ Respecto de la génesis de la cárcel, véase FOUCAULT (1984 b), PAVARINI-MELOSSI (1985); para el caso uruguayo, véase GOMEZ FOLLE (1947), GREZZI (1995), URIARTE (1996), SCAPUSIO y LANDEIRA (1997).

CHRISTIE (1993), empero, denuncia que la encerrona ha aumentado en estos últimos años en Europa, y el aumento ha sido formidabile en los Estados Unidos³⁴².

Nuestro país no escapa a la regla. Según algunos trabajos de campo (ACORDAGOTIA et al., 1992), la Ley de Prevención sin Prisión (Ley 15.859, de 31 de marzo de 1987), que nació con un designio descarcelador, en los hechos ha permitido criminalizar casos que anteriormente se archivaban silenciosamente; y por otra parte, no ha impedido el constante aumento del número de presos.

En el terreno del control institucional juvenil, luego del virulento empuje custodial de principios de la década de los '90, hacia mediados de ella -a la época de la Acordada 7236, de 29 de julio de 1994, y de la Ley 16.707, de 12 de julio de 1995 (Ley de Seguridad Ciudadana)- se hace ostensible un cambio de estrategia del control institucional punitivo juvenil, en el cual es necesario contextualizar el funcionamiento real de las alternativas.

La Ley de Seguridad Ciudadana (Ley 16.707, de 12 de julio de 1995) revierte una política constante desde el Código del Niño a la fecha, en cuanto a la subsidiariedad de la privación de libertad de niños adolescentes en infracción³⁴³ (Código del Niño, art. 124; Código Penal, art. 45; Acordada 7236, art. 6 -que se remite al art. 124 del Código del Niño y preve la internación en último lugar-; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 37 b y c, 40-1° y 4°) y contradice otras disposiciones expresas de la doctrina de la protección integral de Naciones Unidas (Reglas 17.1 b y c, 18.1 y 19.1 de Beijing; Reglas 2, 17, 59 y 87 f de Riad). En efecto, establece en el ordinal 3°, *in fine*, del art. 114 del Código del Niño, la privación de libertad como regla. El eje del art. 114.3° del Código del Niño, según la redacción dada por el art. 25 de la Ley de Seguridad Ciudadana, pasa a ser la internación; sólo al final del ordinal se dice "además (los Jueces Letrados de Menores) podrán disponer las medidas previstas en el art. 124 de este Código y art. 40 numeral 4° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño". No hay duda de la subsidiariedad de las alternativas con respecto a la internación (conf. EROSA, 1995), al contrario de lo dispuesto por el propio Código del Niño (art. 124), y de la generalidad de los documentos involucrados en la doctrina

³⁴² Desde donde, paradójicamente, nos ha llegado buena parte de la influencia en orden a políticas alternativas al encierro (es el caso de los programas de Massachusetts).

³⁴³ Propia del discurso jurídico del Código del Niño, más allá de la contingencia de su aplicabilidad.

de la protección integral. La Ley de Seguridad Ciudadana, en consecuencia, vulnera en este sentido el principio de subsidiariedad.

Sin embargo, y en principio afortunadamente, desde el Poder Judicial, a la vez que comienza a ajustarse formalmente el procedimiento de jóvenes en infracción -con las características que venimos anotando-, se intensifica su desinstitucionalización, con derivación hacia programas de alternativas supervisados por ONG's (EROSA, 1996, pág. 210). Entre 1994 y 1995 se advierte una brusca caída de ingresos por infracción (de un 27%), acompañada también por una caída de internación con medidas de seguridad *a secas*, de un 52%³⁴⁴. Sin embargo, ese proceso tiene un trasfondo pernicioso: la tendencia a una mayor selectividad y un *mayor* encierro para los internados, por un lado, y un aumento de control social a través de programas de alternativas, por otro (EROSA, 1995, pág. 261 y 262), en el mismo sentido que el señalado por la doctrina europea.

Hacia abril de 1996 estas tendencias se confirman. Un estudio realizado por técnicos de la División de Estudio y Admisión del INAME (ALMENAR et al., inéd.), contextualiza esa situación con los datos desde 1991 inclusive³⁴⁵. En 1991 y 1992, los ingresos por infracción representaban un 18.8% y un 19.6%, respectivamente, del total de ingresos al INAME; en 1993 y 1994 experimentan una brusca caída (14.4% y 13.7%, respectivamente); y en 1995 descienden un nuevo escalón (8.2%). Hacia abril de 1996 los ingresos por infracción representaban un 4.7% del total de ingresos al INAME. El estudio también confirma la significativa caída de ingresos con medidas de seguridad *a secas*, dentro del universo de infracciones: pasaron de un 39.7% en 1991, a un 19.7% en 1995; correlativamente, los jóvenes que ingresan sin medidas de seguridad pasan de un 60.3% a un 80.3%, entre 1991 y 1995.

Este sería un panorama alentador, si no fuera, por una parte, por las sombras que arroja el endurecimiento del encierro y la *difusión* de las medidas *soft*, que detecta EROSA³⁴⁶, y, por otra parte, porque simultáneamente el

³⁴⁴ Conclusiones a las que llega EROSA, comparando las cifras de la primera mitad de 1994 con las de la primera mitad de 1995, sobre la base de la información del Centro de Estudio y Admisión del INAME, Programa SIPT (EROSA, 1995, pág. 250 y 251).

³⁴⁵ Como el estudio de referencia cierra a abril de 1996, evitaremos, por regla general, considerar esa fracción de año y nos limitaremos a los datos del período 1991-1995, salvo que ello le quite coherencia a nuestra exposición.

³⁴⁶ Los datos en estudio, entonces, confirman las lúcidas observaciones que EROSA realizaba *a boca de urna*.

número de controlados institucionalmente por "problemas de conducta"³⁴⁷ ha crecido desmesuradamente entre 1993 y 1995, tanto en términos porcentuales, dentro del total de ingresos al INAME (de un 7.4 % en 1993 a un 12.5 % en 1995), como en cifras absolutas (de 417 a 1184 ingresos, entre 1993 y 1995, esto es, un 183 %) (ALMENAR et al., inéd., según datos del Servicio de Información para la Infancia, del INAME). Esto significa que se están superponiendo dos estrategias contradictorias: por un lado un aumento importante de las alternativas, en el control por infracción, y por otro lado, una intensificación del control institucional por situación irregular, fuera de la infracción. Sobre esto volveremos en la PARTE QUINTA.

Desde el INAME, en el mismo sentido, se tiende a desinstitucionalizar derivando la atención de niños hacia organizaciones no gubernamentales (EROSA, 1996, pág. 210). ALMENAR et al. confirman esta tendencia, en función del aumento de ingresos por protección al INAME entre 1993 (4.412) y 1995 (7.475) (los porcentajes de ingresos por protección en relación al total de ingresos, sin embargo, se han mantenido en un 78 % y un 79 %).

La alternativa puede funcionar simultáneamente con la resolución judicial que decide acerca de la sujeción al proceso o puede actuarse también en la ejecución, pues el *quantum* de encierro estricto puede variar en situaciones de privación de libertad. Hacemos alusión a la flexibilización del encierro con regímenes de licencia o salidas transitorias, dentro de programas de minimización y progresividad de la ejecución de la pena juvenil.

Sin embargo, fuera de las estrechas posibilidades de las licencias o salidas transitorias, es posible pensar en salidas definitivas, que hagan las veces de libertad anticipada -cuando esta no esté prevista por el derecho positivo o no sea posible aplicarla-, o bien, simplemente, que funcione como desinstitucionalización provisoria, aunque con controles alternativos, de libertad asistida.

Como ya hemos señalado, muchas veces se encierra por ausencia de continentación familiar del niño adolescente involucrado en una infracción, y

³⁴⁷ El Sistema de Información Para la Infancia (S.I.P.I.) del INAME organiza los ingresos en todas las modalidades de atención, sobre la base de tres categorías de causal de ingreso: Protección, Problemas de conducta y Conflicto con la ley penal. La causal "Problemas de conducta" comprende "niños que llegan a INAME por el Poder Judicial, por otras instituciones o a solicitud de su familia, por mendicidad, vagancia, prostitución, consumo de drogas, abandono de hogar" (ALMENAR et al., inéd.) Estos "problemas de conducta" son la situación irregular, desgloriosa la infracción.

hemos abundado acerca de las críticas que nos merece esta situación, pues no es legítimo privar de libertad por esas razones. Emperó, ante el hecho consumado, es posible pensar en controles alternativos al encierro, que provean de la continentación que el sistema requiere.

Ofrecer una continentación alternativa a la institución cerrada genera una interesante posibilidad de trabajo con adolescentes sometidos a medidas de seguridad educativas, en régimen de internación; y, al mismo tiempo, constituye una vía interesante para el programa mínimo.

Ninguna disposición en nuestro derecho interno prohíbe que se apliquen estas medidas a jóvenes internados, así como tampoco se imponen tramos de internación mínima, ya sea de carácter cautelar, sancionatorio o educativo.

Sin embargo, es necesario precaverse del riesgo de que la praxis pervierta esta estrategia minimista. En efecto, este instituto puede funcionar como alternativa a otra alternativa que pudo resolverse originalmente, en lugar de la internación. Es decir, se corre el riesgo que al disponerse de una alternativa posterior y relativamente cercana al momento de la internación, se utilice la iniciativa indiscriminadamente para *amadrantar* primero y aflojar después; esto puede desbalancear un sistema de libertad asistida, que funcione como medida inicial e introductoria. Nuevamente aparece la imagen del nudo gordiano de las alternativas: su problema no está tanto en positivizarlas -que siempre lo estuvieron- sino en cómo funcionan.

32. Principio negativo de no desocialización o de atenuación de los efectos perjudiciales de la privación de libertad ("*nil nocere*").³⁴⁸

Este principio es el eje del programa mínimo de ejecución de la privación de libertad de niños adolescentes. Pese a que no suele estar explícitamente consagrado, como por excepción lo está en el caso de la Regla 3 de Riad³⁴⁹, el mismo emerge de dos circunstancias: una teórica, vinculada a la crisis de la institución total, y otra jurídico-dogmática, atinente a la interpretación de los textos jurídicos en la materia.

³⁴⁸ Según la feliz expresión de MAPELLI CAFARENA (1983 y 1987).

³⁴⁹ La Regla 3 de Riad expresa: "El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a *contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.*"

Ya hemos abundado sobre la crisis estructural de la institución total y su particular intensidad con relación a la niñez adolescente, e incluso formulando la cuestión en términos de necesidades insatisfechas. La institución detentadora física, mental, espiritual y vincularmente, cuyos efectos varían según la intensidad del encierro. Según los enfoques teóricos que hemos adoptado, esa represión de necesidades es violencia institucional, con serias dificultades de legitimación.

En consecuencia, el eje de la organización del encierro está en la reducción o atenuación de sus efectos desocializadores al mínimo posible (MAPELLI CAFFARENA, 1983 y 1987; ZAFFARONI, 1991 b; BARATTA, 1991; RIVERA BEIRAS, 1992; PEREZ MANZANO, 1986; FERRAJOLI, 1997; en el caso de los niños adolescentes privados de libertad, específicamente, GARCIA MENDEZ, 1997, pág. 224). Cualquier planteo que intente organizar la privación de libertad, sin considerar la incidencia de su desocialización estructural, se hace trampa al solitario, con las consecuencias inevitables, en cuanto a escaladas de violencia física manifiesta.

Los enfoques positivistas, pese a la vocación *ius humanista* de sus mejores versiones, condicionan estas estrategias, y se proponen metas penosamente traicionadas por el cotidiano institucional.

Repasemos un instante las pautas del paradigma etiológico, que es preciso desmontar para visualizar claramente el planteo alternativo de la no desocialización o del "nihil nocere". Para el positivismo, el delito es algo natural de lo que hay que defenderse (defensa social); el delincuente es alguien diverso, que puede estudiarse según su proclividad al delito y la incidencia de factores criminógenos; la institución actúa sobre esos factores con un tratamiento resocializador.

Desde posturas críticas, al contrario, se afirma: el delito es una construcción social, una definición; el criminal es definido por el sistema penal, a partir de un proceso selectivo y violento, cuyo momento más emblemático es la institución total; en ella, antes bien que "resocializar", es preciso no desocializar, y en el mejor de los casos, reducir la vulnerabilidad (en alguna medida, una estrategia reductora de la vulnerabilidad comporta un momento de no desocialización).

Es imperioso trasladar los enfoques críticos de la no desocialización o de la reducción de la vulnerabilidad, al ámbito jurídico, ante el riesgo evidente de vacío de discurso (ZAFFARONI, 1991, b) al que se enfrentan todos los textos jurídicos urdidos desde la utopía positivista, en sus mejores versiones

humanitarias, pues ese vacío de discurso propiciará la caída hacia la peor de las prevenciones: la prevención especial negativa, la "inocuidación".

En lo que nos interesa, los textos jurídicos que recogen la llamada doctrina de la protección integral de Naciones Unidas, con los matices que hemos anotado, en varios pasajes consagran la ilusión resocializadora. Así, las Reglas 9.1 y 27 de Beijing³⁵⁰, las Reglas 27,³⁵¹ 32, 38, 59, 66 y 67 de Riad; Convención, art. 40.1; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Nos. 58 y 60.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3; Pacto de San José, art. 5.6.

Sin embargo, paralelamente, las normas de las Naciones Unidas permiten interpretaciones alternativas al enfoque positivista, a través de varios caminos.

En primer lugar todas parten de la base de que el encierro no es bueno en sí, en virtud de la grosera a restricción de derechos/necesidades que significa. Por lo pronto, esto se percibe en el principio de subsidiariedad, pacíficamente consagrado en ellas. Pero además, explícitamente hacen referencia a la necesidad de atenuar los efectos perjudiciales de la privación de libertad (como lo hace la Regla 3 de Riad, según vimos), o bien de atenuar las diferencias entre el *adentro* y el *afuera* (Regla 87 f de Riad)³⁵². En consecuencia, mal puede entenderse que la resocialización es el objetivo central de la privación de libertad, cuando ésta, al mismo tiempo, es visualizada negativamente; la negatividad esencial del encierro es incompatible con la resocialización (URIARTE, 1997 d).

En segundo lugar, positivamente, la resocialización requiere un *pruis* lógico, que comience por atenuar las consecuencias del encierro, de tal suerte que, resocializar sin no desocializar, no es posible. En este sentido, la no

³⁵⁰ Las Reglas 9.1 y 27 de Beijing hacen expresa remisión a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en 1955 por Naciones Unidas, las que se articulan sobre el discurso de la reducción. Esta remisión se justifica en la economía de las Reglas de Beijing, porque ellas se ocupan prioritariamente de las cuestiones procesales y de la proporcionalidad de las respuestas penales (Reglas 5.1 y 17 a, con las observaciones que nos merecieron), más que de los problemas del encierro (esto no debe hacernos olvidar algunas reglas dirigidas al interior del *penitenciario*, como la Regla 26).

³⁵¹ En esta Regla, la expresión "rehabilitación" seguida del calificativo "especial" hace referencia a tratamientos médicos especiales, ante procesos mórbidos.

³⁵² Las propias Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas, a las que se remiten las Reglas de Beijing, asumen la afflictividad del encierro y disponen no agravar sus condiciones inherentes, así como reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida libre (Reglas Mínimas 57 y 60.1).

Podemos decir ahora que el programa mínimo se vertebra sobre la mejor realización posible de las necesidades humanas, en dos versiones: una negativa, la no desocialización y otra positiva, la orientación según la satisfacción de necesidades (Convención, art. 37d; Reglas 2.3.a, 6.1, 17.1.a, 24.1, 26.1 y 2, de Beijing; Reglas 28, 68 y 81 de Riad).

En primer lugar, si desconectamos la gestión de la institución de la resocialización, nos quedamos con lo mejor de la propuesta del humanitarismo positivista, y le quitamos lo que tenía de preventista; esto es, no actuamos en el plano de las necesidades para prevenir el delito, o para que el institucionalizado no reincida, qué de eso no se trata, sino que el objetivo es cubrir de la mejor manera posible las necesidades que posterga la institución y atender de la mejor manera posible lo cuadros carenciales que pueblan las instituciones del sistema penal. Se trata, pues, de privilegiar los planteos asistenciales que indica la normativa internacional, desconectándolos del delito y de los planteos etiológicos, y sí encarándolos como derechos, que lo son.

En segundo lugar, si las necesidades son la formulación jurídica de los derechos humanos, esta es una estrategia de realización de derechos humanos. Lo que no quiere decir que este principio esté legitimando la institución sino lo contrario, que hay que remar contra ella; lo planteamos como la mejor estrategia para remar contra ella. Es menester visualizar esto en términos de conflicto: la sinergia negativa de la institución multiplica o exacerba la restricción de derechos, tanto más como más cerrada sea. En términos de MAX NEEF, sólo podemos recurrir a satisfactores -derechos- que, en el mejor de los casos funcionan como satisfactores singulares. Es posible, tal vez, pensar la sinergia de MAX NEEF en términos graduales, y elaborar para la institución una específica conceptualización, que nos permita discernir satisfactores desde el punto de vista intra institucional, con cierto grado de sinergia. Hablaríamos, entonces, de sinergias relativas, de suyo restringidas por la institución, que sin embargo tendrían un positivo efecto multiplicador de satisfacción de necesidades (siempre acotado por la institución), estratégicamente preferibles a las estrictamente individuales: p. ej., los grupos de convivencia y el trabajo en equipo serían en este planteo, más sinérgicos en orden a satisfacción de necesidades humanas que, p. ej. la atención individual, técnicamente fragmentada y descontextualizada del cotidiano colectivo, como se estiló dentro de estrictos planteos de seguridad y reclusión celular.

En tercer lugar, el principio de orientación por las necesidades cierra filas en torno al planteo de la vulnerabilidad: es una lectura posible de la vulnerabilidad (Reglas de Riad, Preámbulo párr. 2), que no es otra cosa -en sus mejores

desocialización -en tanto planteo teórico- se integra dogmáticamente a la resocialización, y en la economía de los textos jurídicos, debe leerse adscripta a ella, con lo que el *nil nocere* adquiere positividad jurídica inexorable. Es significativo, en este sentido, como las normas internacionales manejan alterativamente las expresiones "reinserción" o "reintegración" (o, simplemente, "integración") (Convención, art. 40; Reglas 3, 14, 38, 51, 59, 67, 80, de Riad), que ensamblan con mayor adecuación con el efecto desocializador de la institución cerrada; si la desocialización dificulta la reinserción posterior, superar o atenuar los efectos desocializadores es una estrategia de reinserción.

En tercer lugar, también positivamente, en tanto las normas internacionales disponen que se atienda a las necesidades de los niños adolescentes privados de libertad (Convención, art. 37 d; Reglas 2.3.a, 6.1, 17.1.a, 26.1 y 2 de Beijing; Reglas 28, 68, 81 de Riad) independientemente de las propuestas "re". Entre ellas, las primeras a considerar son las creadas por el propio encierro, que en general no hacen sino profundizar las necesidades insatisfechas que arrastra el joven seleccionado por el sistema penal, y que connotan cuadros carenciales que hacen a su vulnerabilidad. Entonces, proveer a la satisfacción de necesidades se transforma en la estrategia institucional alternativa, orientada por el "nil nocere". De esto nos ocuparemos en el número siguiente.

En conclusión, la teoría de la no desocialización -que se abre paso rápidamente en los últimos años en Europa y en América Latina- se constituye en una alternativa hermenéutica que los propios textos de Naciones Unidas permiten, y se transforma por ello en el primer imperio jurídico a las instituciones de encierro.

Si retomamos el enfoque de MAX NEEF, en especial nuestra versión de la sinergia negativa de la institución total con respecto a las necesidades juveniles, podemos concluir que nada bueno puede lograrse en estas instituciones si no se comienza por neutralizar o minimizar esa sinergia agobiante del encierro, brutal cortapisa a cualquier estrategia institucional positiva.

33. Principio positivo de orientación según las necesidades de los niños adolescentes; principio de reducción de la vulnerabilidad al sistema penal.

En lugar de la utopía resocializadora positivista, el programa mínimo que proponemos para la ejecución de la respuesta punitiva se orientará según las necesidades de los institucionalizados (BARATTA, 1991, pág. 256).

formulaciones- que un cuadro de necesidades insatisfechas. Desde el punto de vista político criminal, la vulnerabilidad es el correlato objetivo de la selectividad del sistema penal, pues se es vulnerable ante el sistema penal.

Si pensamos que el sistema penal selecciona a sus vulnerables, la institución cumple el rol -no explicitado- de reproducir vulnerabilidades. Un programa dirigido a atenuar el efecto desocializador, por un lado, y a aumentar la satisfacción de necesidades, por otro, es un programa que interrumpe el círculo reproductor de vulnerabilidades; es un programa reductor de la vulnerabilidad al sistema penal.

En cuarto lugar, es posible orientar en base a este principio toda la gestión de la institución: el diagnóstico será un diagnóstico de necesidades insatisfechas (de vulnerabilidad -PUPPO BOSCH, 1990-), orientado hacia la mejor convivencia posible; el trato cotidiano estará orientado a la máxima satisfacción posible de necesidades, en el manejo estratégico de la tensión estructural entre la sinergia institucional negativa, que inercialmente agrede derechos y necesidades, y la resistencia paradójica que propone el programa mínimo.

Parafraseando a GARCIA MENDEZ (1991 b), la mejor institución cerrada no existe; sin embargo, es posible pautar diferencias entre instituciones, ponderadas desde el enfoque de la satisfacción de necesidades. Asimismo, con este criterio es posible realizar diagnósticos institucionales así como planificar estrategias institucionales de cambio, etc.

En quinto lugar, el espacio educativo institucional³⁵³ (Convención, arts. 28 y 29, en general; Reglas 26.1, 2 y 6 de Beijing) queda reducido a un momento de satisfacción de una carencia de la niñez adolescencia, cuya trascendencia depende de la concatenación de los distintos aspectos del programa mínimo. Desde nuestro punto de vista, esta versión crítica de la institución cerrada, provoca un desafío: ¿qué pedagogía pensar dentro de la sinergia negativa antipedagógica de la institución? ¿Cómo ayudar a ser en una institución que aliena?; ¿cómo ayudar a ser creativos, críticos, libres, solidarios, afectivos, participativos, transformadores, en una institución que está en las antípodas de las mejores propuestas pedagógicas, pues simultáneamente apunta a todo lo contrario (rutina, sumisión, encierro, manipulación, violencia, incomunicación, estigma)?

³⁵³ Es importante tratar brevemente la cuestión de la educación en la institución total, pues ha sido el eje tradicional del discurso positivista y la praxis institucional.

Por lo pronto, es un consuelo pensar que los programas pedagógicos siempre son programas *situados*, pues operan en estructuras sociales que nos permean y nos "individúan" (volviendo sobre la idea de FOUCAULT, 1979); unas más que otras, pero todas algo. Desde el punto de vista pedagógico, no es posible perder de vista que los espacios educativos son restringidos, donde quiera que se operen³⁵⁴.

El pesimismo que puede suscitar la "individuación" de FOUCAULT (ZAFFARONI, 1989 a), bien mirado, esto es, mirado desde la institución total, es un mensaje de optimismo, quizás vano, pero optimismo al fin. Si bien "mal de muchos es consuelo -vano- de tontos", las cosas no están tan mal para el pedagogo de la institución total, pues sus problemas son los mismos que los de sus colegas, en estructuras institucionales más abiertas; en un "continuum" disciplinario social las diferencias entre esos extremos son de grado, no de esencia. Los problemas del pedagogo de la institución total son los mismos que otros, en otras instancias de control social, solamente que más intensos.

El programa mínimo propone las mejores aperturas posibles para el trabajo pedagógico en la institución cerrada. Tanto más abiertas sean éstas, tanto mayor satisfacción de necesidades provean, tanto mejores serán las perspectivas para el operador pedagógico.

Fuera de la educación, finalmente, las normas de Naciones Unidas proveen acerca de las necesidades/derechos de salud, recreación, trabajo, religión, enseñanza curricular, asistencia social, etc., de los niños adolescentes en el encierro (Convención, arts. 6, 23, 24, 26, 31 y 32, en general; Regla 26.2 de Beijing y Reglas Mínimas de Ginebra, en lo pertinente, por la remisión de la Reglas 9.1, 13.3, 27.1 y 2 de Beijing; Reglas 38 y ss. de Riad), con respecto a los cuales pueden efectuarse desarrollos similares.

Insistimos en la estrategia de *desritualizar* la institución total, a partir de ideas como la "incompletud institucional" de GOMES DA COSTA (GARCIA MENDEZ, 1991, pág. 126, y 1997, pág. 224 y 225) o la "atención comunicativa normalizada y global" (FUNES y GONZALEZ, 1997, pág. 325) (retro, PARTE SEGUNDA, II, 22, B), desde las cuales la asistencia al interior de la institución es programada y prestada por los servicios comunes de la comunidad. Es posible que los *excluidos* sobre quienes recae la intervención institucional no tengan otras chances de ser *incluidos* que éstas, de no mediar cambios importantes en las políticas sociales.

³⁵⁴ Con respecto, p. ej., a los condicionamientos escolares, véase REIMER (1981).

34. Principio de máxima comunicación institucional.

El programa mínimo profundiza el derecho/necesidad de participar que tiene el niño adolescente en régimen de privación de libertad, que es inherente a su dignidad personal; la autodeterminación y la no instrumentalidad del ser humano requieren inexcusablemente que el joven participe de las cuestiones que le incumben (Convención, arts. 12, 13 y 37 c; Reglas 24, 25, 59, 60, 61, 62, 70, 76, 77, 78 y -especialmente- la Regla 84 de Riad).

Ahora bien, este derecho sería ilusorio en la privación de libertad, si la institución no funcionara de acuerdo al principio que denominamos de "*máxima comunicación institucional*", conforme al cual ella deberá plantearse sobre la base de la mejor articulación posible de la demanda del joven interno. La mejor participación del niño adolescente recluido requiere una estructura de fluida comunicación.

No existe institución de encierro de jóvenes que no tenga, en el mejor de los casos, una estructura estamental, fuertemente compartimentada. Allí comparten el cotidiano institucional la dirección y administración, el sector técnico, de cuño universitario, el estamento de asistencia directa³⁵⁵, un estamento de custodia externa, y, finalmente, el estamento de los propios internos. Este modelo abstracto, que puede tener variantes en la realidad, nos es útil a nuestros efectos.

Cada estamento tiene su discurso, en general con variantes, según se exprese hacia afuera o hacia adentro del mismo, y su propio proyecto institucional, que a su vez puede coincidir o no con el discurso que le asignan las normas jurídicas (en general no coinciden). Obviamente, la institución será una u otra, según sea la precisión de los roles estamentales, el predominio de ellos (cuestiones de poder), y sus procesos de intercomunicación.

La inercia institucional del encierro presiona hacia: a) predominio de lo custodial, sea por imposición de los roles custodiales o por falsía de los roles no custodiales³⁵⁶; b) burocratización de las funciones de todos los estamentos; c) compartimentación e incomunicación estamental; d) relaciones de dominio físico, de imposición/sumisión o de manipulación entre los internos; e) escaladas de violencia física.

³⁵⁵ En nuestro país integrado por funcionarios llamados Educadores, que desempeñan además un rol custodial relevante.

³⁵⁶ Dirección/administración, técnicos y educadores se vuelcan hacia lo custodial.

En lo que nos interesa ahora, el principio de máxima comunicación apunta a superar la compartimentación e incomunicación estamental, dentro de una estrategia de sinergia relativa que, a su vez, influya positivamente en las otras distinciones³⁵⁷. La compartimentación estamental mediatiza y disminuye la participación del niño adolescente en la institución.

De acuerdo con todo esto, deberían franquearse los caminos institucionales de comunicación. A cuenta de otros desarrollos, señalaremos tres momentos esenciales para el aumento en cantidad y calidad de la comunicación institucional.

En primer lugar, el grupo o equipo interdisciplinario³⁵⁸, que oficie de catalizador de los conflictos y demandas institucionales. Allí (Regla 84 de Riad) deberán encontrarse los distintos proyectos de la institución, para su más democrático procesamiento; allí deberán encontrarse distintas perspectivas técnicas e institucionales de la niñez adolescente para su mejor y más amplia percepción, para la mejor articulación posible de sus necesidades; allí deberán asumirse compromisos recíprocos entre los distintos estamentos; allí deberá usarse la palabra, que la inercia de la violencia institucional tiende a proscribir; allí deberán contenerse las ansiedades de quienes operan la institución.

En segundo lugar, los grupos de convivencia (DÍAZ SERRA, 1990) articulados técnicamente, para el mejor manejo de los conflictos institucionales. Sin ellos -que también son un crisol de democracia- la institución *de abajo se nos escapa*; sin ellos las miserias vinculares que prohija la institución se nos escapan, se disparan, y de golpe, sorpresivamente, nos encontramos un buen día con la violencia abierta y declarada (muertes, motines, auto y heteroagresiones).

En tercer lugar, paradójicamente, el mejor equipo tiene como cimiento la mejor y más refinada diferenciación de saberes (Regla 81 de Riad), de funciones, de perspectivas y de roles. La mejor comunicación supone emisores/receptores bien definidos que aporten recíprocamente.

Ahora bien: el programa de máxima comunicación sólo puede ser percibido como programa mínimo de articulación de necesidades institucionales si es concebido como un derecho de la niñez adolescencia encerrada, y por ende

³⁵⁷ El término disfunción lo adoptamos en el sentido de algo -el estamento- que no funciona como debe, de acuerdo al modelo.

³⁵⁸ Con respecto a los equipos de trabajo en el encierro penitenciario, véase PUPPO BOSCH (1990) y URIARTE (1990).

susceptible de imposición inexorable. La Regla 84 de Riad dispone que la "administración deberá adoptar formas de organización y gestión que faciliten la comunicación entre las diferentes categorías del personal ... (de la institución) ... para intensificar la cooperación entre los diversos servicios dedicados a la atención de los menores, así como entre el personal y la administración, con miras a conseguir que el personal que esté en contacto directo con los menores pueda actuar en condiciones que favorezcan el desempeño eficaz de sus tareas". El principio de máxima comunicación es pues un deber de la institución y un derecho de la niñez adolescente.³⁵⁹

35. Principio del control judicial en la ejecución de la respuesta punitiva.

En general las normas internacionales sobre privación de libertad de menores no hacen mayor énfasis en el control judicial de la privación de libertad. En el régimen del Código del Niño, el Juez *pater familias* tenía el control absoluto de la gestión del encierro, aunque sin reglas de juego, en razón de la escasa -si no ausente- reglamentación legal de la privación de libertad. Este aspecto ha sido retomado por la Ley de Seguridad Ciudadana, que al disponer el estricto control de licencias y salidas en régimen de medidas de "seguridad", agrega al Juez de Menores las funciones de Juez de Vigilancia.

Como señalamos en otro lugar, es probable que el control judicial de la gestión de la privación de libertad de adolescentes, en los últimos tiempos, haya sido implementado con arreglo a una estrategia de "apretar tuercas" y de aumentar los niveles de seguridad custodial. Conyuntamente, las estrategias recientes de control social institucional se han servido de la función judicial para aumentar la intensidad de la intervención punitiva (*infra* PARTE QUINTA).

Sin embargo, ello no debe hacer perder de vista la importancia de mantener en la institución un cierto balance de poderes, cuyo equilibrio debería asegurar el control de los excesos u omisiones, en orden a los derechos de la niñez adolescente (en el mismo sentido, BALBELA DE DELGUE, 1990; RIVERO DE ARHANCET, 1990). Normas de ejecución de la privación de libertad, de origen legal, gestión administrativa y control

³⁵⁹ No olvidamos que las Reglas de Riad no están positivizadas en nuestro derecho, de allí que sea necesario elevarnos a la dignidad del ser humano y al derecho de participar en los eventos vitales que le sean relevantes, sin perjuicio que las Reglas pueden ser esgrimidas como principios generales de derecho, según hemos concluido (Constitución, art. 72 y 332).

judicial constituyen el trípede que debería asegurar el mejor balance para la marcha de la institución. En un Estado de derecho no existe mejor solución que esa, sin perjuicio de sus distorsiones prácticas.

Por lo pronto, en la coyuntura de la primera mitad de los '90 se impulsó al Poder Judicial hacia un ajuste del encierro, sin que, al mismo tiempo, se reglamentara por ley la ejecución de la privación de libertad (salvo en aspectos puntuales). La sanción legislativa hace a la discusión democrática de los conflictos del encierro; y el vacío legal se paga en términos de represividad, omisión o ineficacia en orden a derechos humanos en el encierro. Aunque es forzoso reconocer que, legislar en cuestiones de control social institucional, y específicamente sobre instituciones de encierro, en las actuales condiciones, no permite abrigar esperanzas de obtener conquistas en la realización de derechos humanos, ante los avances irresistibles de las tendencias custodiales en ese ámbito. De todas formas, el escenario de discusión pública que, en el mejor de los casos, representa el ámbito parlamentario debería incluir estos temas.

Por otra parte, el avance custodial encuentra terreno propicio en la ausencia de programas institucionales que se erijan en alternativas sólidas a las estrategias custodiales. La ausencia de discursos institucionales en general provoca un vacío que es ocupado por la lógica de la seguridad custodial. Incluso, cabe agregar que, sin perjuicio de la intervención judicial, han existido -y existen- momentos institucionales de alta represividad, que no se explican solamente por la acción judicial; es más, en estos casos es reprochable -paradójicamente- cierta ineficacia judicial en el control de excesos.

Finalmente, poner de cargo del Juez de Menores (que es Juez de instrucción y de conocimiento al mismo tiempo) las tareas de vigilancia, sin la inmediatez que es esencial a ellas, es poner distancia con la institución, mediatizar sus conflictos y administrar soluciones con tiempos distintos a los que requiere la gestión institucional.

En conclusión, el control judicial que requiere el programa mínimo debe articularse sobre las siguientes bases: a) Juez de Vigilancia, con rol independiente, a cuyo cargo esté el control de la vigencia de los derechos humanos en la institución de encierro y la resolución de sus conflictos (disciplina, salidas, licencias, etc.); así como el control de la gestión de las alternativas; b) El Juez de Menores podría conservar las funciones de instrucción, conocimiento³⁶⁰ y

³⁶⁰ Con las variables que pueda suponer la introducción del acusatorio en el proceso de menores.

de ejecución (libertad condicional, anticipada, etc., si se legislara al respecto); c) Regla *sine qua non* de la inmediatez en la percepción de los conflictos.

36. Principios mínimos de disciplina; principio de mediación en los conflictos del encierro, previa a la intervención disciplinaria.

En general, las mejores normas sobre el cotidiano de la privación de libertad (Reglas Mínimas de Ginebra, por remisión de las Reglas 9.1, 13.3 y 27.1 y 2 de Beijing, y las Reglas 66-71 de Riad) regulan los procedimientos disciplinarios reproduciendo, aunque con cierto acotamiento, principios de derecho penal y de derecho procesal penal, para el caso. Por cierto que ello involucra el mínimo que al respecto pretende el programa de reducción de la violencia del encierro; probablemente, el cuerpo de normas mejor logradas al respecto sean las Reglas 66 y siguientes de Riad.

Allí se consagra: a) como objetivo general de la disciplina "contribuir a la seguridad y una vida comunitaria ordenada, compatible con la dignidad inherente del menor ...y (el) tratamiento insitucional"; de acuerdo con esto, la disciplina es, en definitiva, un instrumento de convivencia, que tiene como límite la dignidad del joven, que se manifiesta en sus necesidades y derechos fundamentales. Lo que vertebra la institución no es la disciplina como precipitado de los aspectos custodiales, sino la mejor convivencia posible (Reglas 66 y 68). b) Consecuentemente, se establecen las sanciones prohibidas, en tanto afecten la dignidad humana o pongan en riesgo la salud; se dispone el *non bis in idem*, y se prohíben las sanciones colectivas, medidas estas últimas tan comunes en nuestra praxis institucional (Regla 67). c) Las Reglas 68 y 70 consagran un precipitado de *mini* derecho penal y procesal penal mínimos: tipificación de la infracción, que deberá ser siempre, básicamente, una conducta humana y que deberá articularse legal o reglamentariamente; programación explícita de las sanciones y su duración; autoridad competente para disponerlas e instancias de impugnación, así como un contradictorio mínimo con derecho a defensa, que supone -aunque no esté explicitado- el derecho a presentar pruebas.

Manteniendo los principios penales y procesales de fondo como referencia hermenéutica para las situaciones no previstas (reiteración de faltas, justificación, remisión, etc.), quedan sentadas las bases mínimas del sistema disciplinario de la privación de libertad de niños y adolescentes.

Sin embargo, una mirada extrastemática por fuera del sistema jurídico disciplinario, dirigida hacia sus regiones de exclusión (parafraseando a MARI, 1991), permite realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la disciplina del encierro, en puridad, es un sistema penal dentro del sistema penal, que aún con las reglas mínimas establecidas, corre el riesgo de exacerbarse hasta el desquicio, pues su reproducción sistemática no tiene límites; como mecanismo "autoreferente" o "autopoietico"³⁶¹, puede reproducirse y empujar a la institución hacia una suerte de totalización de la sanción disciplinaria³⁶², con el costo consiguiente en restricción de derechos y necesidades.

En segundo lugar, mal podríamos cuestionar la construcción punitiva de los conflictos sociales y al mismo tiempo reproducirla al interior de la institución, para resolver conflictos del encierro. Como hemos dicho, la construcción punitiva del conflicto es más bien una respuesta que una solución (más allá que en los hechos aleatoriamente resuelva conflictos).

Consecuentemente, en tercer lugar, un sistema disciplinario, aún jurídicamente minimizado, que actúe ciegamente en orden a conflictos institucionales que pueden elaborarse de otra manera, es realmente una reverenda insensatez, si es operado mistificándolos.

De allí que el programa de minimización disciplinaria deba complementarse con la previa mediación en los conflictos del encierro. Este principio está parcialmente consagrado en la Regla 77 de Riad, que aconseja la incorporación del mediador, para resolver equitativamente cuestiones de convivencia institucional. A nuestro juicio, este instituto puede insertarse como un mecanismo previo al proceso disciplinario, para discernir los conflictos reales de la institución, que escapan a la construcción disciplinaria (o que la construcción disciplinaria *excluye*).

Manejemos un ejemplo típico. Los educadores o personal de atención directa en las instituciones de menores, conviven 24 horas con el joven recluido. Como es común también en *el afuera*, esa convivencia forzada genera asperezas, roces, exabruptos, arrebatos, que leídos en clave disciplinaria/punitiva constituyen *injurias*. Sin embargo, de ese universo de insultos - en general bilaterales-, sólo algunos son informados; hay una selectividad dentro de los insultos/informes posibles, que además suele manejarse como amenaza, lo que es propio de la lógica del binario *falta-castigo, obediencia-recompensa*. Esta cuestión no le es ajena a la Regla 69 de Riad, que en cierta

³⁶¹ Utilizando conceptualizaciones sistémicas como instrumentos de descripción.

³⁶² Aunque la institución total está transida de disciplina, la sanción es -aún en el programa mínimo- su momento formalmente tolerado más duro, en términos de dolor y de reducción de espacio social.

forma desconfía de la presentación extemporánea de informes de mala conducta, la que suele involucrar fines espúeos (diversos de la falta connotada en el informe, y que responden a conflictos que se arrastran en la convivencia institucional).

Y bien. Nuestro principio de mediación da por supuesto que el informe que llega a destino involucra un conflicto que no pudo procesarse de otra manera, y abre un procedimiento que al ser construido como infracción, deja el conflicto real en penumbras. Es necesario, rescatar, encarar y reelaborar con instancias de mediación esas situaciones postergadas.

Tres cosas quedan claras: el principio de mediación constituye, planteado de esta forma, un poderoso desacelerador de la violencia del encierro, en cuanto neutraliza o mitiga el uso perverso de la instancia disciplinaria, cuando es utilizada para imponer actitudes de sumisión degradante. Por otra parte, se erige en un *respiradero* por el cual se accede a conflictos que de otra forma se postergan; nuevamente, la imagen de la institución que se nos escapa de las manos y que tarde o temprano aparecerá en escaladas de violencia física manifiesta. Los conflictos no resueltos, o ni siquiera percibidos o elaborados, provocan una especie de "*efecto invernadero institucional*", de recalentamiento del encierro, que termina quemándonos. Finalmente, y aunque ello sea sólo anecdótico, por regla general los informes que llegan a destino son ciertos, no mienten; ante ello, la trama de garantías procesales sólo señala esa certeza y viste de corrección a un sistema, que a la postre, no nos está resolviendo problemas.