

Infancia y administración de **justicia:** la importancia de la **defensa** **jurídica**



Infancia
y administración
de justicia:
la importancia
de la defensa jurídica



Infancia y administración de justicia: la importancia de la defensa jurídica

© Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia,
UNICEF Uruguay 2009

Dirección Nacional de Defensorías Públicas

Comité editorial:

Susana Falca, Emilio García Méndez, Juan Jacobo

Corrección de estilo: Mercedes Pérez

Asistente de edición: Leticia Schiavo, Área de Comunicación de UNICEF Uruguay

Diseño gráfico editorial: Adriana Cardoso ABC/D

Diseño de carátula: Rodolfo Fuentes

Impresión: Mastergraf

D.L. 352/788

Primera edición mayo 2010

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, Dirección Nacional
de Defensorías Públicas

Infancia y administración de justicia: la
importancia de la defensa jurídica. —

Montevideo : UNICEF, DNDP,
may. 2010. 192 p.

URUGUAY / JUSTICIA / DEFENSA DE LOS
DERECHO DEL NIÑO

Dirección Nacional de Defensorías Públicas

Río Negro 1308 Piso 5 (502)

Montevideo, Uruguay

Tel (598 2) 9028176, 9022951

Nota: La Convención sobre los Derechos del Niño se aplica a todas las personas menores de 18 años, es decir, niños, niñas y adolescentes mujeres y varones. Por cuestiones de simplificación en la redacción y de comodidad en la lectura, se ha optado por usar en algunos casos los términos generales los niños y los adolescentes, sin que ello implique discriminación de género.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y no sean utilizados con fines comerciales.

Contenido

Presentación	5
Prólogo	7
Introducción	11
PARTE I	
Teoría y praxis de la defensa jurídica	15
Las garantías constitucionales de los jóvenes en conflicto con la ley penal y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo gordiano	17
<i>Emilio García Méndez</i>	
Apuntes para una adecuación de la praxis judicial en el interior del país	25
<i>Beatriz Nossar y Carla Piccininno</i>	
El rol del defensor en procesos de protección y de responsabilidad juvenil. La defensa como articuladora de principios. Principio de la medida adecuada	35
<i>Mariana Carrerou Caseras</i>	
La pretendida naturaleza socioeducativa de las sanciones en el derecho penal juvenil	43
<i>Álvaro Colistro</i>	
El reconocimiento judicial como medio de prueba en el proceso penal juvenil nacional	63
<i>Jhonny Bertinat Ferrari</i>	
Adolescentes y acceso a la justicia	71
<i>Gabriela Brunetto Fontan</i>	

Límites de la actividad del curador de niños y adolescentes según el artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia en los procesos de familia	81
<i>Carlos Montesano</i>	

Una mirada a la práctica de la defensa jurídica en la actualidad. Ventajas y desventajas del sistema de justicia para la infancia. Con especial atención a una zona cercana a la capital: Pando, departamento de Canelones	91
<i>Beatriz Cristina Aristimuño De Angeli</i>	

PARTE II

Apuntes para la reflexión jurídica	101
---	-----

Interpretación del derecho y discurso jurídico, y sus implicancias en el sistema penal juvenil	103
<i>Gianella Bardazano</i>	

Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia	123
<i>Susana Falca y Fabián Piñeyro</i>	

El acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes. El rol del defensor y el curador del artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay	151
<i>Alicia Deus Viana</i>	

PARTE III

Jurisprudencia	171
-----------------------------	-----

Análisis de sentencia. El clamor popular, ¿fundamento legítimo de la privación de libertad?	173
<i>Fabián Piñeyro</i>	

El procedimiento infraccional de adolescentes: aplicación del artículo 63 del Código Penal y otros aspectos. Comentario de la sentencia n.º 24/2008 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de segundo turno de Rivera	183
<i>Myrna Isabel Queirolo</i>	

Presentación

El derecho de los niños y adolescentes a una defensa jurídica de calidad

El contar con una adecuada defensa jurídica es un derecho de las personas y es reconocido como tal en los instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Tras este reconocimiento, es el Estado el que debe garantizar el efectivo ejercicio de este derecho.

El derecho a la defensa de todos los niños y adolescentes implica el pleno reconocimiento de su condición jurídica como sujetos de derechos. Esto significa que pueden acudir a los tribunales para formular sus propias pretensiones y comparecer ante ellos en defensa de sus derechos cuando se tramitan asuntos de su interés. Además, implica la vigencia efectiva del principio de igualdad, por el que todos los niños tienen derecho a acceder a una defensa jurídica de calidad.

Para esto, el Estado debe garantizar un servicio de defensa jurídica que asegure a todas aquellas personas que no cuenten con medios necesarios para solventar la contratación de un abogado particular el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Los niños y los adolescentes requieren de un servicio especializado que atienda sus particularidades. Uruguay cuenta con un servicio público que desarrolla una labor orientada a garantizar el derecho a la defensa a todas las personas, incluyendo a los niños y a los adolescentes.

Con la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la defensa pública y consolidar un servicio de defensa jurídica que garantice a los niños y a los adolescentes un efectivo acceso a la justicia, UNICEF coopera con

la Dirección Nacional de Defensorías Públicas (DINADEF). En este marco, esta publicación ofrece un espacio para la reflexión de los defensores públicos respecto de su praxis cotidiana en la defensa de los derechos de los niños y los adolescentes. De ella surgen aportes sustantivos para la conformación de un diagnóstico de los obstáculos normativos e institucionales que no permiten garantizar a todos los niños y adolescentes un adecuado y efectivo acceso a la justicia.

Egidio Crotti

Representante de UNICEF en Uruguay

Prólogo

El prologuista ha realizado en ocasiones anteriores una multiplicidad de preámbulos de obras jurídicas, aun cuando ellas siempre trataron de un autor de determinada obra y sobre distinta disciplina jurídica a la que nos ocupa. Sin embargo, en esta ocasión se encuentra abocado a enfrentar la presentación de un libro de carácter colectivo, esto es, escrito por una diversidad de autores, muchos de los cuales fueron convocados por quien escribe a solicitud de las autoridades de UNICEF.

En suma, entonces, se trata de una publicación compuesta, en su mayor parte, por análisis de diferentes defensores públicos uruguayos, que se han destacado y se destacan en el cumplimiento del noble quehacer de defender a los desposeídos, vale decir, a quienes se encuentran desprovistos de bienes de fortuna y que sin su auxilio mal podrían tener acceso a la defensa y, consecuentemente, a la justicia.

Antes de dedicar la atención a los ensayos, vale la pena mencionar que el suscrito fue visitado, pocos días atrás y en su despacho, por autoridades que integran el Consejo Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y del Adolescente, quienes le entregaron un memorando en el cual aluden a variadas características del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, entre las cuales merecen destacarse algunos tópicos cuya trascendencia compartimos *in totum*, tales como tratar a los niños y adolescentes como titulares de derechos y obligaciones específicas, el principio del interés superior del niño como norma interpretativa orientadora de las decisiones jurisdiccionales, el carácter excepcionalísimo de la privación de la libertad, el que debe emplearse como última opción, y la finalidad socio-educativa de la sanción, que debe estar dirigida fundamentalmente a la reinserción del adolescente a la sociedad, entre otras cuestiones de diversa índole, también provenientes de nuestro derecho positivo en vigor.

Hecha, pues, esta aclaración, trataremos de dedicar nuestro miramiento a una relación somera de los estudios jurídicos realizados por los referidos defensores públicos. Así, “El reconocimiento judicial como medio de prueba en el proceso penal juvenil nacional” pertenece a un defensor de Pando, Canelones, quien encara su ensayo con una admirable responsabilidad.

Por su parte, “Límites de la actividad del curador de niños y adolescentes según el artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia en los procesos de familia” corresponde a un defensor público de familia de la capital, quien también elabora su estudio con sapiencia y sentido práctico.

El ensayo “La pretendida naturaleza socioeducativa de las sanciones en el derecho penal juvenil”, de un defensor de familia especializado en violencia doméstica de Montevideo, quien es un verdadero estudioso en materia de derecho punitivo, cita profusa bibliografía en la disciplina que es centro de nuestro examen.

Una defensora pública de Pando, en su artículo “Una mirada a la práctica de la defensa jurídica en la actualidad. Ventajas y desventajas del sistema de justicia para la infancia. Con especial atención a una zona cercana a la capital: Pando, departamento de Canelones”, y dos defensoras públicas de Florida, en “Apuntes para una adecuación de la praxis judicial en el interior del país”, analizan las diferencias existentes entre la implementación del Código de la Niñez y la Adolescencia entre la capital y el interior del país.

En “El procedimiento infraccional de adolescentes: aplicación del artículo 63 del Código Penal y otros aspectos. Comentario de la sentencia n.º 24/2008 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de segundo turno de Rivera” una defensora pública de la ciudad de Rivera encara con esmero y dedicación el análisis de una sentencia.

Dos jóvenes y excelentes defensoras públicas, las doctoras, Mariana Carrerou y Gabriela Brunetto, de las ciudades de Rivera y la Costa respectivamente, evidencian su sapiencia y talento jurídicos al describir las intrincadas cuestiones acerca de “El rol del defensor en procesos de protección y de responsabilidad juvenil. La defensa como articuladora de principios. Principio de la medida adecuada” y “Adolescentes y acceso a la justicia”.

Antes de concluir corresponde, como extremo de sumo interés, el hecho de dejar expresa constancia de que este prologuista prescinde mencionar los opus de verdaderos especialistas en materia de derecho penal juvenil —cualidad que él no ostenta—, tales como los que pertenecen a las doctoras Alicia Deus Viana y Susana Falca y al egregio maestro argentino Emilio García Méndez, puesto que lo contrario involucraría un significativo atrevimiento, hecho que no es hábito ni patrimonio del suscrito.

Juan Jacobo
Director Nacional de Defensorías Públicas

Introducción

En Uruguay un noventa por ciento de los niños y adolescentes intervenidos por la justicia en diferentes materias son asistidos legalmente por defensores públicos. Garantizar el acceso de los niños a la justicia implica necesariamente la existencia de un adecuado servicio jurídico de calidad que asegure una defensa legal acorde a su condición de sujetos de derechos. Por lo demás, la defensa pública constituye una condición imprescindible para la legitimidad de todo sistema de administración de justicia en el contexto de un Estado democrático de derecho.

En el año 2008, la Dirección Nacional de Defensorías Públicas y UNICEF acordaron comenzar a transitar un camino anteriormente inexplorado de cooperación entre ambas instituciones cuyo objetivo principal es la promoción del fortalecimiento de la defensa pública del país.

En una primera etapa, desarrollada durante dicho año, se implementó un ciclo de actividades en todo Uruguay dirigido a los defensores públicos con competencia en materia de niños, niñas y adolescentes, con el objetivo primordial de profundizar la comprensión de los alcances del nuevo paradigma jurídico de la condición de sujetos de derechos de aquellos, así como también del manejo de las herramientas legales previstas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional para la protección de sus derechos.

Merecen destacarse los resultados de este ciclo no solo por la masiva participación de los defensores públicos de todo el territorio nacional, abocados a la tarea de defender los intereses de los niños y adolescentes en los tribunales del país, sino también por la calidad de su participación en el debate de los aspectos jurídicos, que denota un fuerte compromiso de su parte en la difícil tarea de poner de manifiesto la necesidad de modificar los patrones culturales que guían la praxis de la intervención judicial en este ámbito.

En este sentido, cabe resaltar los aportes realizados por los participantes del interior del país¹ en la formulación del documento final,² que recoge sus conclusiones acerca de la situación al año 2008 del sistema de administración de justicia que involucra a los niños y a los adolescentes, a saber:

- Justicia especializada:
 - 1º. Necesidad de una justicia especializada en el interior del país en materia penal adolescente, que permita la implementación de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Una justicia con operadores especializados en la materia, jueces, abogados y fiscales, para evitar de esta manera la contaminación con prácticas propias de los juzgados penales de adultos, que se produce como consecuencia de la instrucción de la investigación en forma simultánea en ambas materias.
 - 2º. Para asegurar una defensa especializada acorde a la especificidad de la intervención se estima necesario la redistribución de las tareas a cargo de los defensores, que les permita desarrollar su trabajo —sobre todo desde el punto de vista del justiciable con derecho a una defensa adecuada e idónea—, teniendo en cuenta —en el interior del país— el cúmulo de actividades que se ha dado a partir de la sanción de la ley de violencia doméstica en el año 2002 y del Código de la Niñez y la Adolescencia en setiembre del año 2004.
- Proceso de infracción a la ley penal:
 - 1º. En materia de proceso por infracción a la ley penal, los aspectos procesales más relevantes fueron objeto de análisis, y se concluyó

1 Defensores públicos participantes en los talleres de trabajo realizados en las ciudades de Colonia, Tacuarembó y Montevideo: Myrna Queirolo (Rivera), Martha Castelli (Tacuarembó), Matilde Ubici (Salto), Patricia Lourdes Lemes (Cerro Largo), Ana Cristina Rombys (Young), Isabel Schiera (Durazno), Mariana Carrerou (Rivera), Clara Muller (Paso de los Toros), Cecilia Manassi (Artigas), María Lourdes Mata (Artigas), Diana Da Cruz (Salto), Silvana Lagos (Melo), Mabel Santana (Florida), Ana Sofía Cabeza (Río Branco), Alejandra Domínguez (Colonia), Laura Vázquez (Carmelo), Beatriz Nossar (Flores), Sandra de León (Canelones), Rosana Hernández (Carmelo), René Mariño (Dolores), Graciela Silvestri (San José), Helena Coppola (Rocha), Elizabeth Bottaro (San Carlos), Beatriz Aristimuño (Pando), Sandra Cardozo (Ciudad de la Costa), Daniela Trotta, Nelly Montero (Pando), Jhonny Bertinat (Pando), Gabriela Brunetto (Ciudad de la Costa), Nirta Gaudin (Montevideo), Guillermo Paysee (Montevideo), Nils Helander (Montevideo), Daniel Machado (Rocha), Alberto Alonso (Montevideo).

2 El documento final fue elaborado con el aporte de los defensores del interior del país por las Dras. Mercedes Schiera, Alicia Magnoni y Cecilia Yrigoyen, quienes coordinaron por parte de la Dirección Nacional de Defensorías Públicas el trabajo durante 2008.

que respecto de los plazos, a pesar de su exigüidad, se cumplen y se considera que dentro de los sesenta días establecidos por la ley para su tramitación es posible dilucidar incluso las causas más complejas desde el punto de vista probatorio, teniendo en cuenta que este tipo de causas resultan ser las que menos ocurren, verbigracia: homicidio, violaciones, lesiones graves.

- 2º. En cuanto a las medidas cautelares, las más utilizadas en algunos de los departamentos del interior son el arresto domiciliario y la concurrencia a la sede policial, praxis —esta última— detectada en la ciudad de Trinidad. En tanto que en la ciudad de Paysandú y de Pando la más utilizada es la privación de libertad, medida que amerita la impugnación de dicha decisión judicial por parte de la defensa pública.
- 3º. Las sanciones no privativas de libertad que se aplican dependen de los recursos públicos y privados de cada comunidad. El Instituto del Niño y del Adolescente de Uruguay (INAU) ha implementado programas de intervención en medio abierto en algunos departamentos, lo que ha permitido diversificar las sanciones a aplicar. Se destaca la presencia de la sociedad civil en la ciudad de Salto con la implementación de un programa de libertad asistida que permite el abordaje de la sanción penal adolescente de forma diferente. Los defensores resaltan que los resultados de los programas del INAU en los departamentos en los que se han implementado han alcanzado diferentes niveles de éxito, así como también han ponderado para un correcto análisis de esta temática la cuantificación y entidad del fenómeno de la infracción penal adolescente.
- 4º. Por último, los defensores estiman que la implementación de este nuevo paradigma en materia penal no se ha completado, sino que se encuentra a medio camino entre dos modelos, el de la situación irregular y el de la especificidad derivado de la doctrina de la protección integral, debido a factores estructurantes del sistema de administración de justicia (abarcativo del sistema INAU, policial y judicial) y de aspectos culturales fuertemente instalados en la sociedad que impregnan la acción de los operadores judiciales. En este sentido, destacan el apoyo brindado por la Dirección Nacional de Defensorías Públicas en las actividades de capacitación y de promoción de capacidades de los defensores públicos, porque entienden que es una línea de trabajo necesaria para brindar un mejor servicio a los justiciables.

Hasta aquí las conclusiones a las que arribaron los defensores públicos, que han posibilitado delinear las acciones que deberán emprenderse a fin de culminar el proceso de adecuación institucional iniciado por el país con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y con la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia, proceso en el que le cabe un rol muy importante a la defensa pública, en cuyo fortalecimiento viene trabajando la Dirección Nacional de Defensorías Públicas en cooperación con UNICEF.

En este marco, durante el año 2009 ambas instituciones convinieron en profundizar este proceso de fortalecimiento y convocar a los defensores públicos de todo el país a volcar su experiencia y conocimientos teóricos en la producción de artículos con la finalidad de analizar los instrumentos jurídicos más eficaces para la mejor defensa de los derechos de los niños y de señalar las características generales del sistema para la infancia a la luz de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La presente publicación es el resultado de la convocatoria y da cuenta del nivel de reflexión jurídica de los autores que contribuyeron a la concreción de este proyecto.

En atención a la finalidad perseguida con la publicación, se seleccionaron aquellos trabajos que: realizan relevantes aportes a la reflexión jurídica y al debate académico sobre los temas propuestos; promueven la defensa jurídica como el instrumento y garantía de defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante los tribunales nacionales; presentan aportes de significación al debate doctrinario contemporáneo sobre cuestiones que no tienen una definición normativa clara, como por ejemplo la capacidad procesal de las personas menores de edad; finalmente, ponen de relieve los obstáculos del sistema nacional de protección para hacer efectivos los derechos de los niños.

Para aquellos que pensamos que el Derecho no es otra cosa que la lucha por el derecho, somos conscientes de que los desafíos lejos están de agotarse en esta etapa. Las transformaciones jurídicas ocurridas necesitan hoy las transformaciones culturales que le den cuerpo y sustentación.

Emilio García Méndez
Susana Falca

I

**Teoría y praxis
de la defensa jurídica**

Las garantías constitucionales de los jóvenes en conflicto con la ley penal y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo gordiano

Emilio García Méndez¹

Todo es política, pero la política no es todo.

Norberto Bobbio

Si la relación entre infancia y derecho en general ha sido a lo largo de la historia complicada, mucho más lo ha sido respecto a las garantías universales e irrenunciables que a favor de niños y adolescentes contienen los textos constitucionales. Durante 90 años, desde la aparición de la especificidad jurídica moderna de la infancia (el tribunal de menores de Chicago de 1899), hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), funcionó una suerte de acuerdo neutralizador en cuanto a la vigencia concreta de dichas garantías.

¿Cuáles eran las características de ese acuerdo y cómo y por qué se resquebrajó su legitimidad? Se trataba de un acuerdo implícito y prácticamente unánime, que solo una particular interpretación latinoamericana de la CDN permitió poner seriamente en tela de juicio.

Para comenzar debe decirse que la CDN fue correctamente entendida en América Latina como ruptura y no como continuidad en relación con el viejo paradigma menorista que expresaba la doctrina de la “situación irregular”, doctrina que, dicho sea de paso, no solo se resiste a morir, sino que vuelve hoy con mucha fuerza de la mano de un neo menorismo, para

1 Presidente de la Fundación SUR Argentina.

colmo travestido de “progresista”.² Un neo menorismo que se caracteriza, entre otras cosas, por escandalizarse frente a algunas palabras, pero no frente a los hechos y realidades que esconden dichas palabras. Así, mientras los menores estén jurídicamente “dispuestos o institucionalizados” para ser protegidos, aunque en la práctica se hacinen en una vulgar cárcel de menores, todo está bien y no habrá nada de qué preocuparse.

La interpretación de la CDN que logró imponerse, pero que hoy está seriamente amenazada, mucho más por las prácticas concretas que por los discursos, colocaba con fuerza y honestidad intelectual al niño y al adolescente como sujetos de derechos. Esa interpretación, que cuestionó seriamente en su momento las prácticas y los discursos imperantes, encuentra hoy más dificultades que nunca, porque se sigue enfrentando no solo a las viejas prácticas que continúan inmodificadas, sino también a un discurso que ha cambiado en apariencia para volverse al mismo tiempo más banal, más hipócrita y, por supuesto, más cínico.

Peor aún, las viejas prácticas han recibido un baño de legitimidad nada menos que de carácter constitucional, de la mano de íconos del progresismo argentino, como es el caso de la Dra. Carmen Argibay, y latinoamericano, como es el caso del Dr. Raúl Zaffaroni. Estos juristas, ambos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, no solo suscribieron, sino que idearon y redactaron un fallo que será recordado como el mayor retroceso en materia de derechos humanos de la infancia durante la vigencia de la vida democrática argentina. El día 2 de diciembre de 2008, la Corte Suprema Argentina convalidó la constitucionalidad de un decreto de la dictadura militar (el 22.278 de 1980, que contiene el todavía vigente Régimen Penal de la Minoridad), que permite la utilización de la privación de libertad por “protección” para menores de 16 años. Menores de edad que, considerados inimputables y no punibles por el mencionado decreto, no pueden ser sometidos a ningún proceso judicial, lo que no impide, sin embargo, ser enviados, ahora con el beneplácito del más alto tribunal, a una vulgar cárcel de menores. A esto debe agregarse el hecho de que la nueva ley de Protección Integral de la Infancia (ley 26.061 de 2005) prohíbe expresamente en su artículo 36 utilizar la privación de libertad como forma de protección. Pocas veces

2 Está pendiente aún en América Latina un análisis más profundo y detallado de la tendencia que aquí denominamos “neomenorista”. Esta, surgida inicialmente en Brasil de la mano de aquellos que habían participado originalmente en los movimientos de ruptura con el paradigma de la situación irregular, se propone, además de relativizar la importancia de las reformas legales, una vuelta a la discrecionalidad tutelar, sobre todo en el tema de la responsabilidad penal de los menores de edad.

una sentencia de la Corte Suprema ha sido tan flagrante y explícitamente contraria a derecho como en este caso.

Pero volvamos al tema de la interpretación de la CDN en sus orígenes. Me parece posible distinguir tres posiciones:

1. La interpretación radical de algunas organizaciones no gubernamentales, que percibían (sobre todo al calor del proceso de recuperación de la democracia en la década de 1980) en la CDN un instrumento diabólico del imperialismo por **internacional** y por **jurídico**. Por oposición, era en el trabajo directo con los niños en el “barro de lo social” donde iba a dirimirse la lucha por el futuro de la infancia. Una lucha en la que no había tiempo ni espacio para barroquismos jurídicos. ¿Dónde acabaron el grueso de esas organizaciones no gubernamentales en términos de práctica concreta? Acabaron reconvirtiéndose en organizaciones no gubernamentales de **servicios pobres para los pobres**. Por lo demás, en términos ideológicos y en sus versiones más extremas, terminaron construyendo legitimidades, primero para defender y luego para promover el trabajo infantil;
2. La interpretación burocrática, formal y superficial, que pretendía y pretende entender a la CDN como parte de un proceso de evolución natural que posibilite la integración pacífica de ambos paradigmas (situación irregular y protección integral). La peculiar interpretación del principio del interés superior como forma de reintroducir el paternalismo discrecional en las decisiones judiciales fue la punta de lanza de este nuevo paradigma, que muchos no dudamos en caracterizar como el paradigma de la ambigüedad. Esta interpretación se expresó a través de lugares comunes y frases hechas entre las cuales “la CDN nos cambia el futuro de los derechos de la infancia” sea tal vez la más emblemática y representativa;
3. Una interpretación crítica y no corporativa, que entendió que la CDN cambiaba fundamentalmente el pasado de los derechos de la infancia. En ese sentido, la CDN, como instrumento que entendía a los niños como sujetos de derechos y por ende como ciudadanos, permitió una revisión histórica crítica acerca de la evolución de su condición jurídica.³

3 Para esta interpretación fue decisivo el seminal artículo de Miguel Cillero Bruñol “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, incluido en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2004. La consideración del “interés superior” como satisfacción integral de derechos y el rechazo a legitimar cualquier forma de paternalismo discrecional constituyeron un punto de ruptura con el viejo paradigma, cuya importancia todavía no ha sido lo suficientemente valorada.

De esta forma la CDN nos permitió entender que el gran cambio no estaba tanto en un futuro, que siempre está por venir, sino en un pasado que no debemos olvidar. Es decir, en la comprensión clara (para aquellos que quisieran verla) acerca de que a través de la negación masiva y sistemática de sus garantías constitucionales se organizó en América Latina la política de compasión-represión no de la infancia en general, sino de los niños pobres en la región. Una política para la cual los llamados sistemas de justicia especializados fueron y continúan siendo piezas claves de su ejecución. Fue esta visión crítica la que permitió denunciar la naturalización de un doble estándar, de carácter institucional: los ministerios de salud y educación como ejecutores de la política social para “toda” la infancia y la justicia de menores como ejecutora de la política social para los niños pobres en particular.

Paradójicamente, esta cultura del doble estándar impactó profundamente en los componentes de los sistemas de justicia, que entendieron y todavía entienden a la “especialización” como una forma de legitimar su apartamiento de los principios constitucionales que guían al conjunto de los procesos judiciales, muy en particular a aquellos de carácter penal.

Este conflicto de paradigmas impactó diversamente en la cultura institucional de los componentes de los sistemas de justicia especializada, sobre todo porque los avances constitucionales en ese plano fueron de alguna forma vinculando con fuerza a los procesos de tipo acusatorio con los avances y la consolidación de la democracia. En este contexto, fueron los jueces de menores los primeros en acusar el impacto de estas transformaciones. Lentamente comenzaron a entender, por ejemplo, que su función (constitucional) era la de dirimir conflictos jurídicos y no la de resolver problemas sociales, función que correspondía nada menos que al gobierno y a la sociedad. En esta línea, también entendieron que la ausencia de cualquier principio de legalidad —materializada en el principio más caro de la justicia de menores, “el juez podrá disponer aquello que crea más conveniente”— conspiraba directamente tanto en relación a la legitimidad de sus decisiones como a su importancia relativa dentro del sistema de justicia en general.

No menos importante resulta la comprensión creciente por parte de los jueces en relación a que el principio de legalidad no solo contiene las garantías del imputado frente al sistema de justicia, sino la garantía de la independencia judicial frente a los desbordes de una opinión pública que muchas veces resulta la menos pública de las opiniones. Algo similar ha

ocurrido con la misión del Ministerio Público, que ha encontrado en el control de la legalidad de los procedimientos y en su titularidad del monopolio de la pretensión punitiva del Estado una forma (que no siempre se expresa claramente) de superar la arcaica y antidemocrática función promiscua de pretender defender simultáneamente los intereses del “menor” y de la sociedad. En su forma extrema esta confusión todavía posee expresiones institucionales en algunos países de la región. La subsistencia hasta hoy de los llamados asesores o defensores de menores, con esa doble función en Argentina, constituye el ejemplo más emblemático de este absurdo jurídico.

Pero es obviamente a los problemas vinculados con la defensa jurídica de los menores de edad a los que quiero dedicarles aquí una rápida reflexión, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la calidad técnica de las defensas jurídicas de los menores de edad, como a mejorar la posición institucional relativa de la defensa jurídica pública en el ámbito de los sistemas de justicia para la infancia.

Tengo la impresión de que la defensa jurídica de los menores de edad en conflicto con la ley (penal o no penal), muy especialmente (aunque no exclusivamente) la pública, enfrenta dos tipos de problemas. El primero, muy fácil de entender y en general común a toda el área de la política social, se refiere a los conocidos problemas de financiamiento y carencias materiales. Esta situación, sin embargo, y sin desconocer su gravedad, no pareciera ser responsable en primer lugar de la mayor parte de las deficiencias que en cualquier conversación surgen espontáneamente de los propios defensores. Es a un segundo problema de naturaleza teórico-conceptual que quiero aquí referirme con un poco más de detenimiento. Diré, para comenzar, que algunas transformaciones jurídicas post CDN han puesto fuertemente en tela de juicio la hegemonía centenaria del paradigma de la compasión-represión. Esta situación ha provocado una fuerte crisis de identidad en el sistema de justicia para la infancia en general y muy en particular en el subsistema de la defensa pública.

Desde un punto de vista histórico, las preocupaciones sobre la defensa jurídica de los menores de edad son nuevas. La defensa jurídica fue siempre considerada un mal, y ni siquiera necesaria. Hasta comienzos de la década de 1990, algunos códigos de menores (como el boliviano, por ejemplo, artículo 148, decreto ley n.º 12.538 de 1975) prohibían expresamente la presencia del abogado. A esta situación se le suma, en ese festival del eufemismo que es el derecho de menores, la consideración de las sanciones o penas como un bien. La necesidad de que contengan funciones

pedagógicas y resocializantes sirvió de excusa para que algunos en forma ingenua, y otros en una mezcla de cinismo con hipocresía, pretendieran envolvernos con palabras destinadas a ocultar la esencial naturaleza punitiva de cualquier sanción. Esto se refiere muy particularmente a la privación de libertad, disfrazada burdamente con nombres tales como internación, ubicación institucional, entre otros. Privación de libertad que, en rigor de verdad, ha funcionado como la única y excluyente respuesta, no tanto para los delitos cometidos por los menores de edad, sino mucho más para los nunca definidos comportamientos “antisociales”. Este fraude de etiquetas ha sido decisivo en generar una crisis de identidad en la defensa jurídica, que ha conspirado directamente contra la formación de los defensores y contra la calidad técnica de sus defensas. Considerada la sanción como un bien, muchos defensores han creído, y todavía creen, que su tarea, lejos de ser la defensa irrestricta y la absolucón de su cliente, consiste en colaborar con el resto del sistema de justicia (jueces y fiscales) para contribuir al “bienestar del menor”.

Argentina, como ya se ha visto, presenta una situación emblemática en la materia. Mucho más a partir del año 2005, cuando una nueva ley de Protección Integral de la Infancia (la ley 26.061) prohibió expresamente la utilización de la privación de libertad como una forma de protección. Es precisamente la vigencia de esta ley la que convierte en particularmente grotesco el fallo de la Corte Suprema Argentina arriba citado.

Por motivos cuya explicación completa y detallada exceden este breve texto, Argentina se ha vuelto un ejemplo paradigmático de un nudo gordiano del cual los problemas aquí expuestos son solo una pequeña porción. Argentina reúne el triste privilegio de ser el país más atrasado, más brutal y más hipócrita en la materia. Más atrasado porque es el único país de la región que todavía no posee un sistema de responsabilidad penal juvenil. Más brutal porque es el único país de la región que ha infligido sentencias de reclusión perpetua a menores de edad (por lo menos 13 desde 1997 a la fecha). Más hipócrita porque es el único país de la región en el que sectores que se autoperceben como progresistas se rasgan las vestiduras frente a la eventual instauración de un sistema penal juvenil, mientras conviven e incluso fomentan (como Argibay y Zaffaroni) la utilización de la privación de libertad como una forma de “política social reforzada” para los adolescentes pobres.⁴

4 La posición de Raúl Zaffaroni merecería un capítulo aparte. Luego de haber impulsado y firmado el 2 de diciembre de 2008 una sentencia de la Corte (el caso García Méndez Emilio y Musa Laura Cristina

Norberto Bobbio, el gran jurista italiano que concebía al intelectual como sujeto independiente aunque de ningún modo indiferente a los grandes temas y problemas de su tiempo, afirmaba que la función de los hombres de cultura era mucho más aquella de sembrar dudas y no la de pontificar certezas.⁵ Sin embargo, algunos nudos necesitan ser cortados en la medida que decididamente amenazan la paz social. Mientras para desatar un nudo hace falta la razón de los intelectuales, para cortarlo hace falta la espada de la política. Solo cuando entendamos que una articulación inteligente de ambos mundos resulta imprescindible para mantener viva nuestra frágil democracia, habremos dado un paso decisivo en la dirección que exige una sociedad más justa.

s/causa n.º 7.537 Expte. CSJN n.º 147/ "G" del año 2008) que declara constitucional el decreto de la dictadura militar 22.278 de 1980 —Régimen Penal de la Minoridad— que permite la privación de libertad por "protección" de menores inimputables y no punibles, Zaffaroni ha declarado en innumerables entrevistas en medios masivos de comunicación, desde el día siguiente a la sentencia, exactamente lo contrario a lo firmado en ella. Actitudes como esta podrían tal vez encontrar mejores explicaciones en el campo de la psiquiatría que en el campo del propio derecho.

5 Sobre estas posiciones de Norberto Bobbio, cfr. el tan reciente como excelente libro de Danilo Zolo, *L'alito della libertà*, Feltrinelli, Milán, 2008.

Bibliografía

CILLERO BRUÑOL, Miguel (2004): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Bogotá.

ZOLO, Danilo (2008): *L'alito della libertà*, Feltrinelli, Milán.



Apuntes para una adecuación de la praxis judicial en el interior del país

Beatriz Nossar y Carla Piccininno¹

Introducción

El presente trabajo pretende ser un aporte, desde el punto de vista de nuestro ejercicio profesional como defensoras públicas y como garantía en materia de defensa jurídica de niños y adolescentes. Versa sobre la actualidad en la materia, en la que hemos tenido una activa participación desde nuestros cargos.

Entendemos necesario manifestar que las autoras actuamos como defensoras públicas en una multiplicidad de materias: familia, violencia doméstica, derechos vulnerados de niños y adolescentes y adolescentes infractores. Como se puede apreciar, se trata de una competencia amplísima.

Debemos destacar, asimismo, que en los temas relativos a la problemática de niños y adolescentes con derechos vulnerados y en materia de adolescentes infractores, a partir de nuestra trayectoria funcional y tras diversidad de destinos en el país, los defensores públicos intervenimos en más del 95% de los casos. De ahí que esperamos que este humilde aporte contribuya a mejorar el sistema de protección de derechos, garantías y acceso a la justicia de niños y adolescentes.

¹ Doctoras en Derecho y Ciencias Sociales, defensoras públicas del departamento de Florida.

No podemos dejar de soslayar al comenzar a escribir este artículo los cientos de errores que a diario vemos se cometen en los juzgados de todo el país con el pretexto de que se busca lo mejor para los adolescentes. Se mantienen vigentes los parámetros de la **situación irregular**, que a pesar de la abundante doctrina que existe en contrario siguen vivos en la praxis de los operadores del sistema. Tampoco podemos dejar de decir que los adolescentes sin familia que no han cometido ninguna infracción son los que están en peor situación. Y es tarea de la defensa pública colocar las cosas en sus justos términos, aunque no es para nada tarea fácil.

El objetivo que nos planteamos en este trabajo es comentar varios casos que nos ha tocado patrocinar desde la Defensoría Pública y mostrar a través de ellos cómo se está aplicando el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en el interior del país y las dificultades que hemos encontrado. Los lugares de donde provienen las sentencias que nos proponemos comentar son Fray Bentos, Rosario y Florida. Dividiremos el trabajo en dos partes: análisis del proceso penal juvenil (artículos 69 y siguientes del CNA) y análisis de la aplicación de la medida privativa de libertad.

Derecho procesal penal juvenil y aplicación de los artículos 69 y siguientes del CNA

En general tenemos la sensación de que el derecho penal juvenil es visto muchas veces como un proceso de segunda categoría frente al derecho penal de adultos y las urgencias que este plantea. En efecto, hemos observado diferentes irregularidades, que en muchos casos implicaron la vulneración del debido proceso legal.

En el mes de junio de 2009 recibimos un expediente en el que en noviembre de 2008 se les tomó declaración a dos adolescentes en un Juzgado de Paz Seccional sin la presencia del defensor ni del Ministerio Público y, como acabamos de decir, ante un juez que no era el natural. Posteriormente se volvieron a tomar declaraciones, ahora sí ante el juez natural, quien dispuso el inicio del proceso infraccional y el diligenciamiento de la prueba. Se dio traslado de la acusación fiscal y esta fue evacuada sin que se hubiera notificado ninguno de esos actos procesales al adolescente ni a sus padres ni a la defensa. Cuando se evacuó el traslado se planteó la nulidad de todas las actuaciones, sin perjuicio de lo cual la sede entendió que eran nulidades subsanables y en la audiencia de dictado de sentencia se limitó a dar nuevo traslado de la misma acusación fiscal.

En el mismo caso, además, aunque existían dos adolescentes involucrados y atento a que del informe social surgía que uno estaba en Montevideo y que podía estar en situación de riesgo, la fiscalía no formuló demanda acusatoria, sin perjuicio de lo cual la sede la dispuso de oficio, en contradicción con lo establecido en el artículo 76 numeral 12º del CNA (“El juez no podrá imponer medidas educativas sin previo pedido del Ministerio Público, ni hacerlo de manera más gravosa de la solicitada por este”), con lo que se vulneraron los **principios de judicialidad y legalidad**.

Unos años antes en Fray Bentos tuvimos que evacuar el traslado de una acusación fiscal **sin plazo de duración de la medida socioeducativa**. En efecto, el Ministerio Público dejaba esta determinación al criterio del juez. En su oportunidad entendimos que la demanda acusatoria en este proceso especial debía tener todos los requisitos que establece el artículo 237 del Código del Proceso Penal, incluso obviamente el pedido de pena a recaer, en este caso de medida socioeducativa. Esto es por otro lado lógico, pues de lo contrario se estaría violando el **principio contradictorio y de igualdad de las partes en el proceso**, pues si no se sabe el tiempo de la medida socioeducativa solicitada, ¿cómo se podría ejercer adecuadamente el derecho de defensa?

Lamentablemente no hemos visto mucho la aplicación de los **principios de mínima intervención y de interés superior del niño o adolescente**. En efecto, en estos últimos días nos ha llegado un caso para contestar una acusación en la que detienen a un adolescente dentro de un supermercado e increíblemente se le inició el proceso infraccional por hurto, pues se entendió que como en reiteradas ocasiones había llevado unas bolsas hacia el exterior del local pudo disponer de las mercaderías, cuando en realidad fue visto cuando entró al supermercado, se dio aviso a la policía inmediatamente, la que llegó y lo detuvo dentro del local y obviamente se recuperaron todas las mercaderías. Pero más allá de toda discusión, no hay que dejar de considerar que este era un buen caso para aplicar los principios ut-supra mencionados, ya que ante la duda debe aplicarse el **principio “in dubio pro menor”** y, como se sabe, la tentativa de hurto no es un hecho que constituya infracción a la ley penal para los adolescentes.

Otro caso refiere a una situación acaecida en la localidad de Sarandí Grande (10ma. Sección judicial del departamento de Florida), referida a una situación infraccional de un adolescente. El expediente tramitado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Florida de primer turno,

iniciado el día 13 de marzo de 2009, fue abordado por primera vez por la defensoría al conferirnos traslado de la acusación fiscal, hecho que nos llamó la atención, ya que no teníamos registro de haber asistido jurídicamente al adolescente involucrado.

Se trata de un adolescente de 15 años de edad, sin infracción previa a la ley penal, que en el marco de un festejo (cumpleaños) se tiró a la piscina del club, le fue escondida su ropa por un grupo de amigos y cuando salió del agua, tras pedir reiteradas veces que le fuera devuelta su vestimenta sin respuesta favorable y luego de intercambiar algunos golpes de puño con uno de sus amigos, le dio un puntazo en la espalda con una navaja. Manifestó que la navaja era parte de un encendedor y destapador que portaba siempre. El médico certificó que se trató de una lesión leve, sin peligro de vida y que fue curada en forma inmediata en el hospital de Florida.

Como el caso aconteció en la localidad de Sarandí Grande, el juez de dicha localidad (**juez lego**) dio noticia a la jueza competente en materia penal y adolescentes infractores de Florida. Hasta allí hubiera estado correcta la actuación de dicho magistrado, pero él le tomó declaración a ambos menores involucrados, y al adolescente infractor lo interrogó **sin presencia de defensor**. De allí que en el escrito de nulidad de actuaciones y archivo presentado por estas defensoras en su oportunidad se hizo hincapié en que se vulneró el **principio de inviolabilidad de la defensa** consagrado expresamente por el artículo 74 literal F de la ley n.º 17.823 (CNA). Asimismo, ante solicitud fiscal, se interrogó en Sarandí Grande a los padres del menor lesionado sobre si deseaban formular instancia de parte, a lo que respondieron afirmativamente. Una vez que se recabó dicha intención recién comenzó a conocer en el caso el Juzgado Letrado departamental competente. La jueza envió el expediente a la fiscalía para acusar o sobreseer; y una vez que la fiscalía acusó, nos fue notificada y tomamos noticia **por primera vez** de estos autos.

Para un defensor con un exceso importante de trabajo como tenemos nosotras, hubiera sido más fácil no contestar la acusación fiscal, ya que en ella solo se pedía que en la audiencia de lectura de sentencia se amonestara al adolescente. Sin embargo, nuestra tarea es bregar por el efectivo cumplimiento del debido proceso y especialmente de las garantías legales de los adolescentes infractores. En el caso concreto se vulneraron también los **principios de competencia, de judicialidad y de legalidad** (artículos 74 literal A y 76 literal B del numeral 1 de la ley n.º 17.823), ya que el proceso debió tramitarse en el Juzgado Letrado de Primera Instancia

de Florida de primer turno y nunca por un juzgado seccional. En el escrito de nulidad se hizo hincapié en que esa era la primera oportunidad hábil para reclamarla por la defensa, y se invocó el artículo 112 “in fine” del Código General del Proceso, normativa aplicable en función de la remisión del CNA. Afortunadamente, previa vista fiscal conforme, se hizo lugar a la nulidad impetrada y se archivaron los autos. Nótese la paradoja de que las defensoras ni siquiera conocimos personalmente al adolescente, pero se trabajó a conciencia de la salvaguarda de sus derechos y garantías y del debido proceso. Estimamos que casos como este solamente pueden darse en el interior del país y no en Montevideo, donde no existen juzgados seccionales y sí especializados, con equipos técnicos que facilitan la defensa en juicio.

Aplicación de la medida privativa de libertad

La aplicación de la medida privativa de libertad varía según el tribunal, y existe gran disparidad entre lo que son las condenas en Montevideo e interior, incluso existe gran diferencia entre los diversos lugares del país.

Narraremos un caso en el que un adolescente en la ciudad de Rosario en junio de 2008 fue condenado, por sentencia de primera instancia, como autor responsable de una infracción gravísima a la ley penal (rapiaña) en concurrencia fuera de la reiteración con una infracción grave a la ley penal (lesiones), a un año de internación en el INAU de Montevideo. En síntesis, los hechos fueron los siguientes: en la plaza pública de la ciudad de Juan Lacaze, el adolescente y un mayor insultaron a un joven y se acercaron, y mientras el mayor lo tenía sujetado, el adolescente le dobló los dedos, le mordió la mano y le exigió la entrega de dos prendas de ropa amenazándolo con pegarle. La sentencia de primera instancia, en nuestra modesta opinión, vulneró varios de los artículos del CNA, y un sinnúmero de normas internacionales. Además, a nuestro juicio se dispuso esa medida teniendo en cuenta que el adolescente había cometido infracciones anteriores, lo que es contrario a que el **derecho penal juvenil es de acto y no de autor**. Por último, no se puede dejar de comentar que los informes técnicos del INAU aconsejaban la aplicación de una medida no privativa de libertad.

Con respecto a la medida socioeducativa de internación, tanto la normativa nacional como internacional expresan que **la privación de libertad debe ser aplicada como “medida de último recurso”**. El artículo 17.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) reza: “las restricciones a la

libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”. En igual sentido, en el artículo 19 de las citadas Reglas se expresa: “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará como último recurso y por el más breve plazo posible”. En efecto, la privación de libertad debe limitarse al máximo por los perjuicios que causa en personas que están en plena formación.

La doctrina en este punto señala: “los menores de edad 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 estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos”. 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”**.

Asimismo, la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rosario de primer turno a la que referimos vulnera la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual fue ratificada por nuestro país por ley 16.137 y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990, la que en su artículo 37 literal b expresa: “... La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

Debe tenerse muy especialmente en cuenta el artículo 43 de nuestra Constitución que dispone que “La delincuencia juvenil está sometida a un régimen especial”. Y esto es así, nos enseña la doctrina, porque estamos ante **sujetos que están en un proceso de autonomía progresiva**; no se puede dejar de advertir que un adolescente no es igual que el adulto, es un sujeto que está en un proceso de desarrollo. Debe ser beneficiario de un plus de protección de derechos y eso implica que deben aplicarse los **principios de respuesta penal específica y de mínima intervención**, así como la aplicación de la norma penal que beneficia al adolescente y no de las que brindan un tratamiento similar al que se le da a los adultos.

El artículo 76 numeral 12 del CNA establece la privación de libertad como medida de último recurso, por el periodo más breve posible, y debe fundarse expresamente la razón por la cual no se aplica otra medida diversa. En el caso comentado el sentenciante no fundamentó la razón por la cual no se aplicó otra medida no privativa de libertad.

Además de todas las razones jurídicas, no puede dejar de señalarse, como bien lo expresaron Alicia Deus y Diana González en *Juicios y Silencios*,² que: “los adolescentes provenientes del interior del país privados de libertad en establecimientos de Montevideo y Canelones sufren, además de la privación de libertad, el exilio coercitivo de su lugar de origen, con lo que se vulnera su derecho a mantener vínculos con la comunidad a que pertenecen y contacto fluido con su familia. Esto provoca además un impacto cultural negativo, que los lleva a perder sus referencias fundamentales y provoca estados de soledad y angustias que se suman a los propios del encierro”.

Afortunadamente, en el caso referido, el Tribunal de Apelaciones de segundo turno, en sentencia redactada por el Dr. Pérez Manrique en líneas generales, compartió los argumentos de la defensa y se dispuso la libertad del adolescente.

Ante el mismo Juzgado Letrado de Rosario se condenó en sentencia de primera instancia a dos adolescentes “como responsables de una infracción de rapiña, imponiéndole como medida educativa definitiva la internación en dependencias de INAU, con medidas de seguridad por el plazo de cinco años”. En primer lugar, debe destacarse que dicho fallo utiliza terminología pre código, como “internación con medidas de seguridad”, que desde la entrada en vigencia del CNA ha sido derogada, pero se suele ver en algunas sentencias.

Dicha sentencia no solo es contraria a los argumentos ut-supra mencionados, sino que además es contraria al **principio de proporcionalidad** establecido en el artículo 79 del CNA. Así lo manifiestan los Dres. Balbela y Pérez Manrique: “la llave de ejecución de la medida, su descripción aleja al Derecho Penal de Adolescentes del Derecho Penal de Adultos y lo define como un Derecho Penal Especial en el cual la medida tiene además y fundamentalmente la finalidad de construcción de ciudadanía responsable. (...) La medida y su duración deben ser proporcionadas, es decir, tener una relación de armonía lógica con las características del hecho y la intervención que el adolescente haya tenido”.³ A nuestro juicio no se puede imponer el máximo legal a estos adolescentes por un delito de rapiña, pues esto implicaría un desequilibrio en el sistema, el cual

2 Alicia Deus Viana y Diana González, *Juicios y Silencios*, Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, p. 107.

3 Jacinta Balbela y Ricardo Pérez Manrique, *Código de la Niñez y la Adolescencia, anotado y comentado, Ley 17.823, B de F*, Montevideo, 2005, p. 151.

perdería coherencia. En efecto, la pregunta que nos tendríamos que hacer es: si por una rapiña se aplica el máximo legal, ¿qué medida entonces se aplicaría si el adolescente fuera responsable de un homicidio o de un múltiple homicidio?, ¿la misma? Esta sentencia fue parcialmente revocada en segunda instancia, y se disminuyó el tiempo de medida socioeducativa de internación a tres años.

Conclusión

No podemos concluir nuestro trabajo sin dejar de manifestar que el Poder Judicial tiene una “asignatura pendiente” con el interior del país y es la de dotar a las sedes judiciales de técnicos, psicólogos y psiquiatras infantiles y de un mayor número de asistentes sociales, para tener así todas las herramientas para **la mejor defensa**, sin perjuicio, por supuesto, de que el INAU debería funcionar acorde a las exigencias que le planteó el CNA, pero este tema daría para un análisis particular.

En pos de que se aplique el **debido proceso legal**, entendemos fundamental recurrir las decisiones que lo vulneren, aunque las medidas educativas planteadas no sean de internación, ya que el respeto al debido proceso es uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho, de raigambre constitucional.

Para finalizar manifestamos que no es ni será nuestro objetivo enunciar aciertos o desaciertos de ningún integrante del sistema judicial en materia de niños y adolescentes, sino tratar de realizar un aporte al estudio de la temática, una crítica constructiva del sistema vigente en la materia, a través de las vivencias de dos jóvenes defensoras públicas. Para resumir lo antedicho nos tomamos el atrevimiento de hacer nuestras las palabras del gran maestro José Enrique Rodó: “En toda facultad poderosa de expresión, en el lenguaje de todo escritor (...) hay, además de lo que se significa, lo que se sugiere: el ambiente, la aureola, la irradiación que circunda a la muda letra y donde está lo más intenso e importante de todo: la impalpable esencia que rebosa sobre la limitada capacidad de las palabras (...)”⁴

4 José Enrique Rodó, *Obras completas*, ediciones Zamora, Buenos Aires, 1956, p. 937 (el subrayado es agregado).

Bibliografía

BALBELA, Jacinta y PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2005): *Código de la Niñez y la Adolescencia, anotado y comentado, Ley 17.823, B de F*, Montevideo.

DEUS VIANA, Alicia y GONZÁLEZ, Diana (2003): *Juicios y Silencios*, Konrad Adenauer, Montevideo.

RODÓ, José Enrique (1956): *Obras completas*, ediciones Zamora, Buenos Aires.



**El rol del defensor
en procesos de protección
y de responsabilidad juvenil.
La defensa como articuladora
de principios.
Principio de la medida adecuada**

Mariana Carrerou Caseras¹

Introducción

En la labor diaria los defensores de los adolescentes infractores utilizamos ciertas estrategias jurídicas como forma de exonerar de responsabilidad y/o mitigar el reproche que se le hace a nuestros patrocinados. Dichas estrategias están formadas por un sinnúmero de normas internas y supranacionales, de las cuales extraemos la normativa a aplicar al caso concreto, por ejemplo: a) tipificación correcta, b) causas de justificación, c) atenuantes de responsabilidad, d) causas de inculpabilidad, e) causas de inimputabilidad, f) errores de prohibición y de hecho, etc.; así como los principios que contenidos en el sistema nos sirven como fin a arribar y como pautas interpretativas de la norma aplicable al caso concreto. Es tarea de la defensa señalarle al juez que para ese caso debe aplicarse determinada norma y singular principio para cumplir con las finalidades del Código de la Niñez y de la Adolescencia (CNA) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); e incluso a veces tenemos que señalar, para que no lo olviden, cuál es la finalidad del proceso infractor, como punto de vista a tener mientras dure todo el proceso.

¹ Abogada y escribana. Se desempeñó como defensora pública de adolescentes infractores, familias y niños en situación de riesgo hasta setiembre del año 2009. Actualmente se desempeña como defensora pública en lo penal en el departamento de Rivera.

A partir de lo anteriormente expresado, este trabajo estará dirigido a descubrir el principio de la medida adecuada y a ver su aplicación en todo el proceso de adolescente infractor previsto en el CNA uruguayo y en las normas internacionales. Cuando refiera a medida utilizaré este vocablo en su sentido amplio, para que incluya tanto a las medidas propiamente dichas, ya sean alternativas o privativas de libertad, y a medida como estrategia, para hacer frente a las consecuencias de un hecho, es decir, como una pauta. Esta calificación tiene importancia, porque de esta forma se visualiza que dicho principio resulta aplicable durante todo el proceso: cuando se toma la decisión de iniciar o no un procedimiento, cuando se toma la decisión de seguir o no el procedimiento y cuando se toma la decisión de cuál medida de entre todo el elenco que prevé el CNA debe ser aplicada al caso.

Derecho penal especial

Para descubrir el principio de la medida adecuada se debe partir de la base de que el derecho penal de adolescentes es especial: contiene institutos propios y principios aplicables solo a esta materia, con independencia del derecho penal de adultos. Muchos de los principios contenidos en el derecho penal de adultos son aplicables a este derecho, pero hay otros que adquieren características especiales o adquieren mayor fuerza y otros sencillamente se aplican aquí y en adultos no.

Partiendo de este supuesto encontramos que este derecho especial no es retributivo, como podría serlo el derecho penal de adultos, sino que, por el contrario, todas las medidas a tomar deben ser siempre adecuadas y en interés del adolescente (aquí se pone de manifiesto la especialidad antes mencionada).

En las reglas 5 y 17.1 de Beijing² (soft law) aparece más claramente la finalidad del proceso al adolescente infractor y sobre todo de la respuesta que debe dar el sistema al caso concreto. Regla 5.1, Objetivos de la justicia de menores: “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”. Esto resulta aplicable en todas las instancias: al

2 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas De Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

momento de decidir iniciar el proceso del adolescente infractor, su continuación, qué medida cautelar aplicar y al momento de decidir qué medida aplicar en definitiva y en la etapa de ejecución.

Esta regla tiene la finalidad dual de la justicia de menores: por un lado la búsqueda del bienestar del menor (se deja de lado toda connotación meramente retributiva de las medidas que deban tomarse) y por otro lado la proporcionalidad de la medida a aplicar teniendo presentes las circunstancias del delito cometido y sobre todo el bien jurídico afectado. La gravedad del delito cometido deberá analizarse también de acuerdo a las circunstancias personales del adolescente, y aquí aclaro que dichas circunstancias personales consisten en la cantidad de reproche que se le puede hacer en función de que por sus características personales y ambientales podría haberse motivado más o menos en la norma. Es decir, a mayor motivación por su circunstancia personal y aun así realizó la acción, cabría un reproche mayor que a quien por sus circunstancias personales se hubiera motivado menos en la norma y realizó la acción. Esta distinción debe realizarse porque darle otra lectura es correr el riesgo de que el sistema elija y castigue únicamente a un agente con determinadas características de vulnerabilidad (carencia de medios, hogar desintegrado, etc.).

Hago hincapié en el bien jurídico afectado porque si tomásemos únicamente las características personales para buscar la medida estaríamos convirtiendo este derecho en un derecho penal de autor. Aquí la afectación del bien jurídico, la víctima, quien puede recibir una reparación material o simbólica, tiene igual importancia que la valoración de las características personales al momento de buscar una medida aplicable (se debe recordar que medida abarca la estrategia y la pena).

Específicamente, la regla 17 de Beijing establece: “Principios rectores de la sentencia y la resolución. 17.1: La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad, b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo imposible, c) solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que ocurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer delitos graves y siempre que no haya otra respuesta

adecuada, d) en el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor”. Esta regla estrictamente está pensada para aplicarse en la etapa de la elección de la medida a aplicar, o sea, al momento de dictar sentencia.

Aquí se ve nuevamente que los enfoques punitivos no son queridos por este derecho, que lo que busca es aplicar una medida en interés del adolescente y el interés del adolescente será siempre la aplicación de la medida con un contenido educativo o, mejor dicho, con una finalidad educativa.

En la CDN (derecho positivo uruguayo) en el artículo 40 se expresa que: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las 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 la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad (...) 3 b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

La CDN reconoce la autonomía progresiva del niño y el adolescente y por tanto lo hace capaz, responsable de la infracción penal, a partir de ciertos límites etarios, claro está, pero lo hace sujeto de reproche. Como autor penal tiene todos los derechos que asigna el derecho penal de adultos al imputado, por ejemplo, a que se lo presuma inocente, trato digno, pero se le agrega un plus de protección, un plus que hace a la especialidad de la materia: ante un hecho, siempre que sea apropiado a la situación del adolescente, es deseable no recurrir al procedimiento judicial establecido. Así se hace manifiesta que la finalidad buscada es la reintegración a la sociedad, y muchas veces ello se logra fuera de la justicia o, mejor dicho, del sistema judicial. Cuando la CDN hace referencia a que sea “apropiado”, afirma el principio que vengo postulando, es decir, si resulta apropiado al adolescente, por sus características, por la infracción cometida de escasa afectación del bien jurídico o por ser este mínimo. A través de esta norma se puede sostener lo inconveniente e inadecuado de iniciar procedimientos judiciales infraccionales o de otra naturaleza y lo deseable que resultaría la no intervención judicial.

En el punto 4 del artículo 40 se expresa:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colaboración 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”.

De todo el elenco de medidas posibles a tomar, siempre debe aplicarse, en función de la gravedad y circunstancias de la infracción cometida, aquella que resulte adecuada para lograr una de las finalidades de la CDN, que es la reintegración del adolescente a la sociedad como sujeto útil para sí y para los otros, útil en un sentido positivo. Se toma como última ratio las medidas privativas de libertad que únicamente “neutralizan” al agresor sin cumplir con el mandato constitucional de integrarlo positivamente a la sociedad.

El CNA (ley 17.823) recoge los postulados de la CDN. En el artículo 76 numeral 12 se habla de que al momento de sentenciar el juez debe tener presente que las medidas elegidas deben cumplir con la finalidad y ser en interés del adolescente. Ahora bien, ¿qué es en interés del adolescente? En el artículo 79 del citado Código se expresa que todas las medidas a tomarse deben contener una finalidad educativa, procurar la asunción de la responsabilidad por el hecho cometido y el respeto de sus derechos y de terceros. En su segundo inciso se ponen de manifiesto los criterios que deberá emplear el juez al momento de elegir la medida: el de proporcionalidad (a mayor gravedad mayor pena) y el de la idoneidad (idoneidad como medida apta para cumplir con las finalidades de la norma).

Los doctores Balbela y Pérez Manrique, en su libro *Código de la Niñez y la Adolescencia comentado y anotado*,³ señalan que el *nomen iuris* de este artículo era incorrecto, porque no marcaba las medidas complementarias a tomarse, sino los criterios que debe considerar el juez al momento de elegir la medida a aplicar al adolescente infractor.

Dichas medidas deben tener siempre un carácter educativo, es decir, el de educar para respetar los derechos humanos, tanto los propios como

3 Jacinta Balbela y Ricardo C. Pérez Manrique: *Código de la Niñez y la Adolescencia: anotado y comentado*, Ley 17.823, Montevideo, B de F, 2005.

los ajenos, para que el adolescente asuma su responsabilidad y se cumpla con la finalidad ya dispuesta en el artículo 40.4 de la CDN, o sea, reintegrarlo a la sociedad. La medida debe ser apta o adecuada para cumplir con todas esas finalidades.

Para el CNA es “idóneo”, para la CDN es “apropiado” y para las reglas de Beijing es “adecuado”. Idónea es una cosa apta o adecuada para algo. Adecuado es aquello que se ajusta a las necesidades o características de algo o alguien. Apropiado es adecuado. Como vemos, los tres términos son sinónimos, cualquiera de los tres cuerpos normativos refieren al mismo principio.

Por último, para aprehender este principio de lo apropiado, o de lo adecuado o de lo idóneo se debe dilucidar qué es eso de que las medidas deberán tener siempre una finalidad educativa. Por finalidad educativa debe entenderse aquella que educa para tener un comportamiento legal, es decir, educar para respetar derechos humanos para vivir en sociedad. Dicha finalidad se logra aplicando distintas medidas según cada caso, teniendo presente que:

- 1) El reintegro a la sociedad muchas veces es logrado con mayor eficacia si la situación de infracción se maneja fuera de la órbita judicial; de esta forma se mantiene al adolescente en su medio y el caso puede ser tratado por otras instituciones como la escuela, los clubes, los centros religiosos, entre otros. No solo resultará proporcional a la infracción realizada (si fuera de escasa entidad), sino también que la medida de no iniciar procedimiento resultará más adecuada a los fines educativos aludidos anteriormente. De esta forma se evitan las nefastas consecuencias del “etiquetamiento” del adolescente.
- 2) En caso de mayor afectación de un bien jurídico podrá acudir a otras medidas alternativas a la de privación de libertad. Este orden de selección resulta dado por el principio de educación, porque si somos honestos y ponemos sobre la mesa la conclusión de que los centros de detención (INAU) no cumplen con su cometido de integración social y muchas veces lo que hacen es “iniciar” y “diplomar” la carrera de delincuente, resultará más adecuado a los fines educativos toda otra medida, como la figura del tutor o vigilante o la de la libertad vigilada. La medida debe ser especial a cada adolescente y a cada infracción que cometió. Debe adecuarse en pro de esa finalidad. Además, las

medidas a aplicar deben ser claras: el adolescente debe saber por qué se las aplican, de manera tal que sepa el reproche que hay detrás, porque si no se cumpliera con esto la finalidad educacional de asunción de responsabilidad no se estaría cumpliendo y, por tanto, sería inadecuada la medida.

- 3) En casos de gravedad de la infracción cometida, en los que no pueda permitirse el “dejarlo correr” ni la aplicación de una medida no privativa de libertad, es decir, cuando la gravedad es tal que el sistema deba “penar”, la adecuación de la medida a los fines de educación para el respeto en la vida en sociedad será un paliativo de la pena privativa de libertad. Porque no es adecuado castigar por sí, sino en base a las características enumeradas en este derecho penal especial. La privación de libertad es una medida excepcional conforme lo establece el artículo 37 de la CDN y deberá durar lo mínimo indispensable para asegurar así la aptitud de dicha medida a los fines aludidos y bajo determinadas condiciones.

Como vemos, la aplicación del principio de la medida más adecuada es una característica única y singular de este derecho penal especial, cuya articulación debe ser en todas las instancias manejada por el defensor en pro de los intereses de sus patrocinados, porque para este derecho la pena adecuada es solo una, es única y especial para ese adolescente en esa situación; por ello, por cada infracción cometida no existen guarismos en el CNA.

Bibliografía

BALBELA, Jacinta y PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2005): *Código de la Niñez y la Adolescencia, anotado y comentado, Ley 17.823*, B de F, Montevideo.

COUSO, Jaime (noviembre de 2006): "Principio educativo y (re) socialización en el Derecho Penal Juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, UNICEF, Santiago de Chile, disponible en <http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/178/Justicia%20y%20Derechos%208.pdf>.



La pretendida naturaleza socioeducativa de las sanciones en el derecho penal juvenil

Álvaro Colistro¹

*Nadie educa a nadie,
nadie se educa a sí mismo,
todos los hombres se educan entre sí,
mediatizados por el mundo.*
Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*

Introducción

En el presente trabajo se busca reflexionar sobre algunos discursos existentes en diferentes disciplinas provenientes del universo del “saber” respecto a las intervenciones estatales “educativas” derivadas del juzgamiento de un adolescente por un acto cometido en infracción a las leyes penales. Este tipo de respuestas estatales requieren de un análisis que parta de la base del objetivo asumido por nuestro país de proporcionar una protección integral en los derechos de la niñez y adolescencia.

Las políticas sociales que se diseñan e implementan dentro de nuestro contexto histórico y social deben armonizar en forma integrada con una adecuada política pública respecto a los aspectos referidos a la adolescencia en conflicto con la ley penal. Ello solo es posible si el sistema de justicia no incurre en intervenciones contradictorias con la condición de sujeto de derecho del adolescente, quien además es acreedor de un sistema

¹ Abogado. Actual defensor público en familia especializada, defensor de adolescentes infractores por varios años, diplomado en la Maestría interdisciplinaria “Derechos y Políticas Públicas en infancia y adolescencia” de la UDELAR.

de protección. Lo dicho no debe confundirse con el objetivo, finalidad y naturaleza de una respuesta como la que proviene de un derecho penal juvenil.

Al evaluar las políticas institucionales a la luz del discurso teórico fundado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) entiendo imprescindible una reflexión sobre lo que, a mi juicio, interfiere o confunde a los diferentes operadores cuando intervienen dentro del sistema penal juvenil. La supuesta naturaleza o contenidos socio-educativos que en lo discursivo (proveniente de la propia norma de derecho) se le otorga a las sanciones que se imponen en un proceso penal juvenil provoca ambigüedad en la propia determinación de la sanción. Por otra parte, dicho discurso (que se retoma con otros significados conforme a disciplinas diferentes al saber jurídico) se traslada en la parte ejecutiva de la sanción, lo que genera una ilusión de realización de propósitos que pueden no compadecerse con la realidad.

El derecho penal juvenil, como una de las formas de control social punitivo, no debe, si quiere ser respetuoso de la integridad de derechos de los adolescentes, confundirse con el sistema de protección. Más allá de que ambos sistemas (el penal y el de protección) pueden interactuar o relacionarse de alguna manera, entiendo del caso distinguirlos a fin de no incurrir, por parte de los operadores de los diferentes sistemas de justicia, en errores que pueden conducir en verdaderas afectaciones de derechos de los niños y adolescentes.

El sistema de protección, en cumplimiento de sus objetivos, debe implementar dispositivos que hagan efectivos y plenos los derechos de la niñez-adolescencia a través de las diversas prestaciones que provengan de los distintos ministerios, organismos e instituciones que integran el Estado uruguayo, como así también, debería crear instrumentos que permitan tener acceso al sistema de justicia en demanda de ellas. Uno de dichos instrumentos a nivel jurisdiccional se verifica en los Juzgados de Familia Especializados, en cuyo ámbito de competencia de urgencia se aplican las normas de derecho positivo referidas a los derechos amenazados y vulnerados de la niñez y adolescencia (artículos 117 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, CNA). Como defensor público en dicha jurisdicción he podido constatar cómo se puede utilizar este camino a fin de la real efectivización y realización de derechos del niño y adolescente dentro de un sistema de protección cuya exigibilidad se realiza por el sistema judicial inserto en un sistema de protección estatal.

Por otro lado, el sistema de responsabilidad penal juvenil refiere a aquellas intervenciones que tienden a responsabilizar los actos adolescentes en conflicto con la ley penal con todas las garantías propias del derecho penal en general y con una dogmática específica que requiere el particular sujeto de derecho del que se trata. El defensor interviniente no solo deberá asegurar que se cumplan para el adolescente con todas las garantías legales sino que, en su obligación profesional, deberá realizar todos los actos tendientes a defender los intereses de su defendido aplicando adecuadamente el principio de especificidad con total rigor dogmático (en lo procesal, en la valoración de la prueba, en la tipificación de la infracción, en las posibles causas de justificación, en la determinación de la sanción, etc.)

En este sentido entiendo que se debe tender a un verdadero Estado social de derecho que, dentro de las libertades propias de los sistemas democráticos, tenga una fuerte intervención (respetando los espacios de la sociedad civil, de los individuos y su derecho a la participación) en los problemas estructurales que provocan grandes desigualdades, injusticia social y exclusión.

Un fuerte sistema de protección hacia la niñez y adolescencia se dirige a combatir estos flagelos de la sociedad y atiende las necesidades de esta franja de la población en su condición de sujetos. Por el contrario, el sistema de responsabilidad penal en el que ingresan los jóvenes debe reducirse al mínimo indispensable, pues su propia finalidad se encuentra cuestionada y tiene serios problemas de legitimación conforme a lo que ha sostenido la criminología crítica.

Una política penal juvenil orientada hacia la doctrina de la protección integral de derechos debe partir de la base de que el grado de aflicción que sufre un adolescente con una sanción debe ser menor (en cuanto a reducción de derechos) que el existente para el derecho penal de adultos, porque se trata de personas en proceso de desarrollo (principio de especificidad).

Esta visión que surge desde un enfoque de derechos humanos ha ganado espacios y ha logrado progresivamente adeptos en el ámbito doctrinario y académico. Esto se ha exteriorizado en el campo normativo (jurídico), pues legalmente se han recogido muchas de sus concepciones. No obstante, no ha podido verse cristalizada y verificada en forma adecuada en las prácticas institucionales (policial, judicial y/o técnica

administrativa). Asimismo, no se ha instaurado culturalmente en la sociedad civil, lo cual es capitalizado por los medios de comunicación y el sistema político, quienes, con sus embates y manipuleo, pretenden lograr rentabilidades económicas y políticas distorsionando lo que constituye la discusión de fondo mediante el discurso de defensa social que, a su vez, crea la ilusión de que con mayor represión existiría mayor paz social.

Este último aspecto, desde mi punto de vista, ha dejado de lado, de alguna manera, la discusión sobre la verdadera naturaleza de las sanciones juveniles. Tal vez se entienda que, estratégicamente, no sería conveniente ingresar en un debate sobre este punto, atento a lo que se viene de decir respecto a las demandas de mayor represión y severidad en las respuestas institucionales ante las conductas adolescentes contrarias a la ley penal, y a la carencia de un “contra-discurso” que lo enfrente de forma efectiva.

Por el contrario, entiendo necesaria esta discusión que reflexione sobre los contenidos “educativos” de las “medidas socio-educativas” por su relevancia en los efectos que produce en la determinación y posterior ejecución de la respuesta institucional en la que se evidencia una idea “tutelar” y la vigencia de la concepción de la situación irregular.

La eliminación completa y total de esta concepción resulta un primordial objetivo a fin de lograr la instrumentación de un sistema de protección sólido respecto a la infancia y adolescencia mediante políticas sociales adecuadas.

Esto se podrá llevar a cabo si el Estado orienta su accionar hacia la promoción de derechos, atendiendo a la satisfacción de necesidades humanas que logren una mayor equidad y justicia social, dejando de lado la falsa ilusión de que se pueden sustituir políticas sociales con respuestas institucionales provenientes del sistema de responsabilidad penal juvenil.

Es de vital importancia, por ende, ser claros y no recurrir a eufemismos como el de las “medidas socio-educativas” (contenidas en la propia norma de derecho) cuando estamos ante verdaderas sanciones o penas (ya que significan aflicción o reducción de derechos) que poco aportan hacia una política pública orientada a la promoción de los derechos humanos.

Los discursos crean realidades. Un discurso que contenga este falso contenido “educativo” pretende dar un viso de justificación a algo que, a estas alturas del desarrollo del derecho penal, no lo tiene: las sanciones provenientes del derecho penal juvenil como prevención especial positiva (con el discurso “educativo”) estarían tratando de legitimar, en última instancia, la facultad de castigar por parte del Estado, lo cual desde la Criminología Crítica se ha demostrado que es imposible.

El punto en cuestión se ha visto entrecruzado, en lo discursivo, con legítimas formas de estrategias inclusivas o reductoras de violencia provenientes de disciplinas diversas a la jurídica, como la de los educadores sociales y psicólogos comunitarios. El problema es que si no se tiene una visión global de esta construcción social que es la cuestión criminal, los discursos, además de tener diferentes significados dependiendo de la disciplina que los aborde, terminan por dar un panorama fragmentado de la realidad.

El cuestionamiento parte de analizar aspectos filosóficos, criminólogos, sociales y jurídicos del marco legal de referencia dado por la CDN y el CNA junto a diferentes posturas e interpretaciones que se han realizado, directa e indirectamente, sobre el tema.

La cuestión criminal

Como primer elemento a considerar para abordar el tema debe visualizarse la cuestión criminal como una construcción social, estudiada y analizada desde diversas disciplinas.

Muchas veces se utilizan términos que tienen diversa significación conforme a la disciplina que los emplee, por lo que se crea una verdadera confusión entre los operadores del sistema, sin mencionar la percepción y el impacto que tienen para el “profano” sobre su verdadero alcance. Por ello se requiere el uso de un lenguaje común y la revisión de los distintos saberes para lograr la transdisciplinariedad. Es sumamente importante no perder de vista cómo opera esta construcción social punitiva de los conflictos, la selectividad que se opera en el sistema penal y la aflicción que contiene la reacción estatal a fin de reflexionar sobre la finalidad de esta última y si puede tener naturaleza pedagógica.

Las sanciones en el derecho penal juvenil

Por lo señalado, uno de los aspectos que hacen a la construcción punitiva es el referido a la sanción o pena que se adhiere a la definición de una conducta como delito. El estudio de la sanción trae consigo la cuestión de su legitimación.

La doctrina de la situación irregular, basada en la idea tutelar del control de los menores, se construyó sobre la base de que no se les debe imponer una pena, sino una medida de seguridad educativa.

Poder diferenciar y estudiar los discursos que se verifican en las prácticas emergentes del control social formal institucional permite visualizar cuánto existe de pena y cuánto de “tutela”, como así también verificar cómo se entremezclan los discursos. Existe pues la necesidad de elaborar un discurso penal juvenil específico no solo para evitar la confusión de aplicar el mismo discurso de mayores a los adolescentes, sino también como cuestionamiento al discurso tutelar (implícito en lo “educativo” de las sanciones penales juveniles).

Justificación de las sanciones

Las diferentes teorías de la pena que se han dado en el derecho penal de adultos que explican y justifican el poder de sancionar por parte del Estado (*ius puniendi*) como atributivo de validez a sus significados e imperativos prácticos tienen relevancia para poder analizar con mayor profundidad y rigor dogmático su recepción en el ámbito propio al control punitivo de la adolescencia.

Del cuestionamiento que se ha hecho a las distintas teorías (fundamentalmente desde la criminología crítica) se pueden observar muy claramente no solo las contradicciones en sus propias concepciones, sino los serios problemas de legitimación debidos tanto a consideraciones de tipo filosófico como a los aspectos que surgen de la propia selectividad estructural del sistema penal.

También, como bien dice el Dr. Carlos Uriarte, aportan decisivamente para contrarrestar ideológicamente el discurso de defensa social con uno

que adopte el de los derechos de la niñez y adolescencia conforme al nuevo paradigma de la protección integral.

En este mismo sentido Mary Beloff manifiesta: “a esta altura del desarrollo del derecho penal, desde un punto de vista filosófico, la única justificación admisible de un sistema de justicia juvenil en el contexto de la protección integral de derechos es el derecho penal mínimo”.²

Como fundamento por la opción del derecho penal mínimo, Uriarte afirma: “La opción por un derecho penal mínimo parte de la base que el discurso penal, en vez de explicar lo inexplicable y de justificar lo injustificable, esto es, la violencia selectiva estructural del sistema penal, a través de las teorías que en realidad la encubren (retribucionismo, prevención general negativa, resocialización) o la manipulan (prevención general positiva, prevención especial negativa), debe elaborarse para limitar y contener la intervención penal, para controlar el ejercicio del poder punitivo, según la feliz expresión de Zaffaroni”.³ El minimismo penal (a través de sus mayores exponentes como Baratta, 1987, Ferrajoli, 1997, Zaffaroni, 1989 y entre nosotros Gonzalo Fernández, 1995) “desagrega la pena del poder, y profundiza la esencialidad del derecho penal como limitador y reductor del poder punitivo. El derecho penal, en consecuencia, limita el poder, y del límite avanza hacia su reducción: el límite no es sino un momento en la reducción —minimización— del poder punitivo”.⁴

El marco jurídico

En el campo del derecho internacional de los derechos humanos existen normas que refieren a las sanciones a aplicar en el derecho penal juvenil. Así, en el artículo 40, numeral 4 de la CDN se establece qué tipos de “medidas” deberán aplicar los Estados partes, aunque no las establece taxativamente sino a título de ejemplo. No les asigna explícitamente y de forma general una finalidad socio-educativa. Esto debe interpretarse armónicamente con el numeral 1 del propio artículo, en el que se expresa

2 Mary Beloff, “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, en Emilio García Méndez (comp.), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 37.

3 Carlos Uriarte, *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 1999, p. 75.

4 Beloff, o. cit., p. 89.

el derecho del niño “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”.

En las “Reglas mínimas uniformes para la administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing) Reglas 5 y 17 aparece más claramente el componente educativo en las medidas a aplicar. En los comentarios de estas Reglas se adopta una posición tendiente a otorgar una finalidad preventiva en el sistema de responsabilidad juvenil. Establecen que un enfoque puramente punitivo no es adecuado, lo que las aleja del tradicional fundamento del derecho penal clásico de retribucionismo jurídico (“idea de justo merecido y de sanciones retributivas”) “pues siempre tendrá mayor peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”. También, en estas normas se nota cierta justificación de la sanción como defensa social (“así como a las necesidades de la sociedad”).

Las reglas de Beijing no fueron ratificadas por nuestro país, pero con la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) se estableció que las sanciones establecidas dentro de nuestro sistema de responsabilidad penal juvenil son “socio-educativas”, tanto las privativas de libertad como las no privativas de libertad. Así se dispone y se las denomina a partir del Capítulo IX, III (Medidas Socio-Educativas), artículos 77 a 102 del CNA.

El haber calificado a las sanciones juveniles como socio-educativas me merece serios reparos. Ya de por sí la denominación como “medida” trata de ocultar el claro contenido sancionador que posee y, por ende, es un enmascaramiento de la realidad. Si a la denominación como medida se agrega la de socio-educativa, esa distancia con la realidad se hace mucho más palpable y dificulta sobremanera la intervención estatal.

En primer lugar, cuando no son privativas de libertad, la ley prevé una serie de medidas no taxativas, por lo tanto un juez podría disponer una medida diferente a las que se encuentran previstas en la ley que a su juicio fuera socio-educativa.

En lo general, el calificar a una sanción como algo educativo trae inexorablemente consigo el problema del significado que se le da a la educación, lo que puede dar lugar a subjetivismos, al utilizarse en el marco de un sistema de control social punitivo.

Asimismo, es de cuestionar la necesidad de pretender justificar a la sanción en sí, pues la ley así parecería hacerlo con dicha calificación al asignarle una finalidad que podría entenderse como una forma de prevención especial positiva, volviendo a las tan cuestionadas finalidades “re” (resocializar, rehabilitar, readaptar, reeducar, reinsertar).

Por consiguiente, en mi opinión, es susceptible de las mismas objeciones provenientes de la criminología crítica que se realizan a este tipo de teorías de la pena en el derecho penal de adultos. Tanto desde el punto de vista axiológico como operativo las críticas que se han realizado a este tipo de teorías son irrefutables. Desde el campo axiológico surge el problema de si es legítimo definir cuáles son las actitudes que hay que cultivar en el infractor y cuál es la “normalidad” para la cual debe ser recuperado, lo cual parecería inviable si partimos de la base de que las sociedades no son homogéneas (menos en nuestro contexto socio-económico-cultural) y cómo se verifica en este sentido el respeto a las diversidades. En consecuencia, este tipo de finalidades o fundamentos de la sanción penal juvenil no pueden dirigirse a un aumento de posibilidades de desarrollo personal, sino a la imposición de una moral, lo cual constituye en sí una inmoralidad, en tanto vulnera la libertad de opción esencial a la dignidad humana, como lo ha expuesto Uriarte.⁵

En definitiva, si a este pretendido contenido educativo se lo utiliza como una forma de “prevención” resultaría contradictorio con la propia CDN pues, como ya se ha dicho, en su artículo 40.1 dispone el derecho que tiene el adolescente que comete un acto en infracción a las leyes penales a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad”.

Esta finalidad socio-educativa nada debería tener que ver con la doctrina de la protección integral. Esta protección integral debe darse con la adecuada articulación de políticas sociales respetuosas de la dignidad del ser humano y de las diversidades culturales.

El derecho a la educación, y el deber asumido por el Estado de proporcionarlo, lo entiendo como formando parte de las políticas públicas, pero no dentro de un sistema de control social punitivo en el que se establecen sanciones que, por esencia, son de carácter coactivo y están fuera del ámbito de libertad del adolescente.

5 Uriarte, o. cit., p. 75.

Por su propia naturaleza aflictiva, estas sanciones difícilmente puedan enmarcarse dentro de lo que se puede entender por “educativo”. Por otra parte, pretender darle alguna connotación en este sentido podría estar significando no considerar al adolescente como un “sujeto” sino como un “objeto” y tiene el riesgo de que los diferentes operadores no lleguen a visualizar cómo actúa sobre el adolescente todo el proceso de selectividad estructural del sistema.

Incidencia del “componente educativo” en la determinación de las medidas

Pérez Manrique⁶ afirma que “En pocos aspectos como en la determinación de las sanciones o medidas se plantea con tanta intensidad la dicotomía entre la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral por el riesgo de incurrir en contradicciones que desnaturalicen los postulados de la nueva doctrina”. Desde su óptica defiende el componente educativo de las medidas al citar los fundamentos que se han manejado en el derecho alemán, en el que prima el principio educativo, apreciando que la noción de culpabilidad en el hecho (propio del derecho penal de adultos) retrocede a favor del derecho penal de autor (características personales del joven que lo hacen más vulnerable), pues el fin de educación “orientado al complejo de la personalidad del joven determina la selección y medición de los medios de reacción (...) el hecho cometido se encuentra en una situación más relajada con respecto a la intervención judicial en el derecho penal general”.

Con respecto a este componente educativo este autor no deja de ver lo que Luigi Ferrajoli ya alertaba sobre los eventuales riesgos atento a la necesidad, según sus postulados, de limitar al máximo la intervención punitiva. En defensa de esta naturaleza educativa se apoya en diversos conceptos doctrinarios derivados del principio de especificidad y que imponen la necesidad de que la determinación de la sanción sea diferente a la que se aplica en el derecho penal.

En este sentido argumenta que la protección integral exige que el factor vulnerabilidad o, de otra forma, la situación personal del joven sometida a este proceso especial no puede incidir sino de manera moderadora

6 Ricardo Pérez Manrique, “Importancia del hecho y de la participación en la determinación de medidas o sanciones”, en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil – Herramientas*, n.º 1, Montevideo, 2000, pp. 105-123.

y limitativa de la responsabilidad. Establece, por ende, dentro de las pautas a tener en cuenta por el juez de adolescentes, la finalidad socio-educativa de la medida, de lo contrario se estaría ante una responsabilidad por el puro acto, propia del derecho penal de adultos. Alega que una medida que no cumpla un fin socio-educativo es ilegal porque es pura retribución ajena al derecho de la infancia y adolescencia. Lo educativo se convierte en elemento determinante del cumplimiento de la medida, y debe cesar su aplicación cuando la finalidad socio-educativa ha sido satisfecha conforme a los informes técnicos previa audiencia de la defensa y del Ministerio Público.

Considero que si bien se trata de una postura que tiende a ser respetuosa de derechos, no logra superar la crítica respecto a lo que representa para la dignidad del ser humano el imponerle una forma de educación desde el campo coercitivo, además de no brindar garantías sobre la discrecionalidad no reglada (que fácilmente puede derivar en arbitrariedad) asignada a los operadores del sistema hacia lo que entienden, según sus subjetividades, como “socio-educativo”.

Por otra parte, que la respuesta deba ser específica y menos intensa o severa que la aplicada en el derecho penal de adultos no lleva consigo la necesidad de darle esta finalidad educativa. Bien se puede establecer una dogmática específica en el derecho penal juvenil que realice una formulación del concepto de culpabilidad específica para dosificar o medir correctamente la respuesta estatal.

También mediante una buena política legislativa se evitaría el tratamiento indiferenciado con respecto al derecho penal. A vía de ejemplo, las medidas que se imponían de presentación ante la autoridad policial que se han declarado judicialmente ilegales por no tener una finalidad socio-educativa (referidas por Pérez Manrique) podrían ser igualmente declaradas ilegales si la propia norma se limitara a establecer un conjunto de sanciones en forma taxativa que se adecuen a una respuesta específica (que no tienen por qué estar catalogadas como socio-educativas) y que atemperen y limiten de mayor forma el poder punitivo y el poder adulto.

Esta pretendida naturaleza socio-educativa de las sanciones: ¿no lleva a concepciones ya superadas provenientes del positivismo jurídico y el positivismo criminológico? El positivismo jurídico partía de la base de definir al delito como algo natural, que existía de por sí, lo cual se traducía en un positivismo criminológico, con su pretensión legitimadora de una

respuesta dentro del sistema de control social punitivo que atendiera al tratamiento del “delincuente juvenil”, ya sea como forma de prevención general o especial. Para conseguir dichos fines el positivismo jurídico se apoya en la existencia de distintas ciencias “auxiliares” a la ciencia jurídica y sus horizontes de proyección. Desde la perspectiva de la denominada criminología crítica el delito no existe, sino que es una construcción social y como tal debe encararse.

Conforme se adopte una posición positivista o crítica se verá en las intervenciones estatales o bien una forma de solución o bien una respuesta. Asimismo, una posición positivista le dará una finalidad o legitimación que, generalmente, en el ámbito de la justicia penal juvenil está representada por la idea de prevención. La labor o contenido educativo de las “medidas socio-educativas” refieren, ineludiblemente, a estas teorías de la prevención especial positiva.

A esta altura del análisis y reflexión, si se adopta una posición afín a la criminología crítica, se debiera concluir que desde sus postulados resultaría incompatible conceder una finalidad socio-educativa a las sanciones penales juveniles con un enfoque de derechos humanos.

La condición de “sujeto de derecho” que tienen los adolescentes, y que la norma de derecho reconoce, impide que se pueda considerar como algo “educativo” una sanción que es impuesta luego de las diversas instancias de selección provenientes de la propia sociedad y de las prácticas policiales-judiciales (pues solo los jóvenes más vulnerables ingresan al sistema) que derivan en un proceso penal juvenil. Es imposible realizar una labor socio-educativa en su real y verdadero significado (o por lo menos desde una visión radical que le asigne en su propia esencia una “práctica de la libertad” según los postulados de Paulo Freire) desde la situación en que se encuentra el joven que ingresa a este tipo de sistema.

Esta forma de respuesta estatal, con la asignación de contenidos educativos, se compadece más con aquellas respuestas institucionales enmarcadas dentro de la doctrina de la situación irregular, con una idea tutelar respecto a la infracción.

Mary Beloff ha analizado estos aspectos en el momento de la ejecución de la respuesta estatal:

“Cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socioeducativas,

penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes (...) no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socioeducativas, para distinguirlas de las medidas de protección. De este modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión del reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de las medida/sanción o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves. Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado. Este es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner mucho cuidado en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente —sanciones— y las medidas de protección porque aún en las leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socioeducativa tiene como único objetivo restablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho...”.⁷

Esta autora, que adopta una posición favorable a un derecho penal mínimo desde una postura crítica, reconoce que el fundamento de las sanciones en la órbita del sistema de responsabilidad penal juvenil, tanto en las normas internacionales como en las nuevas leyes nacionales aprobadas en los diferentes países latinoamericanos, sigue siendo de prevención especial positiva. Este hecho, exteriorizado en el contenido socio-educativo de las “medidas”, hace que se produzca una superposición respecto a las medidas de protección, con los riesgos consiguientes de caer nuevamente en situaciones propias de la doctrina de la situación irregular. Por ello propone que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación, lo cual resulta contradictorio con su reconocimiento en visualizar como fundamento (explicitado por el orden jurídico) a la prevención especial positiva (pues, justamente, existe ese

7 Beloff, o. cit., p. 65.

fundamento en este “valor agregado” al que hace referencia vestido del ropaje “socio educativo”).

Por consiguiente, es la propia norma de derecho la que debe ser objeto de crítica y lo que debiera ser estudiado para su futura revisión. Esto es sin perjuicio del análisis de cómo se aplican por los operadores del sistema estos componentes socio-educativos, y específicamente en lo que refiere a la intervención de los defensores públicos, ya que puede significar serios retrocesos respecto a una postura garantista.

En este sentido, Antonio Fernando Do Amaral e Silva expresa: “Admitir el carácter represivo, penal especial (diferente del penal común de adultos), resulta en línea con la defensa de los derechos humanos de víctimas y victimarios. Es necesario superar el mito de ‘la protección’. Si quien aplica la medida es consciente de su carácter represivo, redoblará la cautela para imponerla con los criterios y fundamentos de la despenalización y excepcionalidad, de la legalidad, brevedad, así como de proporcionalidad y respuesta justa adecuada”.⁸

En Beloff se encuentra presente, claramente, la idea de distinguir las políticas públicas que refieren al sistema de protección de aquellas respuestas estatales provenientes de los sistemas penales al decir:

“Todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil —o medida socioeducativa, según algunas leyes— es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de 18 años es titular. Solo es restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable. Pero el fundamento de la condena no es garantizarle esos derechos..., si no se confundiría todo una vez más, para perjuicio de la comunidad, de la víctima y, sobre todo, de los adolescentes”.⁹

8 Antonio Fernando Do Amaral e Silva, “La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la Doctrina de la situación irregular”, en Emilio García Méndez (comp.), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 128.

9 Beloff, o. cit.

Especificidad del derecho penal juvenil

Ya de por sí las diferentes normas establecen un cambio radical respecto al derecho penal de adultos, pues las respuestas privativas de libertad deben ser aplicadas solo en casos excepcionales y por el menor período de tiempo posible.

La especificidad del derecho penal juvenil integrada con el saber proveniente de las diversas disciplinas se constituye en una herramienta o instrumento de relevancia para limitar el poder del Estado y, específicamente, el poder adulto.

La doctrina tutelar mistificó las penas juveniles con sus discursos protectores. Este discurso tutelar ha sido sustituido con aquel que se dirige a “salvar al joven con el derecho penal” y “salvar a la sociedad con el sistema penal”. Pero la defensa social permea estructuralmente al sistema penal, a pesar del derecho penal. Dentro de las estrategias de defensa social, el derecho penal es un obstáculo. Se debe diferenciar, por ende, el sistema penal del derecho penal para visualizar cómo opera uno y otro.

El sistema penal no defiende a la sociedad del niño adolescente, ni a esta de la sociedad. Al contrario, se proyecta selectiva y violentamente sobre un sector de la población, reproduce desigualdades sociales y vende la ilusión de defensa social. El espacio de defensa social que puede quedar en esta realidad es, en todo caso, quitarle al sistema penal el discurso de la prevención, que encubre su violencia, y encontrarnos con esta sin discursos mediáticos. El problema es: ¿quién defiende a la sociedad del sistema penal, del poder de castigar? Ese es el rol del derecho penal, proceso penal y de ejecución penal, mínimo.

Con el programa mínimo de derecho penal juvenil se defiende específicamente a los niños y adolescentes del sistema penal, sin enfrentarlos al colectivo social. En este enfoque, las necesidades y derechos de la niñez y adolescencia forman parte de las necesidades sociales y quedan aisladas las necesidades institucionales de control social.

Lo socio-educativo en la ejecución de las medidas

En la etapa de la ejecución de las medidas desde el campo de la educación social han surgido concepciones que, de alguna forma, pretenden

darle un significado positivo al contenido socio-educativo de estas respuestas institucionales. Es así como Diego Silva Balerio y Martín Rosich¹⁰ intentan llegar a una síntesis entre estos dos componentes antagónicos como lo son el control social punitivo y lo educativo. Afirman que entre estos opuestos debe primero mantenerse un equilibrio, para luego dirigirse hacia lo educativo. Se preguntan cómo pueden convivir los dos componentes, el control social y la acción educativa: ¿por qué el infractor que cumple una sanción debe ser forzado a una acción educativa?

Para explicar esta mixtura entre sanción y educación acuden a Violeta Núñez, quien visualiza a la educación social como “un conjunto de prácticas diversas” que trabaja en pro de la promoción cultural de los sujetos para su inclusión social propio de cada época. En ese sentido la educación social, dada su flexibilidad para el trabajo educativo en múltiples espacios, se constituye en la disciplina y conjunto de acciones idóneas para la práctica pedagógica en jóvenes en conflicto con la ley penal. Lo educativo social de la sanción se explica como medio para garantizar derechos y generar oportunidades que rompan con el circuito que parte de la vulnerabilidad social, pasa por el sistema punitivo y vuelve a la situación de vulnerabilidad con riesgos de cronificación. Tienden, en consecuencia, a propiciar los caminos y trayectos para que los sujetos puedan integrarse de la mejor forma posible en su sociedad. Explícitamente establecen los riesgos de intervenciones educativas en el ámbito del control social, ya que existen muchas posibilidades de caer en la trampa de un discurso educativo con prácticas de mero control.

En este sentido debe tenerse presente el análisis de la propia Violeta Núñez, quien alerta sobre las concepciones neohigienistas al afirmar:

“Sabemos qué tipo de sociedad se pretende a partir de la prevención; una sociedad sana, saneada por la erradicación (o el control directo) de aquello que se define como peligroso. No es esta premisa la que ha cambiado desde el siglo XIX al XXI, sino los nombres que designan lo peligroso y los modos de someterlos a control. (...) He aquí el punto de engarce entre ciertas políticas sociales, las tecnociencias sociales encabalgadas en el discurso neohigienista y los operadores del campo social y educativo: la gestión diferencial de ciertas poblaciones, mediante programas de intervención social directa y en nombre de la prevención del conflicto. Es la antítesis

10 Diego Silva Balerio y Martín Rosich, “La educación social y el control de los adolescentes en conflicto con la ley penal (Parte I)”, en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil – Herramientas*, n.º 2, pp. 124-139.

de la participación y la educación social. El discurso neohigienista se ha apropiado también de estos conceptos, con los que recubre aquellas viejas prácticas. De allí que una de las funciones de la Pedagogía Social sea desenmascarar la lógica higienista, las lógicas del control poblacional, y poner en evidencia sus metamorfosis y disfraces...".¹¹

No obstante, las reflexiones críticas que se plantean Silva y Rosich intentan de alguna forma, en definitiva, fundamentar la finalidad socio-educativa en lo establecido normativamente y en orden a la protección especial que a nivel de derechos humanos se considera como respuesta a necesidades humanas insatisfechas. Por lo cual volvemos a lo planteado más arriba: la confusión en ingresar a un sistema de protección por intermedio de un sistema de responsabilidad penal juvenil. Aún parecería no tenerse clara la distinción entre el sistema penal juvenil y el derecho penal, procesal y de ejecución penal mínimo al que aludimos más arriba. En conclusión, con esta apropiación del significado "socio-educativo" no se logra superar la contraposición derecho penal y procesal penal juvenil, garantía de derechos sustanciales y procesales, versus la tutela y prevención propia de la doctrina de la situación irregular avasalladora de derechos y atentatoria con la idea de dignidad humana.

El trabajo educativo está implícito en el sistema de protección y es en este en el que se debería encarar conforme a las concepciones orientadas a la universalidad y el respeto de los derechos. Cuando los autores expresan que estas intervenciones no debieran transformarse en una manipulación de un "objeto de derecho en situación irregular", sino que se debe tener presente la condición de sujeto de derecho y el respeto absoluto de sus derechos humanos y sus derechos especiales como persona en proceso de desarrollo, debiéramos preguntarnos: ¿cómo articular estas concepciones provenientes de la faz ejecutiva de la sanción con los operadores jurídicos insertos en un sistema punitivo?, ¿cómo se trasladan sus diversos significados y contenidos a aquellos que a la postre la deciden, determinan, prolongan o hacen cesar?, ¿cómo estas concepciones provenientes de la educación social pueden abstraer o alejar de las ideas de la prevención a quienes intervienen dentro de un sistema que opera selectivamente habiendo sido partícipes en la propia selección?

11 Violeta Núñez, "Participación y Educación Social", en *Educación Social: Inclusión y Participación. Desafíos Éticos Técnicos y Políticos. XVI Congreso Mundial Educadores Sociales*, Montevideo, noviembre de 2005, pp. 117 y 118.

Cualquier labor pedagógica entendida como una “práctica liberadora” del ser humano en el sentido que le confiere Paulo Freire debe partir de esta realidad: ¿son compatibles estas intervenciones con la educación como práctica de la libertad que represente una pedagogía proveniente del propio educando y no para él?, ¿resulta una pedagogía liberadora cuando dicha intervención se encuentra inserta dentro de un sistema que priva de libertades o las restringe?, ¿resulta compatible, cuando esa finalidad socio-educativa está dirigida, intencionalmente, por quienes ejercen el poder, hacia “la prevención”? En la mejor de estas intervenciones preventivas se podría encontrar una visión humanitarista y no humanista como claramente se ha diferenciado en la concepción de Freire:

“Ninguna pedagogía realmente liberadora puede mantenerse distante de los oprimidos, vale decir, hacer de ellos seres desdichados, objetos de un tratamiento humanitarista, para intentar, a través de ejemplos sacados de los opresores, la elaboración de modelos para su promoción. Los oprimidos han de ser ejemplos de sí mismos, en la lucha por su redención.

La pedagogía del oprimido, que busca la restauración de la intersubjetividad, aparece como la pedagogía del hombre. Solo ella, animada por una auténtica generosidad, humanista y no humanitarista, puede alcanzar este objetivo”.¹²

Víctor Giorgi,¹³ desde la práctica psicológica, describe que existen sectores de personas que han visto postergadas largamente sus necesidades de afecto, inclusión, protección, identidad y autoestima por los espacios sociales instituidos que han conocido, lo cual hace que busquen integrarse a grupos involucrados en actividades delictivas. Este sería uno de los aspectos que se constatan en un proceso de exclusión social más allá de su gran complejidad. El ser humano como tal necesita ser alguien significado por otros y esto explica la inclusión en subculturas que operan como grupos de pertenencia y referencia.

Si los operadores del sistema de responsabilidad penal juvenil, en lo que nos atañe como defensores públicos, logramos visualizar al joven enfrentado al sistema de responsabilidad penal juvenil en el marco de la selectividad (que hace que ingresen los adolescentes más vulnerables) como en una situación objetiva de opresión que surge de una relación

12 Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, p. 54.

13 Víctor Giorgi, “La seguridad como necesidad humana. Una perspectiva desde la Psicología Comunitaria”, en *Anuario de Psicología Comunitaria*, Santiago de Chile, 2001, p. 6.

de violencia estructural que transforma a estos jóvenes en violentados y portadores de múltiples pobreza (no accesos a los diferentes bienes sociales, económicos y culturales) y enfrentados a un doble poder (el punitivo y el poder adulto) podremos tener una real conciencia de nuestras intervenciones.

Si optamos por una “praxis” que intervenga sobre esta realidad para transformarla debemos procurar comprenderla en todos sus aspectos (incluyendo los menos visibles) y actuar en consecuencia sin el objetivo de “cambiar” al otro.

Silva y Rosich parecen retomar la idea de Violeta Núñez en lo que refiere a las diversas posibilidades de trabajo social educativo “como propuestas complejas capaces de ocupar espacios —aún intersticiales— en las instituciones, de agujerear las políticas sociales, de transformar prácticas”. Visto desde esta perspectiva, se podría pensar en espacios de encuentro y diálogo como una forma de evitar mayores espacios de exclusión social enfocados desde una labor de aprendizaje. Esta labor integradora podría procurar una inclusión social si se utiliza como una estrategia reductora de violencias a fin de posibilitar el ejercicio de derechos.

Pero en la medida que no tengan en cuenta sus múltiples limitaciones atento al lugar donde se encuentran insertos pueden resultar inocuos o, peor, reproducir (debido a los efectos discursivos) intervenciones tendientes a “prevenir”.

De una u otra forma entiendo como objetivo estratégico, dentro de una opción garantista enfocada a los derechos humanos, el desprenderse de todo ropaje discursivo de lo “educativo” por todo el valor simbólico que de por sí tiene y su ineludible asimilación con la función “preventiva”.

Bibliografía

- BELOFF, Mary (2001): “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, en García Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- FREIRE, Paulo (2005): *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- GIORGI, Víctor (2001): “La seguridad como necesidad humana. Una perspectiva desde la Psicología Comunitaria”, en *Anuario de Psicología Comunitaria*, Santiago de Chile.
- NÚÑEZ, Violeta (noviembre de 2005): “Participación y Educación Social”, en *Educación Social: Inclusión y Participación. Desafíos Éticos Técnicos y Políticos. XVI Congreso Mundial Educadores Sociales*, Montevideo.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2000): “Importancia del hecho y de la participación en la determinación de medidas o sanciones”, en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil – Herramientas*, n.º 1, Montevideo.
- SILVA BALERIO, Diego y ROSICH, Martín (2000): “Infracción juvenil y educación social: un encuentro necesario”, en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil – Herramientas*, n.º 1, Montevideo.
- SILVA BALERIO, Diego y ROSICH, Martín: “La educación social y el control de los adolescentes en conflicto con la ley penal” (Parte I), en *Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil – Herramientas*, n.º 2, Montevideo.
- URIARTE, Carlos (agosto de 1999): *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en infracción*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo.



El reconocimiento judicial como medio de prueba en el proceso penal juvenil nacional

Jhonny Bertinat Ferrari¹

Aspectos generales

El reconocimiento es uno de los medios de prueba más utilizados por parte de la justicia, principalmente en los delitos contra la propiedad como la rapiña o el hurto, que tiene por objetivo que el damnificado o testigo identifique a quien atentó contra su persona o propiedad. La forma en que se aplica este medio de prueba por los tribunales, en materia de adolescentes infractores y también con los mayores, es objeto de preocupación para quienes ejercemos la defensa de los adolescentes sometidos al proceso penal juvenil, ya que generalmente no se respetan parámetros mínimos de garantía.

Esta preocupación aumenta cuando se tiene a este medio de prueba como único elemento incriminatorio, y la defensa debe batallar no solo contra el tribunal, a efectos de que cumpla con los parámetros mínimos de garantía, sino también contra la víctima, la cual se encuentra en un estado emocional especial, buscando un responsable por lo sucedido. Todo ello sin perjuicio de que los adolescentes presentan estereotipos similares que hacen que en los segundos en que ocurre el ilícito sea extremadamente difícil identificar a una persona.

¹ Defensor público de la ciudad de Pando en materia de familia, adolescentes infractores, artículo 117 del CNA y violencia doméstica.

Todos estos elementos conspiran contra la objetividad del reconocimiento y, por ende, entiendo que no debe ser tomado de manera categórica para incriminar de un hecho delictivo a una persona.

Cuerpo normativo nacional

En nuestro Código del Proceso Penal (Título IV. De las pruebas, capítulo IX, artículo 230), se encuentra regulado este medio de prueba: “Reconocimiento es el acto ordenado por el Juez competente, por el que se somete a alguna persona o cosa determinada al examen o inspección del mismo Magistrado o de los individuos cuyo testimonio sea conveniente para la investigación de la verdad”.

En la ley 17.823, cuerpo normativo que regula el proceso penal juvenil, no existe ninguna referencia expresa a los medios de pruebas admitidos para este proceso especial, por lo cual se deberá entender que se aplicarán los diferentes medios de prueba establecidos en otras leyes, como lo pueden ser el Código del Proceso Penal o el Código General del Proceso.

El artículo 114 de la ley 17.823 establece como régimen complementario el Código General del Proceso, un código de carácter civilista, que en principio no es asimilable al proceso penal juvenil. Parece inexplicable que el marco regulatorio del proceso penal juvenil, con la especificidad que tiene, no tenga establecidos los medios de prueba admitidos y su regulación, a efectos de otorgar al joven sometido al proceso las máximas garantías. En todos los códigos del proceso penal de adultos se establecen los medios de prueba admitidos y en muchos de ellos se establece una regulación específica de la manera de cómo se deben instrumentar para ser admisibles.

Esta situación parece no ser cuestionada y por ende es admitida, o tal vez poco importe al sistema jurídico en general. Esta omisión no solo es privilegio de nuestro sistema jurídico en las diferentes regulaciones del proceso penal juvenil, sino que en la enorme mayoría de los países latinoamericanos y europeos tampoco están contemplados los medios de prueba admitidos en el proceso penal juvenil.

La prueba y su forma de admisión es a mi entender fundamental, ya que en definitiva, valorada con objetividad, es la que decide si un joven

es responsable o no del hecho que se le imputa. Esta omisión y otras que presenta nuestro cuerpo normativo dejan entrever que este, al parecer, es considerado por la mayoría de los operadores del sistema jurídico y por quienes elaboran las leyes como un derecho de “segunda” categoría, que poco importa, por lo que se deja al adolescente indagado a la suerte de la responsabilidad de las partes del proceso.

Las partes en el reconocimiento

Las dos partes en los reconocimientos son los testigos o damnificados y los indagados que revistan.

El estado emocional que presenta la víctima o testigo sometida a reconocimiento está cargado de subjetividad y en oportunidades con sed de venganza, lo que lleva a que el Tribunal deba extremar las garantías al indagado al realizar esta diligencia, como lo señala Cafferata Nores: “Por su naturaleza (psicológica), el reconocimiento se halla particularmente expuesto a errores, los cuales están relacionados en su mayor parte con las condiciones y la forma en que se desarrolla el proceso de reconocimiento”.²

Además, la presión indirecta que se ejerce por todas las partes del proceso al testigo o damnificado para que reconozca a una persona o no como posible autora del hecho delictivo del cual fue víctima, hecho que posiblemente ocurrió en segundos y generalmente en horas de la noche, hace que se coloque a estas personas en una situación de estrés y tensión que nada bien hace a la obtención de la verdad de los hechos y por ello a la objetividad de la prueba producida e incorporada.

Por otro lado está el adolescente indagado, quien por lo general presenta un estereotipo común, que hace difícil distinguirlo en circunstancias normales, y más en situaciones extremas como lo es la comisión de un delito. El mayor inconveniente de los reconocimientos realizados en sede letrada en el proceso penal juvenil es poder contar con otros jóvenes de similar característica que el indagado para realizar la diligencia. Generalmente, en las sedes letradas del interior los que revistan el reconocimiento con el joven indagado son los mayores detenidos que se encuentran en el carcelaje, los que por cierto poco se le parecen. Incluso ha

2 José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 130 y 131.

habido oportunidades en que ha revistado con el joven algún funcionario policial de particular, en razón de no contar con otras personas.

Si bien critico e impugno los reconocimientos realizados en la forma antes mencionada, no dejo de comprender que es difícil poder encontrar para revistar en el reconocimiento jóvenes con iguales características que el indagado, y no estoy hablando de encontrar seis, es difícil encontrar uno. Por otra parte, un aspecto no analizado por la enorme mayoría de los juzgados es el hecho de que no se puede solicitar a un joven menor de edad que participe de una diligencia de reconocimiento, ya que para ello debería contar con la autorización de su representante legal. Esa práctica “de salir a la vereda a encontrar a alguien” parece no ser aconsejable.

Valor probatorio de los reconocimientos

Desde el punto de vista práctico, y en mi experiencia como defensor público, cuando la autoridad administrativa detiene a un joven posible autor de un hecho delictivo este es conducido a la seccional policial a efectos de aguardar la resolución del magistrado. En esa situación es posible que el damnificado concurra a la comisaría a formular su denuncia, con lo que pueden suscitarse dos situaciones: que el policía le exhiba directamente al joven detenido (con lo cual viola lo establecido en el artículo 75 literal A del CNA) o que ambos se crucen en dicha dependencia involuntariamente. Estas situaciones son muy frecuentes y condicionan al damnificado en un momento emocional que no es el mejor.

En consecuencia, aunque con posterioridad en sede letrada se realicen los reconocimientos prestando las garantías del debido proceso, este estará viciado de nulidad por lo anteriormente expuesto, y debe ser impugnado en la primera instancia procesal de que disponga la defensa, la que debe ejercer el control procesal que corresponde y velar por los intereses de su patrocinado y del proceso.

En la forma narrada anteriormente estos “reconocimientos” son violatorios del artículo 76 numeral 3 del CNA, que establece en forma clara que “Las pruebas se diligenciarán en audiencia con las garantías del debido proceso...”. Es por ello que la defensa debe estar alerta frente a este tipo de prácticas irregulares y debe impugnar ese tipo de “reconocimiento” como prueba determinante que involucre o condene al patrocinado. Aunque no exista reglamentación de cómo se deben realizar los reconocimientos, se

deben guardar garantías mínimas al indagado, como lo señala Cafferata Nores: “Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas, exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación a ellas será considerado ilegal y por ende, carezca de valor para fundar la convicción del Juez”.³

Jurisprudencia

Como jurisprudencia y a efectos de ilustrar la deficiente actuación de los operadores jurídicos con referencia al tema que se está abordando, se cita el expediente 204-159 - 2006 tramitado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Pando de segundo turno. En el referido expediente apelé la sentencia n.º 71 /06, que condenó a mis dos patrocinados como autores inimputables de un delito de rapiña, y se les estableció como pena la internación por el término de 10 meses en dependencias del INAU (a pesar de que el Ministerio Público había solicitado 24 meses).

En este proceso se tuvieron como medio de prueba principal los reconocimientos realizados por los damnificados a mis patrocinados (quienes niegan los hechos), con la particularidad de que los reconocimientos fueron realizados en la sede policial exhibiendo directamente a las víctimas los supuestos implicados, instrucción realizada y coordinada por el juez seccional como competencia de urgencia. Cuando llega el expediente al Juzgado Letrado, lejos de observar esta irregularidad, dispone dos reconocimientos más (así los llama), en los que reitera el horror procesal antes referido al exhibir directamente mis dos defendidos a las víctimas, aunque esta vez con la presencia de la defensa y del Ministerio Público.

Apelé la sentencia referida por considerar ilegal la obtención e incorporación de la prueba (reconocimientos), y solicité la absolución de mis patrocinados, quienes al momento se encontraban internados en el INAU. El Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno, por sentencia n.º 235 de fecha 25 de octubre del 2006, hizo lugar a los argumentos expuestos por la defensa y absolvió a mis patrocinados.

Si bien la absolución obtenida es una satisfacción para el defensor, las pautas que fija el Tribunal en la referida sentencia con respecto a la forma en que deben realizarse los reconocimientos son invalorable y de

³ Cafferata Nores, o. cit., p. 12.

enorme trascendencia. En la referida sentencia, el ministro redactor Dr. Pérez Manrique manifiesta: “Es por ello que existen y se han desarrollado estándares mínimos para que un reconocimiento tenga aptitud para incriminar a una persona”, y cita a la Dra. Lucía Colombino,⁴ la cual establece una serie de requisitos que se debe cumplir en los reconocimientos para reducir la subjetividad de esta prueba.

En tal sentido, el Dr. Pérez Manrique señala: “El mismo debe cumplir los siguientes requisitos a criterio de la autora: 1) no debe ser conducido el reconocimiento por el investigador, sino por el Ministerio Público; 2) deben participar por lo menos 6 personas desfilando, lo preferible es entre 8 y 10; 3) el ideal es que los integrantes del elenco sean ciudadanos comunes y no se conozcan previamente; 4) el desfile debe realizarse en lugar bien iluminado; 5) debe estar presente el Defensor del indagado; 6) todos los participantes deben ser del mismo sexo, altura, color, raza, de la misma condición social; 7) deben ser vestidos de manera semejante; 8) si el sospechoso tiene algún defecto físico deberá ser ocultado el mismo a los reconocimientos, 9) previamente debe pedirse al testigo descripción del delincuente, para control de la Defensa en el acto del desfile; 10) el sospechoso podrá elegir en qué lugar ubicarse y podrá optar por cambiar de lugar a los reconocimientos por sucesivos testigos; 11) los testigos no deberán ver fotos del sospechoso; 12) conveniencia de realización previa de un desfile en blanco; 13) los testigos realizarán su observación y comentario identificatorios por separado y no se comunicarán entre sí durante el procedimiento; 14) solo se hará hablar a los integrantes del desfile a pedido de los testigos, en cuyo caso deberán decir lo mismo; 15) registro detallado de lo ocurrido, tomándose nota de las declaraciones de cada testigo y se tomará una foto en colores del desfile”.

En la práctica, tanto en el derecho penal como en el derecho penal juvenil, de estas 15 pautas o requisitos, en los reconocimientos generalmente solo se cumplen tres, los señalados con los números 5, 9 y 15, por lo cual la valoración de esta prueba debería ser considerada con cautela, ya que no se le garantiza al indagado su objetividad.

Sin lugar a dudas, estas 15 pautas señaladas por la Dra. Lucía Colombino deberían ser exigidas en el derecho penal juvenil y reglamentadas en un cuerpo normativo para garantizar los derechos del joven sometido al reconocimiento.

4 Lucía Colombino, *El reconocimiento de las personas en los Estados Unidos*, RUDP, pp. 292 a 314, citada en Sentencia n.º 296 de fecha 25/10/2006 del Tribunal de Apelaciones de segundo turno.

Conclusión

Los tribunales deben tomar los recaudos correspondientes para que se realicen los reconocimientos en forma, respetando todos los estándares manejados anteriormente. El establecer los medios de prueba admitidos y su regulación en los cuerpos normativos que regulan el proceso penal juvenil es imprescindible para otorgar mayores garantías a los indagados. Por su parte, la obligación de la defensa en las situaciones irregulares referidas es impugnar el medio de prueba obtenido e incorporado de manera ilegal cuando no se respetan estándares mínimos que garanticen los derechos de los jóvenes o mayores indagados.

Bibliografía

CAFFERATA NORES, José (1986): *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires.

COLOMBINO, Lucía: *El reconocimiento de las personas en los Estados Unidos*, RUDP.



Adolescentes y acceso a la justicia

Gabriela Brunetto Fontan¹

Acceso a la justicia. Generalidades

Acceso a la justicia es la posibilidad real de toda persona de acudir al sistema jurisdiccional para hacer valer sus derechos cuando son vulnerados o existe peligro de serlos y obtener respuestas efectivas. Partiendo de este concepto todo Estado de derecho debe garantizar a sus habitantes el debido acceso a la justicia, como medio idóneo para resolver sus contiendas cuando los métodos pacíficos de autocomposición no han logrado sus objetivos.

Desde esta óptica el acceso a la justicia es un instrumento de paz social, de autosatisfacción de las necesidades o intereses de los sujetos de una comunidad, un instrumento que en algunos casos previene y en otros otorga soluciones a problemas sociales o individuales. Dicho en otras palabras, los individuos son más sanos y las sociedades más justas en la medida que logran niveles más altos de acceso a la justicia.

El acceso a la justicia es un derecho humano básico de todo individuo como herramienta fundamental y mecanismo de ejecución de los derechos

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Defensora pública en la materia familia, violencia doméstica y procesos judiciales de protección de niños/as y adolescentes, en Ciudad de la Costa, departamento de Canelones.

fundamentales del ser humano, tanto derechos de primera generación (como son los derecho a la vida, a la libertad e igualdad), como derechos de segunda generación (derechos sociales, económicos y culturales).

Distintos niveles de acceso a la justicia

Cuando se habla de la posibilidad del sujeto de derecho de acceder a la justicia, se deben reconocer diferentes niveles o etapas de acceso:

1. En primer lugar, el individuo debe tener la información necesaria respecto de qué derechos posee, cuáles derechos son los que por su condición de sujeto de derecho el Estado debe reconocer, respetar y garantizar. En este primer nivel es muy importante el papel que juega la educación curricular y extracurricular de una sociedad, así como también la situación económica, social y cultural que los individuos tienen en una sociedad.

2. En un segundo nivel se puede considerar la posibilidad del sujeto de visualizar cuando un derecho está siendo vulnerado. Este punto está muy relacionado con el anterior, dado que en la medida que el sujeto cuente con más información mayor es su posibilidad de apreciar las conductas que vulneran sus derechos. Pero en este nivel me refiero a la posibilidad real y concreta del sujeto de apreciar si se respetan o no sus derechos. Para ello se debe distinguir: a) situaciones propias del sujeto, b) circunstancias propias del sujeto pero en relación con el medio en el que vive, c) consideraciones propias de la comunidad o sociedad en la que vive el individuo y que lo condicionan.

La edad es una circunstancia propia del individuo que incide directamente en su condición de visualización de la vulneración; también lo son la capacidad intelectual y las diferentes aptitudes del individuo. Pero estas variables intrínsecas no pueden valorarse en forma aislada de la realidad social en la que vive el individuo. Así vemos como un niño o adolescente de determinado nivel socioeducativo tiene más posibilidades de captar si se vulneran determinados derechos que otro niño o adolescente que vive en un nivel social más deprimido si sus necesidades básicas no son cubiertas o no vive en un núcleo familiar adecuado. En relación a las consideraciones propias de la sociedad que determinan directa o indirectamente la posibilidad de visualización del individuo, se puede destacar, por ejemplo, la aceptación por

gran parte de la sociedad de la utilización de medios violentos de corrección por parte de los padres a sus hijos, así como tratos humillantes justificados con el ánimo de “educar” a sus hijos. Cuando estos métodos son utilizados y socialmente aceptados como válidos, hasta en algunos casos como necesarios, se da la naturalización de estas conductas por parte de quienes las aplican, de quienes las sufren y también de los demás sujetos que pacientemente son testigos de ellas.

Algo similar ocurre en el caso de la vulneración de derechos de la mujer víctima de violencia doméstica. En la medida en que la sumisión de la mujer respecto del hombre continúe aceptándose expresa o tácitamente por la sociedad, va a ser más difícil para la mujer poder “darse cuenta” cuando está siendo víctima de una situación de violencia familiar, más cuando esta violencia es psicológica o patrimonial y no solo física.

3. En tercer lugar, la sociedad debe brindar las herramientas necesarias para que el sujeto que sufre vulneración de derechos pueda acudir a la institución competente para revertir esta situación. El órgano jurisdiccional debe estar al alcance del individuo. En esto juega un rol fundamental la defensa pública como herramienta principal de acceso a la justicia para aquellos sujetos que carecen de posibilidades económicas de acceder a una defensa privada.

En nuestro país poseemos una defensa pública consolidada a través del tiempo que abarca todas las materias en toda la República. Esta es una gran fortaleza de nuestro sistema de justicia; es una realidad poco común en Latinoamérica, aunque hay que reconocer las importantes debilidades que posee, principalmente por la escasez de recursos materiales y humanos que el Estado le proporciona.

4. En cuarto lugar, para decir que un Estado tiene un adecuado nivel de acceso a la justicia debe ofrecer una justicia real, eficaz, altamente capacitada y especializada, para que las resoluciones adoptadas sean acordes a derecho e idóneas para reparar el daño, salvaguardar el derecho o decidir lo más justo de acuerdo a la equidad y al ordenamiento jurídico. Las normas que garantizan los derechos de las personas deben ser respetadas dentro del proceso judicial, para otorgar las debidas garantías para todas las partes, y brindar una solución técnica adecuada y en un tiempo razonable. De nada sirve llegar a una solución judicial justa pero extremadamente tardía que no logra la satisfacción de

las partes. La especialización es de particular importancia en el tema de la infancia. Sin operadores jurídicos especializados, operadores profesionales técnicos también especializados e infraestructura adecuada para recibir al niño o adolescente en el ámbito judicial la actuación jurisdiccional, lejos de lograr el objetivo de salvaguardar su derecho, puede llegar a una doble vulneración o victimización secundaria.

5. En quinto y último lugar el Estado debe ofrecer los mecanismos para hacer efectivas las resoluciones judiciales, mecanismos eficaces de ejecución de las sentencias.

Acceso a la justicia. Nuestra realidad

Hoy en día en nuestro país no podemos dudar de que existe legislación nacional e internacional al menos suficiente para decir que nuestro Estado otorga el derecho de acceso a la justicia a los individuos de nuestra sociedad. Sin perjuicio de que esta sea la realidad teórica, no todos los sujetos de la sociedad pueden acceder de hecho a la justicia de la misma manera.

Muchas son las causas que determinan este divorcio entre la normativa jurídica y la realidad social que llevan a concluir que el acceso a la justicia no existe plenamente para muchos de los habitantes de nuestra República. No necesitamos ser técnicos, ni juristas, ni operadores del propio sistema judicial para darnos cuenta de que gran parte de las situaciones de vulneración de derechos no llega siquiera a los ámbitos judiciales. Factores sociales, económicos y culturales hacen que paradójicamente quienes más sufren vulneración de derechos no concurren a reclamarlos.

Si bien Uruguay es un país que más allá de sus escasos recursos económicos cuenta con importantes ventajas geográficas, climáticas y demográficas que facilitarían el acceso de los sujetos a la justicia, cada vez más se ve que muchos sectores sociales no logran satisfacer sus derechos a través del sistema judicial. Esto se debe a varias y diferentes razones, entre ellas, a mi juicio la primordial, la exclusión social.

Con una parte de la población cada vez más empobrecida, muchos sectores han llegado a estar marginados y como tales excluidos de la sociedad. De hecho, no acceden a la educación, ni acceden a la salud. No cuentan con trabajos formales y por ende carecen de los beneficios

sociales que de ellos derivan, por lo que difícilmente puedan reclamar a los órganos judiciales cuando un derecho es vulnerado.

La exclusión social continua en el tiempo por varias generaciones lleva a la triste resignación de los excluidos de aceptar tácita y pacientemente la propia exclusión, sin poder tomar conciencia de ella. Del mismo modo, a nivel social se da la naturalización de esta penosa realidad por parte del resto de la sociedad que tiende también a aceptarla como una realidad social normal e irreversible.

No solo la exclusión y la pobreza crónica explican el difícil acceso a la justicia por parte de determinados sectores sociales; hay otros factores que también inciden en la posibilidad de acceso de los individuos, factores que surgen de las propias características de los sujetos, como son la edad, el género, su religión o la etnia en determinadas culturas.

La edad es una variable importante en términos de evaluar la posibilidad de acceso a la justicia de los individuos, ya sea la corta o la avanzada edad son determinantes para condicionar la posibilidad de acceder a la justicia. La corta edad coloca al individuo en una situación de mayor vulnerabilidad que al sujeto de edad adulta. Cuanto menor es la edad, mayor es la situación de vulnerabilidad y menor la posibilidad de acudir en forma personal y autónoma para reclamar un derecho vulnerado. Si se piensa en un ser de meses de vida o muy pocos años se ve su imposibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, posibilidad que va adquiriendo progresivamente a medida que va creciendo, adquiriendo autonomía y madurez y va siendo más conciente de sus propios actos y del mundo adulto que lo rodea. Por ello es tan importante destacar que el sujeto de derecho niño o adolescente es un sujeto especial, con características propias y variables en función de su edad y maduración personal, que como tal debe valorarse jurídicamente.

¿El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia es una herramienta para mejorar el acceso a la justicia de la población menor de edad?

La interrogante refiere a si la ley 17.823 consagra elementos importantes que deberían valorarse como un avance para lograr el acceso a la justicia de la población menor de edad. En primer lugar, entiendo relevante

señalar que el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) no es un conjunto de normas que emana al mundo jurídico de la nada, por obra y gracia exclusiva de la acción parlamentaria nacional. Este nuevo Código es el resultado de la adecuación de normativa internacional que recoge un nuevo concepto de los niños y adolescentes, que establece un nuevo paradigma en la materia. Asimismo, es el resultado, como toda norma jurídica, de la adecuación de una realidad social a la realidad normativa. Hoy en día no tenemos el mismo concepto de niñez y de adolescencia, hoy en día la realidad familiar también ha evolucionado, con cambios positivos y negativos, pero definitivamente no es la misma; más de dos mil años la separan del concepto “pater familia” del derecho romano. La realidad actual demuestra una mayor democratización familiar, los niños y adolescente tienen acceso a información que antes no tenían, estos cambios obligan a que la normativa se adecue, se adapte y se reglamente en consecuencia.

Un papel muy importante ha tenido y continúa teniéndolo la sociedad civil en el cambio de esta concepción y dentro de la sociedad civil las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales que luchan por la difusión y el respeto de los derechos de la niñez y la adolescencia. Es un trabajo altamente positivo, ya sea en su contacto directo con el niño y su familia, en su labor educacional, con el auxilio técnico al sistema judicial, con la promoción de capacitación de los operadores, entre otros importantes aportes.

Dentro de los elementos positivos que consagra el CNA que podemos calificar como “conectores” entre el niño y adolescente y la justicia se pueden mencionar:

1. La posibilidad de que el niño o adolescente pueda acudir directamente a la justicia a hacer valer sus derechos, sin la necesidad de hacerlo a través de un representante legal (artículo 8 del CNA) debe valorarse como un elemento positivo de acercamiento entre el sujeto y la justicia. Este artículo, que ha sido tan cuestionado por su redacción y que trae como consecuencia diferentes interpretaciones respecto a la posición procesal del niño o adolescente, hay que considerarlo como la pieza fundamental, primaria y principal de conexión entre los niños y adolescentes y la justicia del CNA.
2. El derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial en el que se deciden cuestiones importantes de su vida (artículo 8 del CNA) también supone un nivel mayor de acceso a la justicia para estos sujetos.

3. Este derecho a ser escuchado, establecido en el mencionado artículo para todos los procedimientos judiciales en los que se deciden cuestiones atinentes al niño y adolescente, se refuerza más aún con normativas expresas para determinados procedimientos en los que se exige escuchar al niño o adolescente, tales como juicios de tenencia (artículo 35 literal C del CNA), juicios de visitas (artículo 32 n.º 2 del CNA), procedimiento judicial de separación definitiva (artículo 133 del CNA), procedimiento de adopción (artículo 139 n.º 2 del CNA), juicios de pérdida de patria potestad (artículo 207 del CNA).
4. El deber del juez de tomar en cuenta la opinión del niño y del adolescente, es decir, no solo el deber de escucharlo, sino también de tomar en cuenta su opinión, a mi juicio es un avance también muy importante y exige tácitamente la obligación del magistrado de fundamentar su resolución cuando esta es contraria a la opinión del niño. Si bien no es una fundamentación exigida a texto expreso, parece desprenderse de un análisis lógico y armónico del espíritu del legislador. Si la ley exige que se escuche al menor de edad y que el magistrado tome en especial consideración su opinión, parece una actitud responsable que de no compartir lo solicitado por el niño o adolescente se fundamenten los motivos para ello, como forma de acreditar por parte del propio juez que cumplió con lo requerido por la ley.
5. La posibilidad de reconocer a los hijos por parte de los púberes de acuerdo al artículo 30 del CNA y la posibilidad de reconocer de los padres impúberes con autorización judicial.
6. La exigencia del consentimiento del adolescente en determinados actos jurídicos de sus padres que repercuten en la identidad, como son la exigencia del consentimiento para usar el apellido de su progenitor reconociente cuando se reconoce a un adolescente (artículo 32 del CNA).
7. La consagración de una acción de amparo específica para la niñez y adolescencia (artículo 195 del CNA). La acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes se rige por la ley 16.011, la ley de Amparo de nuestro país, y también por las disposiciones establecidas en el CNA. En ellas se admite la especialidad de la acción, se amplía la legitimación activa de quienes podrán promoverla y se flexibilizan los requisitos de admisibilidad, con la finalidad de que sea una acción más ágil y con un muy amplio ámbito de protección de los derechos y libertades de los niños y adolescentes.

Conclusiones

En términos generales se podría concluir que el nuevo CNA es un elemento positivo como vehículo conductor entre la población menor de edad y la justicia. Si bien como lo expresara anteriormente esta nueva concepción de los niños y adolescentes como sujetos activos de derecho no es obra exclusiva del CNA, los operadores jurídicos debemos reconocer que principalmente a partir de su vigencia la posición de los niños y adolescentes ante el proceso ha cambiado sustancialmente.

Anteriormente era impensable que un niño declarara ante un juez en un proceso de familia en el que se decide su tenencia, visitas o pérdida de patria potestad. Hoy su presencia es preceptiva.

También era impensable que el niño o adolescente tuviera una asistencia letrada propia distinta a la de sus representantes legales en juicios en los cuales no existe una contienda entre el niño y el representante legal, sino tan solo quizás distintas pretensiones aunque no opuestas.

Antes era impensable que un niño o adolescente se presentara ante un juzgado o ante una seccional policial a denunciar la vulneración de un derecho, hoy se ve frecuentemente.

Tiempo atrás frente a la infracción de una ley penal era un sujeto inimputable, hoy se habla de adolescentes responsables de una conducta tipificada como delito por la ley penal. Hoy se habla de responsabilidad penal juvenil.

Indudablemente, y sin explayarme ampliamente en este tema porque excedería el objeto de este trabajo, el CNA y la reglamentación internacional en materia de niños y adolescentes han modificado los conceptos tradicionales de capacidad de nuestro Código Civil. Hoy debemos aceptar que hay una nueva concepción de la capacidad en materia de niños, niñas y adolescentes, en atención al concepto de autonomía de la voluntad progresiva de estos sujetos, lo que obliga a la especialización en la materia de la niñez y adolescencia y desde esa especialización estudiar los nuevos criterios de capacidad, dentro del nuevo paradigma en la materia.

A mi juicio es de destacar la importancia primordial de la especialización de la justicia en materia de niños y adolescentes. Especialización que abarca a los jueces, Ministerio Público y a la defensa pública y privada. Sin una justicia especializada en niños y adolescentes, el acceso por parte

de ellos a una resolución judicial, técnica, real y eficaz es imposible de lograr en términos óptimos.

Reflexiones

El acceso a la justicia cobra hoy en día un interés primordial y es objetivo específico de determinados responsables de la organización de la sociedad civil. Muchas son las razones que motivan a estudiar este tema, entre ellas la inquietud de los operadores jurídicos al constatar que a muchos sectores de la población no les es fácil acceder a la justicia y a algunos les es imposible.

No puede concebirse una democracia sin la garantía fundamental de que posee los mecanismos para hacer efectivos los derechos que todo Estado reconoce a los individuos. Mecanismos estos que deben ser idóneos para lograr su objetivo, es decir, no solo pueden estar previstos en forma teórica, sino deben ser una opción real para acudir a ellos. En otras palabras, no alcanza con que una sociedad reconozca el derecho a la libertad, a la propiedad o al trabajo si no posee los órganos jurisdiccionales para acudir en caso de que estos no sean respetados, y además los medios idóneos y efectivos para acudir a ellos.

Para que la sociedad sea realmente una sociedad democrática que consagre el derecho de igualdad de todos ante la ley, además de poseer los mecanismos para hacer valer los derechos cuando estos son vulnerados, es fundamental que estos mecanismos puedan ser utilizados por toda la población, sin distinción de raza, credo, sexo o situación económica.

Finalmente, si bien el CNA es un elemento positivo, conjuntamente con los diferentes instrumentos internacionales, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, considero que no solo estos instrumentos logran el acceso a la justicia de nuestra población menor de edad. Si bien es altamente positivo que se dicten normas que reconozcan derechos y otorguen mayores posibilidades para su ejercicio, la realidad muestra que para que sean garantizados y cada vez menos vulnerados es necesario mucho más que estos instrumentos legislativos. Estas normas deben ser acompañadas de la creación de infraestructura necesaria para que puedan cumplirse en forma adecuada, así como también de políticas sociales activas tendientes a terminar con la exclusión social, lograr la satisfacción de las necesidades de la sociedad a través de medios legítimos y dignos

para sus habitantes. La ejecución de prácticas a nivel institucional de reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes deben hacer sentir parte responsable de la sociedad al sujeto desde su niñez, y abolir las viejas concepciones discriminantes, excluyentes y peyorativas de los individuos menores de edad, ya sea a nivel familiar, educativo, tanto curricular o extracurricular, medios de comunicación masivos y culturales.

Si queremos como sociedad una niñez y adolescencia responsable, empecemos por comprender esta etapa de la vida del ser humano y exijamos del mundo adulto su comprensión, respeto, valoración y participación.



Límites de la actividad del curador de niños y adolescentes según el artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia en los procesos de familia

Carlos Montesano¹

El acceso a la justicia es considerado por la doctrina que estudia el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho más importante, en tanto permite a la persona proteger los demás derechos que tiene. Ha sido considerado “como el requisito más básico —el ‘derecho humano’ más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”.²

El concepto de acceso a la justicia puede ser considerado desde varios puntos de vista diferentes, a saber: a) el acceso propiamente dicho, o sea la posibilidad de contar con los medios para llegar al Juzgado, b) la disponibilidad de un buen servicio de justicia, esto es, la obtención de un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial, c) la posibilidad de sostener el proceso completo y d) el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos, y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación

1 Defensor público de familia de Montevideo.

2 Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 12-13.

del Estado de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos penales como civiles.³

El acceso tiene un doble significado. Birgin y Kohen sostienen que:

“en un sentido amplio se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, los órganos o los poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar social y económico.

Por otro lado, el acceso a la justicia también incluye el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia”⁴

Si bien los cuatro puntos de vista están estrechamente vinculados, los dos primeros serán los analizados en el ámbito de los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Familia y de Familia Especializada de Montevideo y los Juzgados con igual competencia en el interior del país.

Nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia legisla en su artículo 8 las formas que tienen los niños y adolescentes de proteger y exigir la protección de sus derechos. Existe dentro de los operadores del derecho una confusión acerca de los límites y funciones que debe tener quien asista a un niño o adolescente en su presentación ante los Juzgados Letrados de Familia de la capital o de los Juzgados Letrados del interior. Se ha dudado de su función, y se los ha definido y se los define como auxiliares de los jueces, con funciones limitadas meramente a emitir opiniones para favorecer a la toma de decisiones, sin importar mayormente la defensa de los intereses de su representado. Así existen casos en la actualidad en los que el juez duda y en definitiva se vuelca por la negativa a dar traslados sobre recursos interpuestos por la parte actora o demandada, o existen casos en que los defensores dudan si es procedente recurrir cuando la sentencia no va a ser recurrida por las otras partes o el Ministerio Público, con lo que se niega la calidad de parte a su representado.

Los Tribunales de Apelaciones de Familia han intentado esclarecer la confusión, al afirmar:

“Es un Defensor no un auxiliar de la justicia como sostiene el recurrente. Para el caso de haberse querido designar un auxiliar de la

3 Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006, pp. 19 y 20.

4 *Ibidem*, p. 20.

justicia sería preferible a efectos de determinar lo más conveniente para el sujeto involucrado un asistente social o un psicólogo.

Como el niño o adolescente es un sujeto de derechos, cuyos derechos están en situación de eventual amenaza o vulneración, en la urgencia requiere de un Defensor que lo represente y patrocine, no de un consejero o auxiliar de la Justicia.

Por eso el Tribunal le concede traslado de las actuaciones y le reconoce legitimación para recurrir como sucede en el recurso en despacho.

De lo contrario sería un tercero de intervención preceptiva, cuya actuación estaría indefinida por la ley, no tendría posibilidad de recurrir, reconocida a título expreso al Ministerio Público en tal rol por el art. 29.2 del CGP" (sentencia 246/2006, Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno).

También se ha interpretado por los dos Tribunales de Apelaciones cómo debe ser la representación de un niño o adolescente en el marco del artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Por el primer inciso del artículo, se ha dicho que "el niño y adolescente puede acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos y para ello, debe comparecer, preceptivamente con asistencia letrada" (sentencia 259/2007, Tribunal de Apelaciones de Familia de primer turno).

Aquí son de precepto, como es recogido por los Tribunales, las disposiciones que sobre el particular legisla el artículo 37.1 del Código General del Proceso para la comparecencia de cualquier persona ante los Juzgados. En cuanto al segundo numeral se ha dicho que:

"No es preceptiva, en cambio, la designación de Curador, la procedencia de dicha designación debe ser analizada por el Juez de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto: el tenor del artículo 8 es claro en este sentido al establecer 'cuando fuere pertinente' expresión que razonablemente, refiere a la valoración de la procedencia de dicha designación.

Se nombra a un Curador con una finalidad específica: para que represente y asista al niño o adolescente en sus pretensiones" (subrayado original).

Existen, entonces, dos formas de actuación conforme al artículo 8: por un lado, en el ámbito del artículo 117 del CNA, el abogado-defensor asiste a la declaración o fija posición sobre las medidas dispuestas cuando hay vulneración o riesgo de derechos de sus representados, por otro, el abogado-curador.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de primer turno ha manifestado respecto de las primeras actuaciones en familia especializada: “Según ha sostenido el Tribunal en estas ‘primeras diligencias’ —que tienen por finalidad la adopción de las ‘más urgentes e imprescindibles medidas’— no se requiere la designación de Curador, no solo porque, atento a la naturaleza de los derechos involucrados, se debe actuar con la mayor celeridad sino, en especial, porque no se plantea una pretensión sino una denuncia” (subrayado original) (sentencia 63/2007).

La práctica en los Juzgados Letrados de Familia de Montevideo y del interior con competencia en materia de familia indica situaciones diversas. Así, luego de realizada una actuación al amparo del artículo 117 del CNA en un juzgado con competencia de urgencia, hecha la remisión a los Juzgados de Familia, estos muchas veces asumen competencia y archivan previa vista fiscal y en otros designan defensor dando una vista para luego ordenar el archivo, una vez cumplidas las medidas que vienen dispuestas desde el juzgado que remite el expediente. Algunos, luego de asumir competencia y dar vista al Ministerio Público sobre la posibilidad de medidas concretas, designan defensor, vigilan el cumplimiento de las medidas y disponen a su vez, en algunos casos, nuevas medidas complementarias a instancias de los interesados.

Como curadores, la mayoría de las veces la actuación de los profesionales ante los Juzgados Letrados de Familia o Juzgados con esta competencia en el interior viene a consecuencia de la designación que realizan los jueces, de oficio, a instancias del Ministerio Público o a petición de parte. También podría darse que el propio niño o adolescente concurra a solicitar los servicios de un profesional, aunque la práctica indica que esta hipótesis es poco frecuente.

La cuestión a resolver es cuáles son los límites que tiene la actuación del curador, no ya del defensor, para actuar en el juicio.

Muchas veces los intereses del padre o la madre no coinciden con los de sus hijos. Aunque no sean contrapuestos, los intereses de los niños pueden ser diversos a los de uno o los dos progenitores.

Aquí radica la confusión que lleva a tantas dudas a los operadores del derecho en general: pasar de la concepción de la *doctrina de la situación irregular* a la *doctrina de la protección integral*, que, en otros términos, es pasar de una concepción de los *menores* como objeto de

tutela y compasión/represión a una concepción que considera a niños y jóvenes como sujetos de derecho, significa que esa persona tiene derechos (derecho a que las visitas no interfieran sus relaciones personales, derecho a que se tenga en cuenta su opinión en cuanto a con quién quiere vivir, etc.).

La actividad del curador en juicio, siempre y en forma independiente del momento en que deba comparecer a defender derechos, está limitada solamente por las reglas del debido proceso, teniendo a su disposición todas las herramientas procesales que el Código General del Proceso pone a disposición de los litigantes. Si se analiza desde esta perspectiva, nadie puede dudar de que en un proceso, en el que por ejemplo esté en juego cualquiera de las obligaciones emergentes de la patria potestad, se debe permitir a quien ejerce la defensa del principal interesado, objeto y fin último de las actuaciones, que conteste, pida pruebas, alegue, recurra, etc. Sostener una posición diferente lleva incluso a la violación del artículo 8 de nuestra Constitución.

Los artículos 4 y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, ubicados dentro de los principios generales, remiten al lector para la interpretación e integración del Código a la Constitución y demás leyes nacionales, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por ley. Además, el artículo 67 reproduce parte del artículo 5 de la ley 15.750, ubicado en el Capítulo I sobre Jurisdicción y Competencia: manifiesta que los tribunales no pueden excusarse de actuar aun en los casos de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, aunque como viene de verse, ninguna de estas situaciones se plantea aquí.

Corresponde mencionar algunos principios normativos que se deben tomar en consideración cuando se habla acerca de la defensa de los niños y adolescentes.

El principio de legalidad se encuentra establecido en el artículo 18 de la Constitución y está estrechamente vinculado al principio del debido proceso legal establecido en el artículo 12 del mismo texto. Autores como el Dr. Enrique Tarigo,⁵ al estudiar los principios del proceso civil, dicen que los principios que rigen el proceso no se configuran en forma aislada, sino que se dan en forma complementaria, ya que los principales implican dentro de sí otros principios importantes.

5 Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, capítulo 3, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 61-74.

Dentro del principio de legalidad se encuentra incluido el principio de preclusión, que significa, sintéticamente, que los actos procesales deben ser cumplidos en la etapa procesal pertinente, por lo que no se puede volver atrás para subsanar las omisiones ocurridas. Esto viene a colación porque de no designarse curador al principio de las actuaciones la defensa se restringe, ya que precluye la posibilidad, por ejemplo, de eventualmente pedir pruebas.

Otro principio que informa el proceso civil, y también de raigambre constitucional, es el principio de igualdad procesal de las partes. Como se dijo, los derechos a proteger pueden estar o no en consonancia con lo pedido por la parte actora o la demandada. Lo que no puede el curador es establecer un litisconsorcio con una de las partes. Podrá eventualmente, porque las opciones no son ilimitadas, coadyuvar a una solicitud, pero no en tanto sea beneficioso para el progenitor o familiar, sino a partir de la conveniencia de su representado, escuchada su opinión de ser posible, o con el asesoramiento técnico necesario.

Siempre y en todo caso deberá darse la garantía al niño o adolescente de que será escuchado dentro del desarrollo del proceso si su evolución lo permite. Al decir de Ferrajoli, garantía como equivalente a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

No puede haber dudas en cuanto al alcance de la actuación de los profesionales si se tienen presentes los principios descritos y el texto del artículo 8, ni para los abogados ni para los fiscales y magistrados. Así podrá, quien sea designado como defensor de un bebé cuyos derechos estén en riesgo, pedir pruebas, apelar, etc. Asimismo, el juez que luego de recibir la contestación de la demanda, por ejemplo en un juicio de tenencia, designara curador, debería dar el traslado de los dos escritos con el plazo para contestar la demanda.

La nueva realidad que se ha instalado en todos los países que han modificado sus legislaciones ajustándolas a la Convención sobre los Derechos de Niño requiere que quienes intervienen en los asuntos en los que están en juego derechos fundamentales de niños y adolescentes deban reexaminar tradicionales conceptos de derecho interno a la luz de las nuevas concepciones.

Los procesalistas enseñan que el principio constitucional de igualdad de las partes se trasunta al ámbito procesal en el principio de bilateralidad.

Ahora vemos que esa definición debe por lo menos ser reexaminada y ajustada a la calidad de sujetos de derechos de los niños y adolescentes.

Pero tan importante o más que lo señalado es la necesidad de apuntar a una especialización entre los operadores de derecho para llegar a cumplir a cabalidad con el espíritu de la Convención recogido por el Código.

Precisamente esa fue una las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas le hizo al Estado uruguayo durante el año 2007 en ocasión de la presentación de los informes periódicos a cargo de nuestro país: “22. Además, el Comité alienta al Estado Parte a redoblar sus esfuerzos para impartir sistemáticamente programas de formación y/o sensibilización adecuados sobre los derechos del niño a los grupos profesionales que trabajan con niños o para estos, en particular los agentes del orden, así como los parlamentarios, jueces, abogados, funcionarios de salud, maestros y directores de escuela, u otros según proceda”.

Sensibilizar y capacitar en forma sistemática son medios para brindar un adecuado acceso a la justicia para obtener en definitiva la satisfacción plena e integral de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y en nuestra Constitución.

Por su parte, la recomendación 33 expresa: “El Comité recomienda al Estado Parte que siga promoviendo, facilitando y poniendo en práctica (...) en los procedimientos judiciales y administrativos, el derecho del niño a ser escuchado, respetando las opiniones del niño y su derecho a ser escuchado en todos los asuntos que lo afecten, de conformidad con el artículo 12 de la Convención (...). En particular, el Comité señala que el derecho a la asistencia letrada no debería privar al niño de su derecho a ser escuchado”.

Al principio del trabajo se mencionó que el acceso a la justicia puede ser visto desde varios puntos de vista. El último de ellos era que cualquier persona tiene derecho a conocer sus derechos y a conocer las vías para ejercerlos, con la consiguiente obligación de parte del Estado de brindar los medios necesarios para que ello ocurra.

En la gran mayoría de los departamentos esa función queda, casi en forma exclusiva, a cargo del Servicio de la Defensa Pública. En Montevideo, si bien los porcentajes son altos, existen otros servicios, como las

organizaciones no gubernamentales que brindan asesoramiento legal o los consultorios universitarios, que mitigan los porcentajes mencionados.

En parte, entonces, el acceso a la justicia queda garantizado para quien requiera asistencia legal. Pero lo que aún está en el debe es la calidad de esa asistencia, y eso nos lleva al concepto de capacitación.

Debería buscarse mecanismos de capacitación para estos grupos de profesionales, incluyendo además integrantes del Ministerio Público y magistrados, que en definitiva lleven naturalmente a la especialización de los operadores que asisten niños y adolescentes, para lograr mejor calidad en la defensa para los usuarios del servicio, y cumplir con un buen acceso a la justicia.

Quizás, una de las mejores definiciones de acceso la haya dado Ligia Bolívar, directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, en ocasión de la conferencia ofrecida en el marco del XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (31 de julio al 11 de agosto de 2000), y que fuera editado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: “Por último, quisiera repetir una frase del ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia que nos lleva a la reflexión: ‘que el acceso a la justicia no es un problema técnico, no es un poder llegar a un tribunal. El acceso a la justicia significa salir adecuadamente de ese lugar’. Entonces, no se trata solamente de entrar, sino, sobre todo, de salir bien, con prontitud, con equidad y, por supuesto, con una decisión justa”.⁶ Esa es la tarea que debemos encomendarnos quienes trabajamos en este ámbito.

6 Ligia Bolívar, “Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones”, en *Revista IIDH*, vol. 32-33, San José, 2001, pp. 71-91.

Bibliografía

- BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz (comps.) (2006): *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires.
- BOLÍVAR, Ligia (2001): “Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones”, en *Revista IIDH*, vol. 32-33, San José.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant (1996): *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México.
- TARIGO, Enrique E. (1994): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria.



**Una mirada a la práctica
de la defensa jurídica en la actualidad.
Ventajas y desventajas
del sistema de justicia para la infancia.
Con especial atención a una zona
cercana a la capital:
Pando, departamento de Canelones**

Beatriz Cristina Aristimuño De Angeli¹

Introducción

Para analizar la defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes, tanto en lo que atañe a la materia penal juvenil como a las situaciones de derechos vulnerados que recoge el Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823, en adelante CNA), en primer lugar se debe reconocer la existencia de las distintas realidades en la organización del Poder Judicial debido a que el ejercicio práctico de la defensa está estrechamente vinculado a esta situación.

En efecto, no es lo mismo el sistema que ha instaurado el Poder Judicial para el departamento de Montevideo que el que existe en el interior, y en este, también es distinto el del interior cercano (la zona metropolitana, donde se ubica el objeto de este análisis) que el del interior más profundo.

En Montevideo se cuenta con juzgados especializados tanto para el llamado sistema penal juvenil (Juzgados de Adolescentes Infractores) como en materia de derechos vulnerados de niños/as y adolescentes, o cuando estos vulneran derechos de terceros (Juzgados de Familia Especializados).

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, defensora pública en la ciudad de Pando (departamento de Canelones), integrante y docente del Grupo "Derecho y Género" de la Facultad de Derecho (UDELAR), integrante de la Red Temática Universitaria de Estudios de Género, integrante de la Mesa Interinstitucional de la Trata de Personas y Migraciones.

También existe una defensa especializada tanto en una como en otra materia (aun cuando los defensores de familia especializada tienen también competencia en violencia doméstica).

En el resto del país la especialización en estas materias no existe (a nivel de Juzgados y de la defensa), sino que se superpone con otras: tal es el caso de la materia penal juvenil, que es competencia de los jueces penales de adultos, y de todo el resto de las situaciones previstas en el CNA que son competencia de los Juzgados de Familia donde los hay, o de lo contrario de los Juzgados con múltiples competencias (civil, laboral, familia y violencia doméstica).

Esta falta de especialización en el interior del país también tiene efectos distintos según se trate del interior profundo o del área metropolitana, ya que en esta el cúmulo de situaciones que se dan en los juzgados es similar en cantidad al que se presenta en los Juzgados Especializados de la capital. El trabajo de los defensores, en su función primordial que es la de ejercer la defensa jurídica, también se ve influenciado por esta falta de especialización.

Es así entonces que, en este marco de la organización del Poder Judicial, quien es defensor en materia de familia también lo es en todas las situaciones del CNA, así como penal juvenil, familia y violencia doméstica. Y también está "solo": atiende las consultas, confecciona los escritos, procura sus expedientes y concurre a las audiencias. Es poco el tiempo que le queda para estudiar, perfeccionarse, comunicarse con otros colegas. Además, para algunos defensores del interior las distancias son fundamentales, los cursos son habitualmente en Montevideo, por lo que debe trasladarse a su costo y dejar su lugar a cubrir por otro colega.

Esto hace que la defensa jurídica, a pesar de la buena disposición del defensor en cuestión, en la práctica no pueda realizarse tal como se debiera o como lo merecen los defendidos. Tanto los niños y adolescentes que han visto vulnerados sus derechos como los que son responsables de haber vulnerado derechos de terceros merecen un defensor que disponga de tiempo y conocimientos suficientes para ejercer una **defensa digna**.

No es posible que un defensor se encuentre en una audiencia de Familia (divorcio, por ejemplo) y se le esté llamando para asistir a un adolescente que ha incurrido en una infracción, o a un niño que ha visto sus

derechos vulnerados; muchas veces es difícil para el defensor salir de una audiencia y entrar en otra con una problemática totalmente distinta, lo que implica ubicar el problema, entrevistarse con su asistido, planear la estrategia de la defensa con los familiares o referentes adultos, asistir a la audiencia y estar atento a la resolución judicial, analizando en el momento si es necesario recurrirla o no, para una mejor defensa.

El sistema penal juvenil

Como no existe una justicia especializada en todo el interior del país, los magistrados que entienden en esta materia son los jueces letrados con competencia en penal. Estos, por lo general, consideran que las situaciones infraccionales de adolescentes son “temas menores” y le prestan menos atención que cuando se trata de adultos. Esto dificulta el ejercicio práctico de la defensa, puesto que en muchos casos no le es posible al defensor entrevistarse previamente con el adolescente ni con sus familiares, y es habitual también que no se tenga acceso a las actuaciones ya llevadas a cabo hasta el momento mismo en que el adolescente “entra a la audiencia”, la que debería ser “SU AUDIENCIA”, con mayúsculas, porque todos tenemos derecho a nuestro “día ante el Tribunal”.

En esta audiencia, tal como lo impone el CNA en su artículo 76.2, deben estar presentes el magistrado, el Ministerio Público, el adolescente y su defensor. En muchos casos, y especialmente si se está sustanciando en ese mismo momento una denuncia en la que están involucradas personas mayores de edad, en la audiencia está presente el fiscal o el juez, pero no los dos. Sí lo está la defensa, puesto que se cumple con lo preceptuado, y además se han impugnado de nulidad audiencias en las cuales el adolescente carece de defensa.

Cuesta a veces pensar en los paradigmas de que todo niño y adolescente es un sujeto de derecho y como tal debe ser respetado, al igual que lo que debe primar es su interés superior, cuando el juez no está presente todo el tiempo en “su” audiencia, sale, entra y cuando regresa pregunta lo mismo que ya se respondió, sin que sea relevante el tema.

También en reiteradas oportunidades se ha visto por parte de los defensores que tanto jueces penales como fiscales “aceleran” el proceso de adolescentes infractores para disponer de mayor tiempo para resolver situaciones en las que se encuentran involucrados adultos. Quizás

en lugares distantes de la capital, donde las infracciones cometidas por adolescentes son menos comunes, esta forma de trabajo no sea tan perjudicial, pero en la zona metropolitana, en el interior cercano, donde las audiencias para esclarecer las situaciones infraccionales son de igual número a las de Montevideo, esta falta de atención en debida forma se torna violatoria de los más elementales principios que introdujo el CNA, ya que se continúa ceñido a los principios de la doctrina de la situación irregular tuteladora y represiva.

En la zona escogida para el presente análisis, con una competencia territorial extensa y superpoblada, y aun cuando los defensores hemos acordado con los jueces letrados con competencia en penal juvenil que para la protección de los derechos de los adolescentes y para desempeñar mejor nuestra labor, dándole las mayores garantías al proceso, aquellos no deben ser interrogados por los jueces de paz seccionales, sino que deben derivarse al Juzgado Letrado, en algunas ocasiones hemos visto que esto no sucedió. Se interrogó al adolescente en el Juzgado Seccional mientras se realizaba la instrucción debido a que también había adultos involucrados en los hechos; pero el adolescente fue interrogado sin defensor y sin sus padres o responsables, o al menos un referente adulto de su confianza. Lo mismo ha ocurrido en las seccionales policiales del área.

En estos casos la defensa podrá actuar diligentemente solicitando la nulidad de dichas actuaciones, pero si se ocasionó un daño este no tiene reparación y, por otra parte, esa actuación es violatoria de los derechos del adolescente, y fuera de toda la protección que la normativa internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Directrices de Riad) establece.

De igual forma la policía no respeta los derechos de los adolescentes cuando en un mismo “móvil policial” traslada a adultos y a menores de edad a una u otra Sede Judicial. Tampoco se respetan los derechos de los adolescentes cuando en Sede de los Juzgados Letrados con competencia Penal a los “menores peligrosos” se los aloja en el carcelaje conjuntamente con los adultos que fueron conducidos a la misma Sede, por el mismo o distinto asunto.

Aun cuando la defensa observe estas situaciones en la audiencia y deje constancia en el acta, es frecuente que al poco tiempo vuelvan a repetirse, y siempre hay excusas para ello: carencia de móviles policiales para efectuar los traslados, inasistencia de los defensores a las audiencias en los

Juzgados Seccionales (no se puede estar en el Letrado y en el Seccional en forma simultánea, y más cuando las distancias son importantes).

Tal como ya se señaló, en la mayoría de los casos el defensor carece del tiempo mínimo para entrevistarse con su defendido (artículo 74.G del CNA) y planear la estrategia de la defensa, no hay acceso previo a la denuncia o comunicación policial al juez, quien sí la tiene de antemano, al igual que el fiscal.

Se trata una vez más de una desigualdad entre las tres partes del proceso y una dificultad para ejercer la defensa en debida forma.

Asimismo, no es habitual que cuando el adolescente se encuentra detenido en la Seccional Policial, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 76.1 del CNA, se le informe de los cargos que pesan en su contra, de los motivos de su detención, del derecho a tener un defensor así como a comunicarse con su familia, por lo que se viola el principio de libertad y comunicación.

Niños y adolescentes con derechos vulnerados o que han vulnerado derechos de terceros

En relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes que vulneran derechos o que ven sus derechos vulnerados, el procedimiento es más respetuoso de los derechos de los involucrados. Siempre se les designa un defensor que les asista en juicio, generalmente un defensor público, puesto que en la mayoría de los casos se trata de familias carentes de recursos y por tanto imposibilitadas de abonar los honorarios de un letrado.

En ambos casos, tanto en situaciones del sistema penal juvenil como en las previstas en los artículos 117 y siguientes del CNA, se carece por parte de las sedes de un equipo técnico multidisciplinario que pueda intervenir antes, durante e incluso después de la audiencia, para facilitar o aportar al trabajo del defensor.

De la forma en que se trabaja, la defensa muchas veces se transforma en un “asesor” de “conductas sociales”, de utilización de los recursos que puede proporcionar la sociedad, por lo que queda postergada su función específica de asesoría en materia de derecho.

Cuando se trata de niños y adolescentes cuyos derechos se encuentran vulnerados es menos frecuente que se reciba su declaración ante los Juzgados Seccionales si la denuncia se efectuara ante ellos, pero por el contrario si son aquellos los que vulneran derechos de otras personas, y especialmente si se trata de personas ajenas a su círculo familiar, en ocasiones se recibe su declaración con la presencia de alguno de sus padres o de un referente adulto.

La defensa en estos casos se ejerce solamente ante los Juzgados Letrados con competencia de Familia, y no ante los de Paz Seccionales, por lo que, nuevamente, el daño ocasionado no puede revertirse, deberá el defensor ver la forma de resarcirlo ejerciendo la defensa adecuada a la situación.

Ventajas y desventajas del sistema de justicia para la infancia

En primer lugar, corresponde aclarar que en este capítulo se comprenderán las ventajas y desventajas de ambos procesos: el Penal Juvenil y el de las situaciones del artículo 117 del CNA.

En cuanto a las ventajas cabe destacar que la defensa tiene en su mano legislación tanto internacional como nacional en la que se establecen las normas mínimas para la protección de los intereses de sus asistidos que es el fundamento de toda su actuación. El defensor, tanto en uno como en otro proceso, tiene entre una de sus funciones la de controlar si se cumple o no con las normas del debido proceso, y en caso de constatar que ello no ha sido así podrá exigir su cumplimiento, ya sea en audiencia o recurriendo luego la resolución judicial, utilizando los mecanismos que establece el Código General del Proceso.

En lo que respecta a las situaciones comprendidas en el artículo 117 del CNA, que se tramitan en los Juzgados Letrados de Familia, los jueces no comienzan la audiencia sin que se designe defensor al niño o adolescente, que por lo general, como ya se dijo, es un defensor público (funcionario del Poder Judicial). En la ciudad de Pando hay tres defensores con esa competencia que trabajan en régimen de turnos decenales (artículo 66.4 del CNA). Incluso, dado que el defensor que se encuentra de turno también lo está en violencia doméstica y en adolescentes infractores, los magistrados efectúan la designación en audiencia y tienen la deferencia de esperar al defensor.

Pero esta situación también tiene sus desventajas, puesto que en la mayoría de los casos el defensor no cuenta con tiempo suficiente para internalizarse de la situación, hablar con su asistido y, si hubiere referentes familiares, hacerlo con ellos también.

Se carece, además, de las debidas comodidades para la entrevista con el niño o adolescente, no existe un lugar reservado para ello en el local de los Juzgados, sino que muchas veces la información es proporcionada en la sala de espera de las sedes, donde el ruido, el movimiento de las personas que allí se encuentran y la reticencia del niño o adolescente a hablar hacen perder la calidad técnica que la defensa debería tener. De esta forma, la entrevista se transforma en una situación de revictimización y por más que el defensor se esfuerce en brindar protección desde lo jurídico, la realidad supera al derecho.

Son necesarios equipos técnicos apropiados que puedan entrevistar al niño o adolescente y proporcionar a la audiencia y al defensor información que posibilite una mejor defensa. No existe en Pando un equipo interdisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras) que puedan apoyar o facilitar el trabajo de la defensa, por lo que el Poder Judicial no ha cumplido con lo dispuesto en el art. 66.3 del CNA que establece la instalación de estos equipos.

En varias oportunidades se recurre y solicita la colaboración de técnicos del INAU de la ciudad, pero que también se encuentran desbordados de trabajo, y no siempre pueden concurrir a las audiencias. De igual forma se les derivan situaciones para que realicen pericias a niños o adolescentes o informes sociales en los domicilios. En otros casos las personas a periciar son derivadas al Instituto Técnico Forense, pero en la mayoría de los casos, si no se les proporciona locomoción, tanto niños o adolescentes como adultos no concurren puesto que carecen del dinero suficiente para el pasaje a Montevideo, con lo que se frustra entonces todo el trabajo realizado y se impide el ejercicio de una “buena defensa”.

Entre las desventajas del trabajo de la defensa debe señalarse que el INAU no cuenta con un lugar donde niños o adolescentes puedan ser alojados en forma provisoria, tanto cuando han incurrido en una infracción como cuando sus derechos han sido vulnerados, por lo que deben trasladarse a veces por horas a hogares de Montevideo. Además, no cuenta con locomoción propia, lo que significa una complicación al momento de

realizarlo, puesto que se depende de que la Seccional de la zona preste su colaboración.

Por otra parte, no existen en la zona organizaciones no gubernamentales que puedan colaborar con la función jurisdiccional y en especial con el trabajo de la defensa, puesto que no existen mecanismos para que luego de impuesta una medida pueda efectuarse su seguimiento, y ello es tanto para el caso de niños o adolescentes con derechos vulnerados así como adolescentes que han incurrido en conductas infraccionales.

Esta situación impide a la defensa solicitar que se recurra a las sanciones no privativas de libertad, lo que determina que muchas veces se adopte una medida cautelar de internación en dependencias de INAU cuando podría evitarse.

Conclusiones

Desde la defensa se entiende que la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823) es un desafío importante para el Estado en general y para el Poder Judicial en particular, pero es necesario realizar mayores esfuerzos para lograr una justicia equitativa y permitir una defensa jurídica digna, como se merecen niños y adolescentes en una u otra situación.

Para ello es necesario:

1. una justicia especializada desde los magistrados a los defensores en cada lugar del país (con especial énfasis en las zonas donde la densidad de población es mayor) y con la debida capacitación, así como locales apropiados para llevar a cabo tanto la función jurisdiccional como la defensa;
2. equipos técnicos que puedan apoyar la labor del magistrado y la del defensor;
3. control desde el Poder Judicial del cumplimiento estricto de las funciones de los distintos magistrados, a fin de evitar lo que se ha detallado respecto a los interrogatorios a niños y adolescentes así como su revictimización;
4. control por parte del Estado de otros operadores como la policía del cumplimiento de sus funciones, para evitar los interrogatorios y los

traslados en un mismo “móvil” de niños o adolescentes y adultos imputados de delitos;

5. proporcionar al INAU de un hogar de acogida diurno y nocturno para los niños y adolescentes que deben permanecer por unas horas.

Por último y como conclusión personal: mientras el Poder Judicial no tome debidamente conciencia de las condiciones en que se trabaja en zonas densamente pobladas, como la señalada en este trabajo, y no cumpla con las directivas que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, así como toda la restante normativa internacional, y en especial lo que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia, el ejercicio de una defensa jurídica plena es imposible, y entonces no habrá soluciones sino parches a un problema.



II

Apuntes para
la reflexión jurídica

Interpretación del derecho y discurso jurídico, y sus implicancias en el sistema penal juvenil

Gianella Bardazano¹

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 que alberga 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.

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.² El objetivo latente

1 Doctora en derecho y profesora de Filosofía del Derecho.

2 Pedro Haba, "Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25, 2002, p. 507.

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 tópicos³ 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.⁴ Ha señalado García Amado 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”⁵

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

3 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 (Russell Tomlin y otros, “Semántica del discurso”, en Teun A. van Dijk, *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*, 1.ª edición, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 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.

4 Haba, o. cit., p. 508.

5 Juan Antonio García Amado, “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”, en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 170 y ss.

se contribuye a encubrirlas “mediante sus modos (...) de exponer la normativa jurídica: ‘mito básico’,⁶ ‘naturalezas’ jurídicas y esencialismo en general”.⁷ 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 solo 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 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”.⁸

En efecto, el punto de vista del formalismo dogmático ha resultado desafortunado en su aptitud descriptiva del papel del intérprete, por lo

6 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 solo 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, o. cit., p. 507).

7 *Ibidem*, p. 508.

8 García Amado, o. cit., pp. 170 y ss.

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 arquetípico y el más próximo 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”.⁹

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”.¹⁰

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 solo, y no tanto, de la legislación, sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisdiccional.¹¹ 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 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

9 Perfecto Andrés Ibáñez, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial y ausencia del formalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 15-16, 1994, p. 870.

10 *Ibidem*, p. 864.

11 Es la posición de Guastini (en Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999 y Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa, México, 2001) y de la mayor parte de la teoría analítica contemporánea.

noción de norma—,¹² 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,¹³ y que ese margen irreductible de imprecisión no ha repercutido en la concepción de los juristas de postular el ideal de certeza. Solo 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)”.¹⁴

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”.¹⁵

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 las mismas. El hecho de que los jueces invoquen tales normas y criterios como fundamento de su resolución no significa que efectivamente

12 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).

13 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 Manuel Calvo García, “La voluntad del legislador. Genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3, 1986, p. 113).

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

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".¹⁶

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".¹⁷

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

¹⁶ Manuel Segura Ortega, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 104.

¹⁷ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 168-169.

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”.¹⁸

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”.¹⁹ 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 las prácticas”.²⁰

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 disposiciones²¹ y las decisiones concretas que afectan a los individuos y, por tanto, en la naturaleza creadora de los aplicadores²² del derecho.

18 Segura Ortega, o. cit., p. 104.

19 Vittorio Villa, “Constructivismo y teoría del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999, p. 296.

20 *Ibidem*.

21 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.

22 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 solo 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.

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 solo de los propios textos, sino también de otras variables,²³ en atención a las cuales el intérprete-aplicador opta.²⁴ 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.²⁵

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

23 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.

24 Haba, o. cit., p. 515.

25 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'" (García Amado, o. cit., p. 194).

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 perspectiva 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 Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA),²⁶ 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”.²⁷ 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”.²⁸

¿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 esquiva la cuestión de la responsabilidad práctica de la función judicial o de cualquier aplicador en relación con el impulso del progreso del Estado

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

27 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 4.

28 *Ibidem*, p. 5.

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.²⁹ Hay involucrada voluntad y no solo 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,³⁰ 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 decisores³¹ 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 Convención sobre los Derechos del Niño

29 Haba, o. cit., p. 526.

30 *Ibidem*, p. 525.

31 *Ibidem*, pp. 525-526.

(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,³² 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,

“... 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”.³³

Conforme la directiva reseñada,³⁴ algunos elementos³⁵ 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 niño³⁶ (artículo 3 de la CDN y artículo 6 del CNA). Al ser las normas el

32 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 (Miguel Cillero Bruñol, “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, 1999).

33 Haba, o. cit., pp. 528-529.

34 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.

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

36 Las deficiencias de la formulación lingüística legal (observadas acertadamente por Luis Pedernera, 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*

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:

“... en los Estados modernos los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando las decisiones de una forma bien conocida. Esta y solo 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 solo son importantes las razones jurídicas aceptables y públicas, porque solo 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”.³⁷

Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay, FCU, Montevideo, 2004, p. 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 niños, niñas y adolescentes.

37 Aulius Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 8, 1990, pp. 26-27.

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. Plantaremos el panorama teórico al respecto, para lo cual vamos a seguir la presentación de Isabel Lifante.³⁸

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.³⁹

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.⁴⁰

“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”.⁴¹

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

38 Isabel Lifante Vidal, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25, 2002.

39 *Ibidem*, p. 414.

40 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 153.

41 Lifante Vidal, o. cit., p. 415.

casos fáciles y difíciles,⁴² 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.⁴³ Este último es el caso de Dworkin,⁴⁴ 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 guían la toma de las decisiones.⁴⁵

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.⁴⁶ Lifante elabora su concepto de discrecionalidad a partir de las nociones fundamentales que subyacen a la mayoría de las caracterizaciones al respecto, esto es, las nociones de libertad, indeterminación del derecho y poder.⁴⁷ Respecto de la libertad,

42 Esta distinción entre casos fáciles y difíciles está relacionada con la característica del derecho que Hart denomina *textura abierta* (Hart, o. cit. p. 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 (Hart, o. cit., p. 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.

43 Lifante Vidal, o. cit., p. 415.

44 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.

45 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 85.

46 Lifante Vidal, o. cit., p. 415.

47 *Ibidem*, p. 421.

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.⁴⁸ 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. 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.⁴⁹ 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).⁵⁰

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

48 Lifante Vidal, o. cit., p. 429.

49 *Ibidem*, pp. 430-432.

50 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" (Lifante Vidal, o. cit., p. 437).

hemos dicho, 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 sentencia⁵¹ y en el artículo 87 del CNA.⁵² 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).

Cité anteriormente la opinión de Zaffaroni⁵³ 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:

“... 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”.⁵⁴

51 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.

52 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.

53 Zaffaroni, o. cit., p. 5.

54 Carlos Uriarte, *Privación de libertad, vulnerabilidad y derechos humanos*, inédito, 2005.

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 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”.⁵⁵

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.

⁵⁵ Jorge Larrosa, “La dificultad de lo propio (La lectura como ruptura de la lengua en Hölderlin y Heidegger)”, en *La experiencia de la lectura: estudios sobre literatura y formación*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 499.

Bibliografía

- AARNIO, Aulus (1990): “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 8.
- CALVO GARCÍA, Manuel (1986): “La voluntad del legislador. Genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “Infancia, autonomía y derechos”, en *Derecho a tener derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo.
- DWORKIN, Ronald (2002): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996): “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”, en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, Ricardo (2001): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa, México.
- HABA, Pedro (2002): “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25.
- HART, H. L. A. (1994): *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (1994): “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial y ausencia del formalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 15-16.
- KELSEN, Hans (1986): *Teoría pura del derecho*, UNAM, México.
- LARROSA, Jorge (2003): “La dificultad de lo propio (La lectura como ruptura de la lengua en Hölderlin y Heidegger)”, en *La experiencia de la lectura: estudios sobre literatura y formación*, Fondo de Cultura Económica, México.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25.
- PEDERNERA, Luis; SALSAMENDI, Javier y SILVA BALERIO, Diego (2004): “Principios fundamentales, políticas sociales e institucionalidad en el Código de la Niñez y Adolescencia”, en URIARTE, Carlos (coord.), *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU, Montevideo.
- SEGURA ORTEGA, Manuel (1998): *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid.

- TOMLIN, Russell y otros (2000): "Semántica del discurso", en VAN DIJK, Teun A., *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*, 1.^a edición, Gedisa, Barcelona.
- URIARTE, Carlos (2005): *Privación de libertad, vulnerabilidad y derechos humanos*, inédito.
- VILLA, Vittorio (1999): "Constructivismo y teoría del derecho", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2002): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.



Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia¹

Susana Falca² y Fabián Piñeyro³

Introducción

En los últimos años, la problemática de la seguridad ciudadana se ha instalado en la agenda del debate público como uno de sus asuntos centrales. Desde los más diversos lugares de la sociedad se clama por un incremento de la punibilidad, que es visualizada como el único instrumento eficaz para dar respuesta a este tema, con especial énfasis en la rebaja de la edad de imputabilidad penal, el incremento de las penas y la disminución de las garantías.

La sociedad parece asolada por una legítima pero por momentos también llamativa preocupación por la temática de la seguridad pública. Si se analizan los elementos o factores que pueden explicar la centralidad que ha adquirido la cuestión de la seguridad en el debate público, y sin entrar a juzgar hasta qué punto esta sensación refleja o no una realidad fáctica, seguramente los factores determinantes de este fenómeno derivan de los profundos cambios operados en el ámbito de la cultura que se procesaron durante el último tercio del siglo XX.

1 Artículo publicado en la *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 11, UNICEF, Santiago de Chile, octubre de 2009.

2 Abogada, maestranda, Diploma de Especialización en Derechos de Infancia y Políticas Públicas, Universidad de la República, Uruguay. Consultora de UNICEF.

3 Procurador. Aspirante a profesor adscripto, Cátedra de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

La crisis de la racionalidad práctica, tal como fuera concebida desde los albores de la modernidad, ha desencadenado la emergencia de una pluralidad de discursos y de prácticas morales al interior de cada sociedad. El relativismo moral imperante y una aparente explosión de heterogeneidad cultural, que impactaron en sociedades que han venido transitando por un proceso de deterioro en los niveles de inclusión social, han tenido el efecto de exacerbar los niveles de fragmentación social. Estas condiciones han propiciado el crecimiento del sentimiento de desconfianza hacia el otro, el diferente, el que —por pertenecer a otro grupo social— podría ser titular de una normatividad distinta y, por tanto, es objeto de temor y deja de ser un semejante, titular de los mismos derechos fundamentales. En este contexto emerge la figura del sujeto peligroso, aquel del que la sociedad siente que debe preservarse, y resurge el manido principio de la defensa social.

En este contexto, las formulaciones clásicas del derecho penal de acto se encuentran en franco repliegue frente a las arremetidas de nuevos y viejos conceptos criminológicos, característicos del denominado derecho penal de autor. Adquieren una posición predominante conceptos tales como el de peligrosidad y alarma social, que no se corresponden a fenómenos fácticos empíricamente constatables, sino que forman parte del universo de las percepciones subjetivas, zona en la que los discursos mediáticos tienen un elevado nivel de incidencia. De esta forma, los mass media adquieren un rol fundamental en los procesos cognitivos, mediante los cuales la sociedad elabora la problemática de la inseguridad ciudadana.

En este marco cultural, pautado por la relativización de los juicios morales que provoca una extrema sensación de inseguridad y de anomia por parte de las personas, la sociedad busca que en el plano jurídico se formulen las normas que posibiliten y organicen la convivencia social y que vengán a suplir el papel que otrora cumplía la moral en la regulación. Extensos territorios de lo social, que antes eran regulados exclusivamente por la normatividad moral, ahora son invadidos por el derecho, fenómeno conocido como el inflacionismo jurídico, una de cuyas más notorias manifestaciones es el incremento de las conductas punibles.

La fuerte demanda social por “seguridad” ha determinado la aparición del denominado derecho penal simbólico. Los operadores políticos promueven y sancionan reformas legislativas que reflejan su preocupación y atención por la problemática, como respuesta a la demanda de un público aquejado por una aguda sensación de inseguridad, cuya etiología

ya señaláramos en párrafos anteriores, hipersensibilizados, además, por discursos articulados por los medios masivos de comunicación, en los que se expresa que la única respuesta adecuada para disminuir los niveles de inseguridad pública es el incremento de las sanciones y la restricción de muchas de las garantías trabajosamente establecidas en el marco del arduo proceso de construcción del Estado de derecho.

En estas circunstancias no llama la atención la aparente confusión de buena parte de los operadores políticos uruguayos respecto a la supuesta impunidad de los adolescentes frente al delito, algunos de los cuales propugnan la rebaja en la edad de imputabilidad penal y otros el establecimiento de un proceso penal para los adolescentes. Ambos desconocen la existencia de un proceso de atribución de responsabilidad penal específico, aplicable a los adolescentes entre los 13 y los 18 años de edad, vigente en el país desde setiembre de 2004, fecha en que se aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay (CNA).

Paradójicamente, la sanción del CNA, que fue el instrumento legal por el que se estructuró el proceso de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes, se visualizó como la consagración de la impunidad de los adolescentes. En él se estableció, además, un régimen sancionatorio específico para aquellos adolescentes que hubieran infringido la ley, que da, en cierta medida, cumplimiento al mandato constitucional que en su artículo 43 dispone que "... la delincuencia infantil sea sometida a un régimen especial...", que contempla la especificidad óptica del fenómeno, derivada de la condición de sujetos en desarrollo, y establece el deber al legislador de consagrar esa especialidad en la ley.

El concepto de peligrosidad

La original intención garantista, que inspirara la instauración de este sistema de atribución penal específica, no resultó finalmente consagrada en el texto legal por la inclusión en él de disposiciones que atribuyen amplias facultades discrecionales a los magistrados, tanto para disponer la privación de libertad de los adolescentes imputados de la comisión de un hecho ilícito, como para prolongarla en base a un juicio de peligrosidad, tal como aparece preceptuado en el artículo 86 y en el inciso tercero del artículo 91 del CNA que a continuación se transcriben:

"Artículo 86: Las medidas de privación de libertad solo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas".

“Artículo 91: (Duración de las medidas de privación de libertad). La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años.

En ningún caso el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanece sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos.

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” (el subrayado es agregado).

Esta última disposición es la positivación jurídica de una concepción criminológica sustentada en las más grotescas tergiversaciones, formuladas respecto de dos grandes construcciones del pensamiento occidental: el positivismo y el evolucionismo Darwiniano.

Entendemos necesario dedicar unos párrafos a la explicitación de los lineamientos teóricos conceptuales, centrales, de la doctrina criminológica de la que se desprende la teoría de la peligrosidad, dada la vitalidad que manifiesta, no solo en el plano normativo, sino como inspiradora de una serie de prácticas imperantes en el ámbito judicial, y que, en nuestro concepto, muchas veces son efectuadas por los operadores del sistema sin que resulte para estos evidente que están contribuyendo a la reproducción de un sustrato teórico que contraviene los más esenciales principios del derecho.

El último tercio del siglo XIX vio surgir en el horizonte intelectual europeo un cuerpo teórico que intentó dar cuenta de los acontecimientos sociales a través de la enunciación de un conjunto de leyes que —como las físico-naturales— gobiernan la vida de los hombres en la comunidad. Así, estos teóricos intentaron explicar el fenómeno del delito a través de la caracterización del uomo delincente.

Dentro de estas construcciones teóricas se destaca, por sus profundas repercusiones en el campo de la teoría criminológica y penal y por haber inspirado un conjunto de reformas a la legislación penal sancionadas en los umbrales del siglo XX, la denominada antropología criminal de Cesare Lombroso. La fuerte influencia de esta corriente se aprecia en la inclusión de normas referidas al establecimiento de amplias escalas penales, de medidas de seguridad eliminativas, de circunstancias agravantes o atenuantes de carácter subjetivo, de la reincidencia, así como en la aparición

de institutos procesales penales tales como la prisión preventiva, y la libertad provisional y condicional.

Para Lombroso existe un grupo de individuos en la sociedad que está genéticamente determinado al delito; este tipo de sujetos —reconocibles para este autor por sus rasgos atávicos— evidencia de manera palmaria el travestismo teórico de Lombroso. El *uomo delinquente* es un ser genéticamente primitivo, que no ha culminado el proceso evolutivo que desembocó en la especie humana. El acto delictivo pasa a ser una conducta a la que un grupo de personas está fatalmente determinada. Entonces, el foco de atención se desplaza del acto hacia el sujeto. El objeto central de la ciencia criminológica será el de determinar cuáles son los sujetos peligrosos y cuáles serán las medidas que la sociedad ha de tomar para protegerse de ellos.

Para los seguidores de la denominada escuela positiva, la sociedad ha de protegerse frente a estos individuos a través de las sanciones penales, básicamente la reclusión y la eliminación física, entre otras. Lo que la sociedad en definitiva sancionará será al ser y no al quehacer.

No se necesita embarcarse en un ejercicio de reflexividad ética muy acusado para detectar la atrocidad moral de esta doctrina y su distancia abismal con el universo de lo jurídico. El derecho es una de las partes de la normatividad cuyo objeto es el establecimiento del deber ser, lo que se manifiesta en la determinación de las conductas debidas por las personas.

El derecho juzga las acciones; si un individuo está determinado irremediablemente al delito no se le puede exigir una conducta distinta, por tanto, no se le podrá juzgar como un infractor a las normas sociales, y así enervar la posibilidad de formular el juicio de culpabilidad. La normatividad social y la jurídica están concebidas a partir de que los individuos son libres de determinar su conducta en uno u otro sentido.

La función de la justicia penal es la de establecer si un sujeto, actuando a plena conciencia y voluntad, ejecutó una conducta prohibida. Esta es también la función de la justicia penal juvenil, en la cual se han de juzgar acciones imputables a un adolescente, pasibles de un reproche de culpabilidad. No es función de la justicia ni de la pena perseguir la reforma del individuo, a pesar de que este principio de reforma es el que mayoritariamente

se invoca como la finalidad perseguida por la sanción penal, con particular énfasis en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Como consecuencia de la aplicación del concepto de la peligrosidad, un sujeto pasa a ser sancionado no por lo que hace, sino por lo que es, sustentado en un pronóstico de probabilidad delictiva. De esta manera, se convierte el acto delictivo en un mero síntoma.

Desde su misma cuna helénica, el pensamiento moral y jurídico de occidente ha venido formulándose a partir de algunos ejes modulares. Uno de estos se refiere a que no se puede sancionar aquella conducta que no es el resultado de la libertad humana. Y, como expresara Aristóteles, libertad existe cuando hay conciencia y voluntad, frase cuyos ecos aún se escuchan en el campo de la moderna doctrina jurídica y que sirvieron de fundamento a los artífices de la teoría penal en su formulación clásica (Becaría, Kant).

La impregnación que la teoría de Lombroso ha tenido sobre los institutos penales contemporáneos, así como en la praxis cotidiana de los operadores judiciales y técnicos auxiliares de la justicia, es fácil de observar: ¿Quién en el ejercicio de la profesión no se ha encontrado con informes elaborados por técnicos criminólogos —psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales— en los que se da cuenta, por ejemplo, de que el adolescente imputado “usa tatuajes”? Al respecto, Lombroso expresaba que el tatuaje era una manifestación de la insensibilidad del criminal ante el dolor y de su atávico gusto por los adornos.

Una de las manifestaciones contemporáneas más significativas de la teoría de la peligrosidad es la que se conoce como la teoría del derecho penal del enemigo, formulada por Jakob, que parte de una diferenciación subjetiva de dos grupos de personas: los ciudadanos y los enemigos. A los primeros cuando infringen la ley se les aplica el derecho penal común o del ciudadano, porque lleva implícito su posibilidad de rehabilitación. En cambio, los sujetos que conforman la segunda categoría son pasibles de la aplicación de un derecho penal diferente —del enemigo—, caracterizado por la disminución de las garantías, por su eventual aplicación preventiva —medidas de seguridad— y por la extrema severidad de la sanción.

Para los propugnadores del derecho penal del enemigo la condición de enemigo preexiste al ordenamiento jurídico. Por complejas y diversas

circunstancias algunos sujetos que no son visualizados como parte de la sociedad terminan convirtiéndose en enemigos de esta. El derecho penal del enemigo vendría —entonces— a resolver un problema fáctico: cómo se protege la sociedad de sus enemigos. La forma de hacerlo es a través de la eliminación de los sujetos peligrosos, lo que puede implicar la aplicación de la pena capital, la reclusión o medidas de seguridad por tiempo indefinido, entre otras posibles acciones. El propósito que se persigue es, en definitiva, desembarazar a la sociedad del peligro eventual que representan estos sujetos.

Este desdoblamiento del sistema penal tiene un presupuesto, que es la supuesta diversidad ontológica entre los ciudadanos y los enemigos. Estos últimos no serían titulares de los mismos derechos fundamentales de los que son poseedores los ciudadanos, de esta manera se “... tiende a legalizar la posibilidad de privar a seres humanos de su condición de personas”.⁴

Uno de los componentes centrales de la teoría del derecho penal del enemigo es la diferenciación en el tratamiento de un mismo fenómeno, el acto delictivo, cuando este se ha cometido por un ciudadano o por un enemigo de la sociedad. Lo que parece una reminiscencia de la clásica distinción que propugnaba la escuela criminológica positiva entre el delincuente ocasional y el habitual, que entendía a este último como un sujeto que era en sí mismo una amenaza para la sociedad.

Si bien esta teoría a la que nos estamos refiriendo fue construida para abordar el tratamiento penal de terroristas, traficantes o de similar índole, poco a poco se van esfumando las fronteras con los delitos cometidos por las personas individualmente consideradas, tal como lo sostiene Silva Sánchez cuando expresa “el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”.⁵

Toda esta construcción, este verdadero entramado conceptual, que conforma el denominado derecho penal del enemigo tiene como presupuesto

4 Jorge Cerrutti, “Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo. Pensamiento Crítico”, en *Revista Question*, n.º 21 (UNLP), 2009, disponible en <<http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=2788>>.

5 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 2001, segunda edición.

básico la existencia de una categoría de sujeto respecto del cual la sociedad debe defenderse, recoge la teoría lombrosiana del *uomo delinquente* como una categoría subjetiva, ontológica e intrínsecamente diferente del resto de los miembros de la sociedad. Esta formulación es, por cierto, la negación más franca a toda la teoría de los derechos humanos e implica el desconocimiento a un número indeterminado de individuos de su condición de personas, de sujetos de derecho.

Pero con ella no se acaban, por cierto, los signos de vitalidad del concepto de la peligrosidad. Quizá la más fuerte expresión de la teoría de la peligrosidad en la actualidad sea la concepción que la ciudadanía en general se ha elaborado de las garantías penales, a las que visualiza como un mecanismo de protección del delincuente y concomitantemente del delito. Con esto se está expresando que la sociedad entiende que existe un grupo de personas, una categoría de sujetos, que son los delincuentes, y que esta condición existe *per se*, antes de la comisión del ilícito.

En este contexto, y si se pone el énfasis en el específico ámbito adolescente, resulta por demás evidenciable que existe en la sociedad contemporánea una relación conflictual entre el mundo adulto y los adolescentes, en la que estos son visualizados —muchas veces— como “potencialmente peligrosos”, como generadores de violencia y perturbación social. Por lo tanto, los adolescentes devienen en sujetos de los que la sociedad necesita protegerse.

Parece paradójico que este fenómeno se desarrolle en una sociedad en la que el estándar del comportamiento ideal, la forma de ser por excelencia, es el ser adolescente. Quizás se trate de una extraña mueca de ironía de innegable raigambre freudiana, pero resulta por demás plausible pensar que los adultos están rechazando a aquellos que efectivamente son como ellos quisieran ser.

Esta visualización social de la adolescencia como un “estado” en sí mismo peligroso se refuerza cuando la sociedad se enfrenta con los comportamientos de algunos adolescentes, generalmente de aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad social. Frente a ellos la primera respuesta que atina a ensayar la sociedad es la punitiva. A ello concurren una diversidad de factores: uno de ellos es la existencia de discursos contradictorios a nivel de la cultura y otros se deben a desajustes estructurales de nuestras sociedades. En el caso de los primeros, nos

estamos refiriendo a la intensidad y claridad con que la sociedad celebra y ensalza la obtención del éxito económico y social, por un lado, y por otro, la ambigüedad con que la sociedad juzga los procedimientos para el logro de este éxito. En algunos casos acepta sin mayores cuestionamientos procederles reñidos con la moral y rayanos en la ilicitud, más o menos solapada, y, de manera simultánea, reclama una sanción más severa por conductas menos lesivas, que ponen en riesgo bienes jurídicos inferiores.

En el caso de los desajustes de carácter estructural nos referimos a la restricción a la que se enfrentan los adolescentes para obtener —por vía lícita— los bienes de consumo que son presentados por la publicidad como el pasaje a la felicidad.

Estos elementos redundan en la formulación de un mensaje muy ambiguo respecto a los valores que han de orientar la conducta de los miembros más jóvenes de la comunidad, que impacta en ellos con mucha mayor intensidad por su condición de personas en desarrollo.

Esta incapacidad de la sociedad a la hora de formular respuestas a esta problemática diferentes a la punibilidad determina que los distintos operadores del sistema judicial, y particularmente los jueces, no se sientan inmunes al requerimiento social de mayor punición, lo que exacerba las nefastas consecuencias de la aplicación de la teoría de la peligrosidad en el ámbito del sistema penal juvenil.

El concepto de peligrosidad en el derecho positivo uruguayo

La doctrina de la peligrosidad ha servido de inspiración de un amplio abanico de disposiciones penales. Si bien las referencias explícitas al concepto de peligrosidad son relativamente escasas, a modo meramente enunciativo podemos citar los artículos 86 y 92 del Código Penal, el artículo tercero de la ley n.º 15.859, el artículo 328 del Código de Proceso Penal y el inciso tercero del artículo 91 del CNA.

Sin embargo, a lo largo de todo el ordenamiento jurídico penal se denota una fuerte impregnación de la teoría de la peligrosidad, que se refleja en distintos institutos tanto del derecho penal común como del derecho penal adolescente. Por ejemplo, los institutos de la habitualidad, reincidencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, entre otros.

A este respecto, corresponde precisar que en el ámbito de los adultos nuestro sistema penal prevé la posibilidad de aplicar medidas de seguridad eliminativas —artículo 92 del Código Penal— a aquellos individuos que se encontraran en las condiciones que se prevén en el artículo 48 del mismo cuerpo:

“Habitualidad preceptiva. Debe ser considerado habitual el que además de hallarse en las condiciones especificadas en el inciso precedente, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido, y todos los demás antecedentes de análogo carácter. La habitualidad lo obliga al Juez a adoptar medidas de seguridad”.

La puridad teórico conceptual de nuestro legislador penal se expresa aquí sin mácula alguna, y queda en evidencia que dicha disposición fue concebida a partir del concepto de la peligrosidad. El codificador Irureta Goyena, que expresara que iba a limar las aristas más fascistas del código Rocco con la finalidad de adecuarlo a la realidad nacional, fue omiso en eliminar esta disposición que parece de puño y letra de Cesare Lombroso.

Nuestra legislación penal no habilita, por cierto, la imposición de medida de seguridad alguna cuando no se hubiera cometido delito. Sin embargo, cuando un sujeto hubiera, por ejemplo, cometido un delito menor, pero se encontrare en algunas de las hipótesis previstas en el mencionado artículo 48, podrá ser objeto de las medidas de seguridad eliminativas, las que consistirán en la reclusión del individuo. Además, cabe precisar que los autores de delitos imposibles también podrán ser objeto de medidas de seguridad que para el caso el código denomina preventivas (caución de no ofender y vigilancia por parte de la autoridad).

Otro aspecto de nuestra legislación en el que se ve reflejada la teoría de la peligrosidad es en las amplias escalas penales con las que se sanciona cada uno de los tipos penales que conforman la denominada parte especial del código. Esta amplitud de la escala penal determina una verdadera atribución al magistrado de la facultad de precisar en cada caso la sanción específica a aplicar. Para ello, el pretorio deberá analizar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el caso y, por manifiesto imperio legal, deberá tener en cuenta “la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales”.

Todos estos elementos han determinado que a nuestro código penal corresponda clasificarlo como un código híbrido, en el que los elementos conceptuales propios de la teoría clásica centrada en la conducta se entremezclan con elementos provenientes de la denominada teoría positiva, cuyo eje está colocado en la figura del delincuente.

En ocasión de la discusión parlamentaria que culminara con la sanción de la ley n.º 15.859, aprobada el 31 de marzo de 1987, nuevamente se expresó, a través de distintas voces, la fuerte receptividad que la teoría de la peligrosidad con todas sus implicancias ha tenido en el ambiente jurídico nacional. Dicha ley tuvo por objeto establecer un marco regulatorio al instituto de la prisión preventiva, que amplió el elenco de las excepciones al procesamiento con prisión, y otorgó a tales efectos la facultad de no disponer el procesamiento sin prisión cuando concurrieran determinadas circunstancias.

Sin embargo, esta intención de reducir el dictado de prisiones preventivas no resulta contemplada en el texto sancionado, debido a la inclusión del artículo tercero, en el que se estableció que el juez decretará la prisión preventiva cuando el hecho que se le imputare hubiera causado o pudiera causar a juicio del magistrado grave alarma social. A esto ha de adicionarse la expresión que se utiliza en el literal b del artículo 1º —en la redacción dada por la ley n.º 16.058 del 27 de agosto de 1989—, en el que se enuncian algunas de las circunstancias que han de concurrir para habilitar al magistrado al dictado del procesamiento sin prisión; en él se mandata al juez a analizar, entre otros elementos, la personalidad del imputado.

Resultan por demás significativas las expresiones que fueron vertidas por algunos legisladores, y por los representantes de la Suprema Corte de Justicia de la época, quienes expresaron la opinión del máximo órgano del Poder Judicial de la República. A modo de ejemplo se transcriben algunas de ellas:

“La Suprema Corte de Justicia cree —y en ese sentido la opinión es unánime— que, más allá de los tecnicismos jurídicos, tiene que haber una opción para el Juez, en el sentido de que, cuando el hecho cause alarma social, no se decrete la excarcelación inmediata del procesado”.⁶

6 Diario de sesiones de la Comisión de la Cámara de Senadores de la República Oriental de Uruguay, 7/11/1985.

En este mismo sentido se expresaba el autor del proyecto en discusión: “El artículo 3º atiende a lo que la Suprema Corte de Justicia denominó el sentido de justicia de la comunidad ‘la que enfrentada a cierto tipo de hechos puede experimentar una gran alarma social’”. Como se advierte claramente, de estas expresiones se desprende con nitidez y claridad indubitable cuál es la fuente conceptual en la que se nutrieron sus autores, los que se inspiraron en el denominado principio de la defensa social, exaltado por los sostenedores de la doctrina criminológica positiva, que propugnaba que el derecho penal cumpliera la función de defender a la sociedad de los sujetos peligrosos, incluso a costa de cercenar la libertad de estos, sin necesidad de haber determinado en el proceso correspondiente su culpabilidad en un hecho antijurídico.

En este sentido, entendemos por demás pertinente transcribir las consideraciones que, respecto a la inclusión en el proyecto de ley de esta concepción efectuara el legislador Dr. García Costa: “allí se dice que las personas no podrán ser liberadas a pesar de que concurran todos los otros factores, cuando hubieren razones de seguridad pública —nadie sabe lo que es— o se trate de un delito que cause alarma social”. En otro pasaje, este mismo legislador manifiesta su preocupación porque los promotores de esta modificación no lograron aclarar el alcance del concepto de seguridad pública y expresa: “Nos han manifestado que para interpretarla confían en los jueces, porque son demócratas. No desearía ir preso en circunstancias en las que un Juez me diga que voy a quedar en esta situación a causa de la seguridad pública, si antes no sé qué interpretación se le va a dar a ese concepto”.

El derecho penal adolescente no ha escapado a la penetración de la teoría de la peligrosidad. Esto se ha reflejado tanto en las construcciones doctrinarias como en las jurisprudenciales y normativas, desde el momento en que comenzó a formularse en el país un derecho específico del menor inspirado en el paradigma de la tutela de las personas menores de 18 años de edad, caracterizado por el desconocimiento de la condición de sujetos de derecho de los niños y de los adolescentes. Por esta razón se procedía a la aplicación de todo tipo de medidas de control social, que no eran otra cosa que verdaderas sanciones de carácter penal, con la particularidad de que no eran dictadas como consecuencia de un proceso de atribución de responsabilidad. Los objetos de esta tutela eran las personas menores de edad que la ley entendía se encontraban en situación irregular, como los denominados menores abandonados, moral o materialmente, a quienes equiparaba con los menores delincuentes. A los

efectos de dejar en evidencia los fundamentos teóricos-doctrinarios que inspiraron a los codificadores, se transcribe a continuación un pasaje de la exposición de motivos del Código del Niño de 1934:

“La Comisión ha tenido en cuenta, ante todo, que la gravedad del delito cometido no tiene en el caso la mayor importancia; la experiencia demuestra que casi siempre los menores más inadaptables a la vida del hogar y al régimen de los reformatorios, los impermeables a la acción persuasiva y educativa se cuentan entre los vagos, los viciosos, los pequeños rateros...”⁷

Dicha equiparación la establecía el artículo 119 del derogado código. Ambas categorías de menores de edad eran pasibles de las mismas medidas. Resulta ilustrativo transcribir un párrafo de la exposición de motivos de este código, que explicita las razones que llevaron al dictado de la citada disposición:

“... Por lo demás la ciencia moderna acentúa continuamente la tendencia a conceder mayor importancia al delincuente que al delito, porque la práctica enseña que el crimen es un índice engañoso de la temibilidad del criminal; se observa frecuentemente que delitos de escasa entidad objetiva castigados con penas insignificantes denuncian, por la forma y circunstancias en que se han cometido, carencias de sentido moral en sus autores...”⁸

Si el eje principal de atención era el sujeto y no la conducta, entonces qué sentido tiene el establecimiento de un proceso por el cual se determinará efectivamente la participación del menor de edad en un acto antijurídico. La inspiración de esta solución se encuentra también en la legislación de la época, tal como surge de la misma exposición de motivos en la que la Comisión redactora cita al ministro Orlando, quien en una circular emitida a los Tribunales italianos expresaba “... es necesario que el magistrado instructor no se limite a establecer la materialidad del hecho delictuoso sino que proceda a todas las investigaciones que puedan hacer conocer la situación familiar del joven inculpado, el género y condiciones de su vida, los lugares y camaradas que frecuenta, la manera de ser y el carácter de aquellos que ejercen sobre él autoridad paterna o tutelar; los medios eventuales propios de la mala vida...”⁹

7 Exposición de motivos, Código del Niño, 1934, p. 27.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

Todas las normas y formulaciones doctrinarias que hemos recorrido están plagadas de referencias a conceptos tales como temibilidad, alarma social, defensa social, categorías que forman el tronco analítico conceptual de la escuela positiva. La temibilidad era el término que usaba Garófolo para designar aquella condición que era propia de los sujetos peligrosos. El concepto de defensa social se deriva de una reformulación de la teoría de la pena; esta deja de ser concebida como el castigo a una conducta antijurídica para convertirse en un instrumento de defensa social, que ha de desencadenarse como respuesta a la alarma social.

El derecho nacional no ha podido desembarazarse de la pesada rémora que le implica el estar transido por distintas manifestaciones de la teoría de la peligrosidad. La incapacidad para liberarse de este verdadero cuerpo extraño a la justicia y al derecho se manifestó una vez más en la sanción del CNA. A través de este cuerpo legal el país pretendió adecuar su legislación al nuevo paradigma consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Sin embargo, esta teleología resultó —de alguna manera— tergiversada por la inclusión de disposiciones que sorprendentemente en los albores del siglo XXI vienen a recoger conceptos tales como la peligrosidad manifiesta.

La inconstitucionalidad del artículo 86 y del inciso tercero del artículo 91 del CNA. “Nullum Crimen E Nulla Poena Sine Praevia Legge Penale”

El principio de legalidad —elípticamente enunciado— se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Constitución de la República, el cual posee la indubitable significación de consagrar con rango constitucional este principio. El inciso segundo de dicho artículo expresa: “Ningún habitante de la república será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. Por tanto, no resulta tampoco procedente que se incremente la punibilidad de una conducta en mérito de un pronóstico de peligrosidad. La pena a aplicarse no podrá ser otra que la establecida por la ley —en sentido formal y sustancial— por el hecho cometido y no por las características personales del sujeto, las cuales resultan indiferentes al derecho.

Esta indiferencia jurídica de los rasgos de la personalidad de las distintas formas de ser, del pensamiento, de la interioridad misma del sujeto, resulta consagrada a texto expreso en el inciso primero del artículo 10, el

que dice: “las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados”. Este inciso consagra el principio de lesividad: solo podrán ser objeto de prohibición, de sanción por la ley, aquellas conductas que desencadenen un daño efectivo a algún bien jurídico protegido.

El concepto de la peligrosidad es un verdadero cuerpo extraño dentro de la teoría penal. Esta, como fuera formulada magistralmente entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, tiene en el principio de legalidad su eje central. Este principio consiste esencialmente en que ninguna persona puede ser sancionada si no incurrió en una conducta previamente tipificada como delito en la ley y no puede ser objeto de otra sanción que aquella que no sea la concretamente establecida como respuesta a la específica sanción cometida.

El diagnóstico de la peligrosidad en el caso de los adolescentes se ha extendido más allá del análisis de la personalidad del sujeto. En efecto, se utilizan como criterios determinantes de la peligrosidad consideraciones de carácter social, sintetizadas en eufemismos tales como “continencia familiar”, que se refiere a aquellos casos de ausencia de familia responsable referente conformada de acuerdo a pautas tradicionales.

En otros casos resulta evidente que la peligrosidad del adolescente se determina a partir de la consideración de las carencias sociales y de las de su entorno familiar, cuando en realidad estas circunstancias deberían ser utilizadas para fundar la disminución del reproche penal si operaron como una determinante de la conducta infraccional del adolescente. Esta construcción del adolescente como peligroso es un resabio de la categoría de menores abandonados moral y materialmente del Código del Niño, tal como viéramos anteriormente.

En situaciones como las referidas en realidad se está frente al incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, consagradas a texto expreso en la Constitución de la República, artículo 40: “... El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”, y en varios instrumentos de derechos humanos de carácter internacional, de rango constitucional en el país, según lo preceptuado por el artículo 72 de la Carta: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El incremento de la punibilidad a partir de un juicio de criminalidad sustentado en consideraciones ajenas a la conducta y al sujeto imputado, fundada en la situación de riesgo social, contiene la manifestación de una responsabilidad penal de tipo objetiva. En este caso se estaría responsabilizando penalmente a un sujeto por factores o elementos que son ajenos a su persona. La responsabilidad penal es un fenómeno eminentemente subjetivo: solo puede ser sancionado un sujeto por actos imputables a su conducta, al despliegue de su subjetividad y que resulten reñidos con el ordenamiento jurídico. Estas prácticas constituyen un atentado flagrante a los más esenciales derechos humanos. Dicho ejercicio está vedado por nuestro ordenamiento constitucional por lo dispuesto por el artículo 72.

Si alguna duda abrigara el intérprete respecto de la consagración del principio de legalidad en nuestra Constitución, dicha dubitación no puede más que esfumarse ante el texto claro del artículo 72 de la norma constitucional. La citada norma es de interpretación e integración constitucional. Respecto de la interpretación, en este artículo se establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías no es taxativa, y en lo que hace a la integración se dispone que a dicha enumeración deban adicionarse todos aquellos derechos que se desprendan de la dignidad de la persona humana y de la forma republicana de gobierno.

Entendemos por dignidad humana aquel conjunto de condiciones en las que debe desarrollarse la vida de los hombres para no ver degradada su condición de tales, por ejemplo, la prohibición de todo trato cruel, degradante y discriminatorio en todo ámbito en el que se desenvuelve la vida de la persona, y esto vale tanto para el ámbito familiar, social, laboral, educativo y carcelario.

El principio de legalidad es una manifestación de la dignidad humana, en tanto solo procede castigar a una persona cuando con su conducta ha infringido alguna de las normas que la comunidad se ha dado para regular la vida en sociedad. El poder sancionatorio del Estado solo podrá aplicarse en esta particular circunstancia y en ninguna otra hipótesis. Es condición propia de los hombres el ser libres, y es un atributo inalienable de cada persona desarrollar su vida de la manera que ella entienda adecuada a sus preferencias, creencias y valores.

La segunda categoría de derechos del artículo 72 —aquellos derivados de la forma republicana de gobierno— se integra con los derechos que emergen de los principios de separación de poderes y del control

jurisdiccional y político del ejercicio del gobierno, más aquellos derechos que vengan a garantizar la participación efectiva de las personas en las distintas instancias deliberativas de las que emerjan las normas que han de regular la vida de la comunidad y en todo proceso en el que tomen decisiones que afecten su vida. Este último aspecto cobra especial importancia en el caso de los niños, niñas y adolescentes, a quienes este artículo viene a garantizarles el derecho a la participación en todos los ámbitos institucionales en los que desarrollan su vida: familia, escuela y servicios públicos. El principio de legalidad también es un principio inherente a la forma republicana de gobierno, en tanto es característica esencial de un Estado republicano que el gobierno se desenvuelva ajustado al derecho, limitado por este. El principio de legalidad es tanto una garantía para el individuo como un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado. Ningún órgano del gobierno del Estado, esto incluye obviamente a los órganos del Poder Judicial, podrá disponer la aprensión o sanción alguna a una persona que no hubiera incurrido en una conducta tipificada previamente como delictual.

Ningún instrumento legal podrá válidamente otorgar un poder sancionatorio penal genérico a ningún órgano del Estado. Sin embargo, en el caso de las disposiciones cuya inconstitucionalidad venimos analizando el legislador lo hace al otorgar un amplio margen de discrecionalidad al magistrado para evaluar las circunstancias que subjetivamente conforman la peligrosidad.

Como se desprende del análisis que ha efectuado Dworkin respecto de la naturaleza de la función jurisdiccional, existe una verdadera imposibilidad lógico jurídica de que un magistrado pueda aplicar una disposición contraria a los principios generales del derecho. Si bien está dentro de las funciones del juez interpretar los hechos, las normas y especialmente aquellas que no son claras o muy genéricas, como en este caso, el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho, que son “[en sentido estricto, en cuanto diferentes a las orientaciones teleológicas] un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.¹⁰ Si bien la labor jurisdiccional ocasionará la producción de derecho en términos formales a través de la sentencia, no es procedente con nuestra organización política, como lo expresa este autor, “reconocer

10 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 72

a los jueces facultades legislativas que nadie le ha otorgado, y que estaría contra el principio republicano de la separación de poderes”.

En el verdadero proceso de traducción de las normas genéricas al caso del que emergerá el mandato jurídico concreto, el juez debe efectuar algo más que un proceso silogístico, deberá colorear de significado expresiones genéricas, polisémicas. Esta tarea deberá ser efectuada ceñida a los principios generales del derecho, los que serán tanto guía como límite de este ejercicio.

Dentro de los principios que informan el orden jurídico nacional e internacional de los derechos humanos se encuentra el denominado principio del interés superior del niño, que está consagrado en el artículo tercero de la CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio tiene la función, entre otras, de operar como un límite a la intervención arbitraria o infundada del Estado. Así lo ha definido el profesor Miguel Cillero, quien ha venido a precisar el alcance, contenido y funciones de este principio: “De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño, es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos...”. Más adelante Cillero expresa: “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas...”¹¹

Este principio —como todo principio jurídico— cumple varias funciones, sirve como orientación al legislador y como límite de su labor, en tanto deberá tenerlo en cuenta al momento de legislar en materia de infancia. El legislador deberá operativizar este principio creando los instrumentos legales necesarios para la protección de los derechos de los niños en todos los ámbitos. Y este principio, además, opera como límite de la función legislativa, en tanto el legislador no podrá crear normas que lo contravengan.

11 Miguel Cillero Bruñol, “Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

Este principio también ha de servir al intérprete en su praxis hermenéutica; entre las funciones que cumplen los principios jurídicos está la de facilitar y guiar la tarea del intérprete. Sin entrar en profundidad en un tema que ha merecido la atención de los filósofos del derecho desde hace siglos, está para nosotros bastante claramente determinado que toda norma jurídica requiere ser interpretada. Por mayor claridad con que se exprese el texto jurídico, siempre será necesario interpretarlo. La propia naturaleza de la norma jurídica, su carácter general y abstracto, determina que quien tenga la responsabilidad de aplicar el mandato jurídico deba dotarlo —siempre— de un significado referido a una situación concreta en la que debe actuar la ley. Cuando el juez, el fiscal, el abogado o cualquier autoridad del Estado deban encarar la ardua tarea de resignificar en la situación concreta alguna de las normas referidas a la infancia, deberán ceñir su tarea al principio del interés superior del niño.

De las diversas interpretaciones o lecturas posibles de una disposición normativa el intérprete deberá elegir aquella solución que priorice el interés superior del niño, en su carácter holístico, sistemático, es decir, la decisión judicial deberá resguardar el derecho a la vida, a la libertad y a condiciones económico-sociales que aseguren el pleno desarrollo del niño. En definitiva, se procurará afectar la menor cantidad de derechos del niño, y asegurarle el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, de manera de no poner en riesgo su desarrollo presente y futuro.

Otra de las funciones que viene a cumplir este principio es la integradora. Ante un vacío normativo, este principio deberá tanto inspirar, servir de guía, en la tarea encaminada a colmar ese vacío jurídico, como ser un límite infranqueable dentro del que será lícito ejercer dicha praxis.

Este principio tiene diversas traducciones en el ámbito de la intervención penal referida a los adolescentes. Determina que toda la actuación punitiva del Estado encuentra un límite que no podrá traspasar en ninguna circunstancia. La acción punitiva del Estado debe ejercerse siempre como última ratio y dentro del mínimo de lo imprescindible.

La lesividad que ocasiona siempre la sanción penal deberá impactar sobre la menor cantidad de derechos posibles, lo cual determina que no sea procedente en ningún caso disponer la privación de libertad de un adolescente en base a consideraciones tales como su temibilidad o peligrosidad. El juez deberá considerar el interés del adolescente como

prioritario, aun en esta materia, por encima de cualquier otra consideración, incluso la del interés colectivo, tal como lo expresa Cillero cuando dice que la Convención “reconoce que los derechos del niño pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos del niño deben ponderarse de un modo prioritario”.¹²

La privación de libertad dispuesta, fundada en una apreciación efectuada respecto de algunos rasgos de la personalidad del adolescente que determinarían su aparente peligrosidad manifiesta, solo encuentra fundamento en el denominado principio de la defensa social, el que habilitaría la actuación punitiva del Estado dirigida a proteger a la sociedad y desconocería, entonces, el mandato de la Convención y por ende de la Constitución de la República, que determina la preponderancia del interés superior del adolescente por sobre cualquier otro. En este caso se estaría restringiendo un derecho fundamental del adolescente —el derecho a la libertad— en base a consideraciones ajenas al hecho ilícito cometido.

El establecimiento por parte del CNA del concepto de peligrosidad manifiesta como fundante del incremento de la sanción penal implica un desconocimiento del principio del interés superior, en tanto no existe derecho alguno de la sociedad que pueda fundamentar una restricción a un derecho tan esencial como el de la libertad como consecuencia del eventual riesgo que pueda importar para la sociedad que el adolescente no sea recluido. Esto estaría determinando la primacía de un simple interés colectivo sobre un derecho individual inalienable. El interés superior del niño como principio esencial de la legislación evidentemente impide que pueda cercenarse un derecho de esta naturaleza en atención a un aparente interés colectivo.

El principio del interés superior del niño no es otra cosa que una verdadera garantía que viene a asegurar el pleno desarrollo de los niños y los adolescentes. Es, por lo tanto, un derecho inherente a la protección de la dignidad humana, por lo que posee, por disposición del artículo 72 de la carta, rango constitucional en la República.

En el ordenamiento jurídico uruguayo estos principios —de legalidad, de lesividad y de interés superior del niño— están claramente recogidos en el ya mencionado artículo 72 de nuestra Constitución. En consecuencia,

12 Cillero Bruñol, o. cit.

cuando algún magistrado de la República procede a hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 86 fundando el derecho en el inciso tercero del artículo 91 está trasgrediendo los límites que al ejercicio de su función le imponen los principios generales del derecho.

Por aplicación del artículo 72 ingresan a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional todos los instrumentos jurídicos internacionales en los que se consagren derechos fundamentales de las personas que protejan su dignidad y el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como los derechos de carácter económico y social que posibiliten el efectivo y pleno ejercicio de aquellos. En consecuencia, instrumentos internacionales tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros tantos, poseen rango constitucional en la República.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, se consagraron los principios de legalidad y de lesividad, que impiden que a una persona se le sancione en base a un juicio de peligrosidad. El inciso segundo del artículo 29 establece: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y de las libertades de los demás...” (el subrayado es agregado).

Este artículo posee una similitud de contenido con el artículo 10 de nuestra Constitución de la República. Como este último, dicho inciso viene de manera indirecta a establecer que solo puede ser objeto de sanción penal aquel individuo que ha incurrido en una conducta que previamente ha sido calificada como antijurídica por la ley. Y más adelante establece un límite infranqueable a la ley: solo será posible establecer como antijurídica una conducta cuando cause una lesión a los derechos y libertades de otras personas, por lo que toda vez que una ley venga a establecer una figura penal, esta deberá fundarse en la necesidad de protección de algún bien jurídico, de los que se hace mención en el citado inciso.

Pero este no es el único instrumento internacional que consagra el principio de legalidad. Referido al específico ámbito del derecho penal de adolescentes, la CDN lo viene a consagrar en el artículo 40.

Entre las garantías y derechos establecidos en la CDN y los derechos, garantías y deberes de la sección segunda de la Constitución de la República existe una verdadera identidad de contenidos, que permitió —en su momento— la exigibilidad inmediata de la protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad sometidas a procesos de naturaleza punitiva ante los tribunales del país. El artículo 332 de la Constitución otorga plena operatividad a todas las disposiciones que reconozcan derechos a los individuos, atribuyan facultades e impongan deberes a las autoridades públicas, al establecer que no será obstáculo para que se hagan efectivas la falta de reglamentación respectiva:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas y a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

El rango constitucional que adquiere la CDN en el orden jurídico de la República, tal como venimos formulando, determina que una disposición legal que contravenga alguna disposición convencional esté reñida con nuestra Constitución. El artículo 40 de la CDN dispone: “a) 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 ocasiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”. La citada norma consagra, sin lugar a duda alguna, el principio de legalidad en el proceso de responsabilidad adolescente, lo que implícitamente impide la aplicación de la teoría de la peligrosidad como fundamento del ejercicio sancionatorio.

El elenco de disposiciones inconstitucionales del CNA no se agota en el inciso tercero del artículo 91. Dentro del capítulo que el CNA dedica a la organización del proceso penal adolescente existe otra disposición de muy dudosa constitucionalidad que es el artículo 86, en el que se faculta al juez a disponer de manera discrecional la privación de libertad.

La atribución de facultades discrecionales para la disposición de sanciones es una violación flagrante al principio de legalidad, una de cuyas manifestaciones fundamentales es la existencia de una pena previa específica a ser aplicada frente a cada una de las conductas antijurídicas. El artículo 86 está vinculado teleológicamente con el inciso tercero

del artículo 91 y ambas disposiciones legales se inspiran en el aberrante principio de la defensa social.

El artículo 86 permite determinar discrecionalmente la sanción a aplicar frente al acto infraccional. Esto posibilita que el magistrado pueda graduar la respuesta sancionatoria en atención a la peligrosidad del sujeto, cuando esta —en concepto del juez— surja de manera clara, evidente, y entonces estará habilitado para aumentar la respuesta punitiva.

Si un juez procede a aplicar de forma armoniosa lo preceptuado en los citados artículos, cuya constitucionalidad venimos cuestionando, deberá tomar en cuenta para juzgar al adolescente y determinar su eventual peligrosidad aquellos elementos que resultan de su subjetividad: evaluar las características personales del adolescente, las del núcleo familiar al que pertenece y su condición económico-social y cultural. Para fundarlo científicamente deberá recurrir a un informe pericial en el que se formule algún pronóstico delictual.

Uno de los componentes esenciales del principio de legalidad es que la pena a aplicarse a la conducta debe estar previamente determinada por la ley; la persona tiene el derecho inalienable de conocer en qué casos y en qué circunstancias puede eventualmente ser objeto de una u otra sanción. Este principio es desconocido cuando se le otorgan al encargado de juzgar facultades discrecionales para la fijación de la pena.

A modo de conclusión

La claridad de la colisión entre las normas de carácter constitucional y varias normas internacionales de rango constitucional con el inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86 del CNA no deja lugar a dudas acerca de la inconstitucionalidad de las mencionadas disposiciones legales. Incluso si se analizan estas dos disposiciones conforme a la tesis más restrictiva respecto a las potestades de control de constitucionalidad de las leyes de la Suprema Corte de Justicia deberíamos concluir su contravención con el texto constitucional. La tesis restrictiva a la que nos estamos refiriendo entiende que solo es procedente la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa cuando entra en contradicción flagrante con una norma constitucional. Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial se funda normativamente en lo dispuesto en el numeral 20 del

artículo 85 de la Carta, referido a las competencias del Poder Legislativo. En el referido numeral se expresa: “Interpretar la Constitución sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo a los artículos 256 a 261”.

Los propugnadores de esta tesis restrictiva entienden que esta disposición le está otorgando al Poder Legislativo la facultad de disponer la interpretación obligatoria del texto constitucional, en el entendido de que no podría tener otra significación dicha disposición, ya que, como resultado obvio —sin necesidad de disposición constitucional alguna—, el Poder Legislativo podría interpretar la Constitución como reza el propio numeral 20 del artículo 85. Esta facultad es sin perjuicio de las atribuciones que respecto del control de la constitucionalidad de las leyes se le otorga al máximo órgano judicial de la República.

En el proceso de elaboración de las leyes el legislador efectúa necesariamente un ejercicio de interpretación de las normas constitucionales con el objetivo de que la ley se ajuste a los preceptos constitucionales. Por ello, quienes sostienen esta tesis restrictiva lo hacen en el entendido de que una ley solo puede ser declarada inconstitucional cuando el legislador hubiera interpretado equivocadamente la Constitución; en esta hipótesis la Suprema Corte de Justicia podría decretar la inobservancia de una ley, además de entender que dicha interpretación es de carácter vinculante. Por lo tanto, solo sería procedente decretar la inconstitucionalidad de una ley cuando —de manera inopinable— entrara en contradicción con la Constitución.

Esta tesis resulta pasible de varios cuestionamientos en un ordenamiento jurídico como el uruguayo, en el cual el poder normativo constitucional reside radicalmente en la Nación, que ha de expresarse a tales efectos a través de uno de sus órganos, el Cuerpo Electoral, y es obvio que la función legislativa está subordinada a lo dispuesto por la Constitución, en tanto esta emana de un órgano de mayor poder normativo. El Parlamento de la República carece de la más mínima atribución para modificar o trastocar —aunque sea por vía interpretativa— las disposiciones constitucionales, ya que esta potestad le es otorgada expresamente por la Constitución a otro órgano del Estado: el Cuerpo Electoral. De manera coherente con esta formulación es que la Constitución le ha otorgado al órgano jerarca del Poder Judicial la facultad de controlar esta subordinación de la función legislativa a lo dispuesto por el texto constitucional.

Los contenidos del inciso tercero del artículo 91 y del artículo 86 del CNA están reñidos con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los artículos 3 y 40 de la CDN —ambos instrumentos de rango constitucional por imperio del artículo 72 de la Carta— y con el artículo 10 del texto constitucional. La aplicación de la doctrina de la peligrosidad contraviene los principios fundantes del orden jurídico internacional y nacional, recogidos en toda la sección segunda de la Carta constitucional. Tomar en cuenta la supuesta peligrosidad manifiesta del adolescente para incrementar la punibilidad y disminuir las garantías del proceso desconoce los derechos más esenciales, inherentes a la condición humana.

El inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86 que el legislador introdujo en el CNA se dan de bruces, además, con los principios y garantías establecidos en el mismo Código, en el artículo 74 y especialmente en el inciso A, que consagra el principio de legalidad:

“Principios de judicialidad y legalidad. El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los Jueces competentes en conformidad a los procedimientos especiales establecidos por este Código. Se asegurará, además, la vigencia de las normas constitucionales, legales e Instrumentos internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Por todo lo expresado, entendemos que en todas las circunstancias en que el juez competente en el caso, por no haberlo advertido, procediera a utilizar las facultades discrecionales otorgadas por el artículo 86 del CNA, en base al juicio de peligrosidad en cualquiera de sus manifestaciones, la defensa está plenamente habilitada para impugnar dicha resolución a través de la promoción de la acción de inconstitucionalidad por vía de exención y defensa, ante lo cual no corresponde otra cosa que el decreto de desaplicación por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Bibliografía

- ALLER MAISONNAVE, Germán (2002): “Peligrosidad y Derecho Penal”, en MALZTMAN PELTA, Daniel C., *Violencia y Peligrosidad en la sociedad de hoy*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- BARATTA, Alessandro (1999): “Infancia y democracia”, en *Derecho a tener Derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo.
- BARATTA, Alessandro (noviembre de 2008): “Democracia y derechos del niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (1999): *Derechos Humanos en el Uruguay. Legislación Nacional*, Montevideo.
- CÁMARA DE SENADORES (7 de noviembre de 1985): *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores, República Oriental del Uruguay*, Montevideo.
- CERRUTTI, Jorge (2009): “Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo. Pensamiento Crítico”, en *Revista Question*, n.º 21 (UNLP), disponible en <<http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=2788>>.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (noviembre de 2008): “Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile.
- DE ZAN, Julio (2004): *La ética, los derechos y la justicia*, Konrad Adenauer, Argenjús y Fores, Montevideo.
- ENCALADA HIDALGO, Pablo: “Derecho penal del enemigo”, en *Revista Judicial DLH*, disponible en <<http://www.derechoecuador.com>>.
- FOUCAULT, Michel (1996): *La vida de los hombres infames*, Colección Caronte ensayos, Editorial Altamira, La Plata.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.) (2004): *Infancia y democracia en la Argentina. La cuestión de la Responsabilidad Penal de los adolescentes*, Fundación Sur-Argentina, Editores del Puerto/ Ediciones del signo, Argentina.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (noviembre de 2008): “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid.

- JAY GOULD, Stephen (febrero de 1988): *La falsa medida del hombre*, Biblioteca de divulgación científica, Ediciones Orbis, Hyspamérica ediciones, Argentina.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (noviembre de 1988): *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. La Convención Interamericana como derecho interno*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- LOMBROSO, Cesare (2003): *Los criminales*, Centro editorial Presa, Barcelona.
- LOMBROSO, Cesare (2003): *La Escuela criminológica positivista*, Analecta, Pamplona.
- METALLO, Mercedes y ORIHUELA, Beatriz (1991): *Código del Niño de la República Oriental del Uruguay de 1934*, Fundación de Cultura Universitaria, tercera edición.
- PREZA RESTUCCIA, Dardo (1990): *Libertades en el proceso penal*, Editorial Idea, Montevideo.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, segunda edición.
- URIARTE, Carlos (agosto de 1999): *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en infracción*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo.



El acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes. El rol del defensor y el curador del artículo 8º del Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay

Alicia Deus Viana¹

Introducción

La historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos en el mundo occidental es la historia de la extensión del concepto mismo de sujeto de derecho: desde la concepción del hombre que subyacía en el individualismo liberal racionalista, imperante en el mundo occidental hasta muy entrado el siglo XIX, que veía al varón blanco, adulto, cabeza de familia y propietario como el único ser con verdadera autonomía de voluntad como para ser sujeto de derecho, se ha evolucionado hasta la concepción actual comprensiva de los trabajadores, de las mujeres y de los niños.

El siglo XX, en particular, se ha destacado por una verdadera expansión de los derechos humanos. En relación a los niños y adolescentes, a pesar de que en teoría se encontraban comprendidos dentro de los instrumentos generales por el solo hecho de ser personas, su protección no lograba alcanzarlos en forma efectiva, por lo que se fue concibiendo en la comunidad internacional la necesidad de consagrar en diversos instrumentos específicamente los derechos de este grupo particular de personas.

¹ Abogada. Integrante de la ONG IACi (Infancia, Adolescencia ciudadana), cooperativa de abogadas para la defensa y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La rápida ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por los países de América Latina constituyó un mojón inédito en la región. La CDN y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños surgidos de la comunidad internacional constituyen actualmente lo que se ha dado en llamar la doctrina de la protección integral, cuyo paradigma es la concepción del niño como sujeto de derecho, con la cual se supera y destierra la doctrina tutelar, que partía de la noción de los niños como incapaces y meros objetos de la tutela del mundo adulto.

En Uruguay la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en el año 2004, que en gran medida ajustó nuestro derecho interno a dicha Convención, ha significado un importante avance en el status jurídico de niñas, niños y adolescentes, en cuanto reconoce en forma expresa su condición de sujetos de derecho y concreta los principios esenciales de la doctrina de la protección integral en sus diversas disposiciones.

El cambio de paradigma, sin embargo, implica un cambio de tal envergadura en las estructuras e instituciones de una sociedad que las adecuaciones normativas internas no deberían agotarse en la derogación del viejo Código del Niño, sino que deben entrañar una revisión holística, abarcativa de los diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, de los usos y costumbres imperantes y, sobre todo, cambios sustanciales en los marcos conceptuales de la enseñanza y de los currículos de las diferentes disciplinas del saber.

La doctrina tutelar formó parte intrínseca del sistema de valores de la ideología patriarcal que impregnó nuestra legislación durante los dos últimos siglos. En particular, el Código Civil, verdadero dinosaurio sobreviviente desde el siglo XIX con escasas modificaciones puntuales, comprende temáticas y regulaciones de diversos institutos que involucran distintos aspectos de los derechos de los niños y que se encuentran resueltas de acuerdo con el marco teórico propio de la época de su sanción.

A su vez, el propio CNA, aun cuando en líneas generales se alinea al nuevo paradigma, contiene varias rémoras propias de la doctrina tutelar. Esta supervivencia de institutos y concepciones groseramente contrarios al paradigma vigente obliga a los operadores y aplicadores del derecho a cumplir una tarea de armonización no siempre exitosa y que entonces obstaculiza el ejercicio y la vigencia efectiva de los derechos de los niños.

En lo que respecta al derecho a ser oído, el artículo 12 de la CDN, des-terrando el concepto del “menor” como incapaz, reconoce el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez. Los Estados que lo ratificaron, por consiguiente, deben implementar los mecanismos adecuados para hacer efectivos esos derechos en iguales condiciones que los adultos en los procesos judiciales y administrativos.

Estos mecanismos, que no son otra cosa que garantías propias del debido proceso, deben contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

1. *Derecho a ser informado de sus derechos, de las instancias del proceso, de la forma y de los alcances de su participación.* Para emitir una opinión efectiva todas las personas deben tener lo que se denomina *conocimiento informado*.
2. *Derecho a la defensa técnica*, como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley. El niño, para ocurrir ante los Tribunales en defensa y en ejercicio de sus derechos, deberá contar con un defensor que lo asesore, que defienda y patrocine sus intereses. El defensor debe actuar en el proceso de parte del niño, a su lado y no en su lugar, y actuar de la misma forma con su cliente menor de edad que si se tratara de un adulto, por lo que debe cumplir cabalmente con sus obligaciones de lealtad y confidencialidad.
3. *Derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta.* Esto significa que deberá respetarse su propio juicio, el que podrá ser diferente u opuesto al de sus representantes e, inclusive, al de su propio defensor, al del juez o al del Ministerio Público. Debe tener la posibilidad de participar activamente en el proceso: ofrecer prueba, ser notificado de las resoluciones, impugnarlas, etc.
4. *Derecho a una defensa especializada y gratuita.* De acuerdo con la CDN y con las disposiciones del propio CNA, los niños, por su condición de personas en proceso de crecimiento, tienen derecho a una *especial* protección de sus derechos. La especificidad de los principios y normas de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño requiere una particular calificación técnica de los operadores y en particular de los abogados que son designados como defensores de los niños, para que dicha designación no se reduzca a cumplir con una mera formalidad procesal. Asimismo, deberá garantizarse la gratuidad para aquellos que no cuentan con medios económicos.

El CNA recoge estos aspectos esenciales al establecer en su artículo 8 que el niño tiene derecho a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Asimismo, instituye, con acierto, el derecho del niño a acudir a los Tribunales y a ejercer por sí los actos procesales en defensa de sus derechos con asistencia letrada preceptiva, por lo que reconoce su derecho a la participación en el proceso. No obstante, dicha norma agrega que el juez ante quien acuda el niño deberá designarle “curador, cuando fuere pertinente para que lo represente y asista en sus pretensiones”. Esta última disposición, de desafortunada redacción, parecería borrar con el codo las garantías plasmadas en la primera parte del artículo, ya que la figura del *curador* regulada en el Código Civil se fundamenta, precisamente, en la falta de capacidad de la persona para el acto a realizar y, por lo tanto, comparece al proceso a *sustituir* o, en el mejor de los casos, a *completar* su voluntad.

Al no haberse derogado en forma expresa el sistema de incapacidades del Código Civil, la convivencia de dos concepciones absolutamente contradictorias dentro de un mismo ordenamiento jurídico contribuye a que el aplicador del derecho las interprete o armonice en forma discrecional, lo que resulta en una sobrevivencia de la doctrina tutelar “disfrazada” de Convención.

Es así que las formas de la comparecencia de las personas menores de edad a los procesos que los involucran han suscitado diversas dudas y posiciones divergentes, cuando no encontradas, entre los diversos operadores. En primer lugar, cabe preguntar cómo queda el instituto de la representación de los padres frente a este ejercicio directo de los niños y adolescentes. ¿Puede el niño o adolescente bajo patria potestad acudir ante los Tribunales a ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos solo con su abogado? ¿Esta posibilidad se admite solamente cuando existen intereses contrapuestos entre el niño y sus padres, o la tiene en todos los casos en que considere que corresponde defender sus derechos? ¿Quién designa a ese abogado? ¿El niño o adolescente puede elegir al profesional que lo habrá de patrocinar o deberá ser siempre el juez de la causa quien lo haga para garantizar su imparcialidad? ¿Qué casos se considerarán los “pertinentes” para que el juez designe un curador al niño que lo “represente y asista en sus pretensiones”?

La capacidad de los niños y la representación legal

Cómo deben armonizarse, interpretarse y aplicarse las disposiciones relacionadas con los institutos de la patria potestad, de la representación y de la incapacidad regulados por el Código Civil frente al principio de la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos es una cuestión de trascendental importancia para la efectividad o no de ese ejercicio. Se trata de cuestiones sobre las que todavía falta reflexionar y debatir mucho, porque hacen a la operatividad de los derechos reconocidos a los niños.

El Código Civil sancionado en 1868, pleno siglo XIX, carece de una definición del concepto de infancia. Sus diversas disposiciones respecto a las personas menores de edad se reducen a regular la situación de los niños en su relación con el adulto desde el punto de vista patrimonial o con la finalidad de resolver conflictos de esa índole, y parten del presupuesto de su "incapacidad". Más aún, en ese momento histórico la mujer también carecía de los derechos de ciudadanía. No podía votar, en el matrimonio su patrimonio era administrado por el marido, no tenía derecho a la patria potestad respecto de sus hijos, etc.

El derecho de familia, además, formó parte indiferenciada del derecho civil hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, lo que ya nos dice bastante del lugar que se le otorgaba. El criterio predominante era que las normas jurídicas, el derecho y también la justicia estaban básicamente para resolver controversias de índole patrimonial. Los conflictos intrafamiliares y de orden personal constituían la esfera íntima de los sujetos y debían resolverse en el interior de las familias.

La familia de la que se ocupa y que propicia el Código Civil original es la *legítima* y el modelo es decididamente patriarcal. La *patria potestad* es definida por el artículo 232 del texto original como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad. El hombre es quien tiene en exclusividad la patria potestad de los hijos y solo en caso de muerte de aquel pasará a la madre.

Durante el transcurso del siglo XX, en distintas instancias se han ido modificando algunas de estas disposiciones. La ley de Derechos Civiles de la Mujer del año 1946 consagra la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y, por tanto, desde ese momento la patria potestad fue ejercida

por ambos padres en forma conjunta. Asimismo, pasó a ser definida como el conjunto de *derechos y obligaciones* de los padres respecto de los hijos y de sus bienes, y ya no solo de derechos como lo establecía el texto original. No obstante, sus atributos principales originarios del viejo derecho romano permanecieron casi sin cambios hasta la aprobación de la CDN y del CNA.

Entre ellos interesa destacar aquí el derecho de los padres a representar a sus hijos y decidir por ellos en todos los actos jurídicos, que parte del presupuesto de la *incapacidad* de las personas menores de edad. Tradicionalmente esta representación ha sido universal e indisponible como derecho y obligación inherente a la patria potestad. Así, el Código Civil en el capítulo respectivo dispone: “Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en todos los actos civiles”.

La representación implica que el representado no puede actuar o comparecer por sí mismo a ejercer el acto. Tampoco el Código Civil establece ningún mecanismo para que el representado pueda cuestionar las acciones llevadas a cabo por el representante en su nombre y que lo afectan directamente. Sí se prevén mecanismos de control y de fiscalización en materia patrimonial, pero efectuados por el juez o el Ministerio Público en funciones “protectoras” de los derechos de los “menores”.

En esta concepción que subyace en las disposiciones del Código no interesa analizar la evolución de las facultades del niño. El supuesto de base, lo que se denomina *ficción jurídica*, es que todo menor de 18 años, por el solo hecho de serlo, no tiene capacidad para actuar en ningún acto de la vida civil.

Como afirman Minyerski y Herrera,² algunos autores diferencian entre *capacidad para la protección*, referida a las políticas públicas de infancia, y *capacidad civil*. En consecuencia, con respecto a las disposiciones de la CDN y, en particular en nuestro país, a partir de la vigencia del CNA, las referencias al protagonismo de los niños y adolescentes y su operacionalización en la vida cotidiana se reducirían a aquellos derechos inherentes a la personalidad humana, y subsisten las disposiciones del Código Civil relativas a la capacidad para las cuestiones vinculadas con los derechos patrimoniales.

2 Nelly Minyerski y Marisa Herrera, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

El hecho de que el CNA no mencione en prácticamente ninguna de sus disposiciones el tema de la capacidad a los efectos patrimoniales parecería avalar esta postura. Sin embargo, en coincidencia con las autoras argentinas, desde una perspectiva y análisis sistemático de la CDN no puede más que concluirse que este argumento no resulta suficiente, por cuanto el sistema de protección integral de derechos, que involucra el principio de autonomía progresiva en su ejercicio, comprende la totalidad de los derechos del individuo y, por tanto, debe considerarse al niño y al adolescente capaz también en cuanto a sus derechos patrimoniales y al ejercicio directo de ellos en forma progresiva a medida que evolucionan sus facultades.

Por otra parte, en realidad, la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que establece la CDN en su artículo 5 va de la mano con la resignificación de las relaciones entre padres e hijos, particularmente en lo que respecta a la concepción histórica del instituto de la patria potestad. En efecto, dicha norma establece como función primordial de los padres la de impartir a sus hijos *dirección y orientación apropiadas* para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

La patria potestad, por tanto, deja de ser concebida como un *derecho* de los padres respecto de los hijos, para transformarse en el conjunto de funciones de orientación y dirección hacia un fin jurídicamente delimitado y protegido: el ejercicio autónomo y progresivo de los derechos del niño. A su vez, los deberes de orientación y cuidado de los padres son sí derechos de estos a la no injerencia del Estado en el ámbito privado.³ Funcionan como límites a la intervención del Estado.

A la luz de esta nueva concepción de las funciones parentales se hace imprescindible, entonces, analizar críticamente y relegar el concepto de capacidad del Código Civil. El texto legal atribuye capacidad de obrar o de ejercicio plena a las personas mayores de 18 años. Los menores de edad, en principio, son “incapaces” y su incapacidad trae como consecuencia la nulidad de los actos celebrados. A su vez, distingue entre “menores púberes”, mayores de 12 o 14 años, según sea varón o mujer, que tienen cierta capacidad para realizar determinados actos, como puede ser el contraer matrimonio, y los “impúberes”, menores de esa edad, cuyos actos son absolutamente nulos.

3 Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos”, en *Derecho a tener derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo, 1999.

Esta ficción por franjas de edad que realiza el Código deviene contradictoria con la noción del niño como sujeto de derecho. Pero además, resulta incompatible con la expansión y desarrollo que ha tenido el propio concepto de ciudadanía y que supone actualmente una participación activa de niños y adolescentes en la sociedad. Y, sobre todo, en el terreno científico merecen destacarse, muy especialmente, las nuevas ideas de la psicología evolutiva en cuanto a la participación e interacción: el proceso de aprendizaje en sí mismo genera y promueve el desarrollo de las facultades y capacidades, y ese desarrollo se acelera y crece mediante la participación.⁴ En otras palabras, no responde a la realidad de las personas que la incapacidad o capacidad para la realización de determinados actos o para la toma de decisiones se determine según la edad exclusivamente.

El Código Civil pertenece a una época histórica en la que la concepción predominante sobre el desarrollo infantil se basaba en determinados supuestos que hoy se encuentran cuestionados, contradichos y superados por el conocimiento y los aportes de diferentes disciplinas del conocimiento. Se lo consideraba un proceso universal y lineal y se visualizaba a la niñez como un período de dependencia, en el cual los niños eran meros receptores de la formación, así como de la “protección” que les proporcionaba el mundo adulto, sin posibilidad de interactuar hasta que adquirieran la “mayoría de edad”.⁵

Esas concepciones respecto de la infancia no fueron totalmente superadas ni se quedaron ancladas, sino que tuvieron lo que el sociólogo Pierre Bourdieu denomina un “efecto de teoría” (otros dirían efecto de ideología).⁶ Esto significa que cada explicación formulada se articuló con el sentido común, pasó a formar parte de lo imaginario “colectivo”, se impuso como “modelo” presente en una explicación. Y el “modelo” de infancia que recoge el Código Civil del siglo XIX sienta las bases de la doctrina tutelar predominante durante gran parte del siglo XX.

Es cierto que para el mundo del derecho el límite de edad como demarcador del período de adquisición de capacidades es fijado convencionalmente y se asume que se trata de una ficción consensuada a los efectos de otorgar universalidad y generalidad a la norma, recurso utilizado desde

4 Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, Save the Children, UNICEF, Siena, 2005.

5 Esto salvo contradicciones evidentes como la habilitación de edad por matrimonio o la posibilidad de ejercicio de la patria potestad de las personas casadas respecto de sus hijos, a diferencia de las solteras de igual edad, diferencia que mantiene hoy el CNA.

6 Pierre Bourdieu, *El sentido práctico*, Taurus, Madrid, 1991.

siempre para hacer operativo el derecho, llamado “de raigambre ficcional”.⁷ El CNA también establece franjas por edades para determinar el período de la niñez (0-12 años) y de la adolescencia (13 a 18 años).

No obstante, es preciso no olvidar y tener claro que las pautas para establecer los límites de edad han respondido a razones de variada índole, que nada tienen que ver con criterios científicos o del conocimiento de la evolución biológica o psicosocial de las personas, sino más bien son producto de criterios tan dispares y variados como pueden ser las necesidades y políticas institucionales, los juicios y prejuicios ideológico-políticos, las concepciones que tienen su origen en el imaginario colectivo pero que pesan en las prácticas de un determinado momento, o creencias que tienen su origen en la religión, entre otros. Un ejemplo claro de esto lo constituyen actualmente la mayoría de los argumentos a favor de bajar la edad de imputabilidad penal.

Hasta la segunda mitad del siglo XX se considera al ciclo vital conformado por etapas. El desarrollo es concebido como un proceso universal, la adultez como la norma y se ve al niño “inmaduro” por definición y se lo caracteriza por su incapacidad, irracionalidad, pasividad y dependencia, mero receptor de lo que los adultos le inculquen. En esta visión los adultos son vistos como traductores o intérpretes de lo que los niños quieren o necesitan, y tiende a prevalecer la suposición de que quien se equivoca es el niño y no el adulto. El niño no es tomado en serio porque se parte de un modelo de la infancia como una etapa de déficits diversos. Se considera que en realidad no sabe lo que quiere o lo que necesita. En otras palabras, no se le cree.

Esta forma de ver al niño ha tenido devastadores efectos en los casos de abuso sexual infantil. En el abuso sexual, sobre todo en el que se da al interior de la familia, el preconceito de que es el niño el que miente ha llevado a invisibilizar el problema con dramáticas consecuencias para el resto de la vida de esos niños. En los últimos tiempos, tímidamente y todavía con importantes reticencias y contramarchas, la sociedad ha empezado a sacar a la luz el problema y a creer en lo que el niño dice.

En la actualidad, son numerosas y diversas las disciplinas que explican la adquisición de capacidades por parte de los niños como un proceso

7 Jorge A. Degano, *Minoridad. La ficción de la rehabilitación*, Editorial Juris, Rosario, 2005.

evolutivo complejo, producto de la interacción del niño con su entorno y en el que el niño tiene una participación activa.

La antropología, por ejemplo, ha contribuido a difundir la influencia que tienen los contextos histórico-sociales, tanto en aspectos ambientales como culturales, en la concepción misma de la infancia y cómo ello repercute en el tratamiento que se les da a los niños y en la forma en que se les da ese tratamiento. Las diferencias de género, sin ir más lejos, según la sociedad de que se trate, influyen y repercuten en las limitaciones que muchas niñas deben enfrentar o los estímulos que han o no de recibir para su desarrollo.

La sociología analiza la concepción de la infancia en los diferentes grupos sociales, y estudia en qué medida esta es producto de parámetros sociales más que biológicos. La gravitación de los primeros en las prácticas cotidianas de los diversos actores sociales condiciona la formación y el desarrollo de los niños de una u otra manera.

En la construcción de la subjetividad resultan de fundamental importancia los conocimientos aportados por la psicología evolutiva al estudiar cómo, por qué y cuánto se desarrollan los niños. Esta disciplina ha relativizado y hasta desmantelado los criterios absolutos y deterministas del enfoque tradicional que partían de una visión adultocéntrica y adultomórfica con base en el sujeto varón, occidental y blanco. Por el contrario, concibe el desarrollo de las personas como un proceso fruto de una pluralidad de causas, de carácter multidimensional y no continuo.

Hoy el sujeto es mirado por la psicología evolutiva de una forma integral, como una entidad compleja bio-psico-ambiental, lo cual implica un giro radical en la concepción de la adquisición de capacidades. Las vivencias del niño, y su interacción con el ambiente cultural y social en el que crece, influyen en el alcance y nivel de las capacidades que adquiere y ejerce. Se trata de un proceso esencialmente dinámico, en el que el niño será un protagonista activo en la medida en que el medio lo promueva y favorezca.

El Prof. Baratta,⁸ al referirse al derecho del niño a ser escuchado, destaca que no hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de

8 Alessandro Baratta, "Infancia y democracia", en *Derecho a tener derecho*, tomo 4, UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo, 1999.

las relaciones adulto-niño en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa. Debe darse al principio una extensión que va más allá de la esfera intelectual y verbal de las opiniones y del juicio propio que el niño puede formarse y expresar. Como ejemplo señala que el derecho a ser escuchado lo tiene tanto el niño prematuro para que el especialista perciba con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y de sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza. También tiene derecho el niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral. No se trata, agrega, del deber de los padres y educadores de favorecer y acompañar el desarrollo fisiológico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino de reconocer los límites que el cuidado y la función educativa encuentran allí donde se convierten o puedan convertirse en procesos de manipulación y de represión de capacidades del niño.

Parece claro a esta altura, entonces, que al imponer franjas de edad para el ejercicio de los derechos, en la realidad se termina conculcándolos y se reitera la consideración de los niños por debajo de determinada franja de edad como “incapaces” o con carencias en su intelecto y en su razonamiento, ya sea para negarles su participación o para necesitar de otra persona que los complete. Remite, por tanto, a las connotaciones que la palabra “menor” tuvo y tiene, y habla de carencias y de insuficiencias que no responden a la realidad en los procesos evolutivos de las personas.

Como bien sostiene Mary Beloff,⁹ la hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver cómo se compatibiliza el ejercicio de los derechos con la etapa de crecimiento por la que un niño atraviesa. Pero ahora se trata de una interpelación a los adultos y ya no más una autorización para limitar los derechos a los niños. Son los propios adultos los responsables de generar los mecanismos institucionales y condiciones necesarias para el ejercicio. Esta autora sostiene, con razón, que otra interpretación conduciría a la conclusión de que la CDN se firmó para que nada cambie, lo que no parece razonable.

En consecuencia, el intérprete o aplicador del derecho debe revisar y armonizar las provisiones de la representación legal que ejercen los

⁹ Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

padres respecto de sus hijos y de sus bienes consagrada en el Código Civil a la luz de los principios que rigen el nuevo status jurídico del niño y considerar, asimismo, la transformación que ha sufrido el instituto de la patria potestad en cuanto ha dejado de ser el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos para cumplir la función instrumental de impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos.

Las disposiciones obsoletas deben adecuarse y transformarse con la evolución del conocimiento científico y armonizarse al nuevo paradigma vigente y no al revés. No es posible sostener que el niño es un sujeto de derecho pleno y, al mismo tiempo, darle tratamiento de “incapaz”.

La representación de los padres según las circunstancias y la casuística no puede obstaculizar, de ninguna forma, el derecho del niño a ocurrir directamente ante los Tribunales a ejercer sus derechos, no puede tampoco obstar a su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Si bien esto no significa que los padres hayan dejado de ser los representantes legales, el contenido y alcance de esa representación debe adecuarse y ser analizada conforme a la condición jurídica actual del niño.

El acceso a la Justicia de las niñas, niños y adolescentes. El defensor y el curador

El artículo 8 del CNA ya referido reconoce expresamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades. Se recoge así el principio de la autonomía progresiva de la CDN.

Sin embargo, una primera cuestión que no ha contribuido a consolidar este derecho en el ámbito judicial, a partir de la redacción confusa de las normas del propio Código, es la relativa a la designación del curador. El inciso final del artículo 8 establece que el juez “ante quien acuda, tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente para que lo represente y asista en sus pretensiones”.

La falta de especificación en cuanto a la pertinencia de esa designación la deja librada a la discrecionalidad del magistrado. La curatela es un instituto regulado por el Código Civil y es de su esencia suplir la incapacidad

de la persona a quien sustituye. Su función es sustituir o, en el mejor de los casos, completar la capacidad. Resulta contradictorio que el CNA, por un lado, plasme en su texto y en su espíritu los principios rectores de la CDN que parten del supuesto contrario y, por otro, vuelva a tomar a la figura del curador en los procesos judiciales.

Se plantea, además, la cuestión de determinar cuándo sería “pertinente” la designación de curador para un niño en un proceso judicial. La respuesta de acuerdo con una interpretación sistemática del CNA, que toma en consideración el paradigma establecido por la doctrina de la protección integral, no puede ser otra que relegar esta figura a los casos especificados por la ley. Cuando, por ejemplo, la niña o el niño involucrado en un proceso tenga impedimentos personales por discapacidades intelectuales o similares para expresar su voluntad y necesite una voluntad que lo sustituya o complemente.

Sin embargo, en la práctica de los Tribunales la designación de un curador para los niños es harto frecuente. Por ejemplo, los jueces son reacios a admitir que el niño se presente solo con su abogado y, además, la comparecencia directa de un niño sin que la preceda la de alguno de sus padres en la interposición de su pretensión es muy poco frecuente. Esto responde, seguramente, a que todavía no se ha instalado en la práctica de los operadores del derecho una verdadera “cultura de derechos del niño” que constituye el cimiento de la CDN, porque, en realidad, las situaciones que ameritarían esta comparecencia personal son comunes en la vida cotidiana de las personas menores de edad. Puede pensarse en la pretensión de concretar un derecho de visitas de un hermano con el que no conviven, o en una autorización judicial solicitada por el mismo niño para viajar al exterior cuando los padres están ausentes o se niegan a dar su consentimiento, o el reclamo de pensión alimenticia a uno de sus padres cuando el otro no quiere o no puede comparecer a efectuarlo.

La mayoría de las veces, ante estos planteos, el Juzgado, antes de dar trámite a la demanda, le designa un curador al niño o adolescente. De este modo, realiza una apreciación discrecional de la *pertinencia* de la designación, fundamentada en la falta de capacidad para comparecer por sí en juicio por razones de edad de acuerdo con el sistema de capacidades previsto por el Código Civil. Esta designación produce la sustitución de la voluntad del niño. El curador defenderá el interés del niño de acuerdo a su propia opinión. El derecho del niño queda así mediatizado por la actuación del curador, lo que vulnera su derecho a ser oído y demás

principios rectores de la CDN recogidos también por el propio CNA. En realidad, la Justicia de esta forma responde y sigue actuando de acuerdo con la concepción tutelar y en las antípodas del paradigma del niño sujeto de derecho.

Algunos magistrados pretenden saldar la cuestión procediendo a designar a un mismo letrado como “curador-defensor” del niño, con lo que se evitan el análisis crítico y una toma de posición frente a la disposición contradictoria del CNA. Esta figura ambigua es asumida por los defensores designados —salvo excepciones— como de representación, lo que vulnera el derecho del niño a una participación activa en el proceso.

Otra posición que viene reiterándose peligrosamente es que los jueces no admiten que sean los propios niños quienes elijan a su letrado patrocinante. Muchas veces, aun cuando el niño comparezca al proceso patrocinado por un profesional, el Tribunal procede a sustituirlo. El argumento que se esgrime es que solamente de esta forma se asegura la imparcialidad respecto de los padres y se evita la manipulación de la que pueden ser objeto los niños por su corta edad e inexperiencia.

Esta consideración resulta compartible en virtud de que los niños no tienen disponibilidad económica para contratar a un abogado de su confianza, ni tampoco cuentan, por lo general, con posibilidades y conocimientos suficientes como para acceder a profesionales del derecho, por lo que, generalmente, será el adulto referente quien se ocupe de la contratación y lo hará con alguien que le merezca su confianza y tal vez asegurándose su aquiescencia a sus intereses.

El criterio que adoptan los jueces nacionales al proceder a la designación es el de nombrar un defensor de oficio integrante de las Defensorías de Familia cuando los padres son asistidos también por la Defensoría de Oficio por la gratuidad del servicio. Cuando, por el contrario, los padres disponen de capacidad económica, designan a abogados particulares.

Sin perjuicio de lo expuesto, también es cierto que la ausencia de una verdadera *cultura de derechos* en los operadores no permite aún naturalizar este comportamiento autónomo de los niños en relación con sus pretensiones e intereses y entonces no se buscan alternativas que hagan compatible la necesaria independencia del defensor respecto de los progenitores, con el derecho del niño a elegir su letrado de confianza. Deberían primero considerarse y analizarse las diversas situaciones con

perspectiva de derechos para habilitar otras soluciones que puedan también ser garantistas, antes de arraigar en las prácticas cotidianas la designación del defensor por parte de los Tribunales como única posibilidad de garantizar la imparcialidad.

Defensa especializada

Además de esta disparidad de criterios para garantizar el derecho a la defensa de los niños, nos encontramos con que muchos de los abogados que son designados en los diferentes procesos no cuentan con formación o capacitación específica en la temática y por ello no cumplen cabalmente con el rol para el que son designados. Se dan situaciones en las que los defensores no se preocupan por saber lo que opinan sus defendidos respecto del objeto del proceso, y hasta ni siquiera consideran que deben conocerlos y hablar con ellos con anterioridad a la audiencia judicial. Concurren al proceso a dar su propia opinión entendiendo —erróneamente— que con ello cumplen con “el interés superior del menor”. Confunden su rol con las funciones del Ministerio Público o con el de un mediador, lo que provoca una duplicación inútil de roles en el proceso, sin que se cumpla el fin para el que son designados.

La realidad es que actualmente, al no existir en nuestro país una Defensoría especializada en derechos de infancia, ni suficientes profesionales especializados en la materia, la mera designación de un abogado patrocinante, por sí sola, no asegura que el niño o adolescente reciba el asesoramiento debido, ni que se lleve adelante la defensa de sus intereses en forma adecuada. La mayoría de los profesionales designados, a lo sumo, tiene especialización en derecho de familia en general, pero carece de versación en derechos de infancia y su especificidad, y no conoce la normativa internacional de derechos humanos que ha crecido en forma acelerada en las últimas décadas. En los currículos de las facultades de Derecho existentes en el país hasta ahora no se le ha dado un lugar adecuado al estudio de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes que permita a los futuros profesionales formarse adecuadamente, ya que el tema se estudia parcialmente y solo en forma tangencial en distintas asignaturas.

El CNA tampoco prevé nada respecto a la necesidad de una defensa especializada. La ley n.º 17.514 del año 2002, que legisla sobre la violencia doméstica, establece que la Suprema Corte de Justicia deberá garantizar

la asistencia letrada obligatoria para la víctima, para lo cual la faculta a celebrar convenios con entidades públicas o privadas especializadas en la materia. Es de lamentar que esta disposición no se haya reiterado en el CNA respecto a niños y adolescentes, ya que sería una forma práctica de instrumentar la defensa especializada.

De acuerdo con la experiencia internacional, las Defensorías pueden dividirse según sus cometidos en tres categorías amplias: las que proporcionan, principalmente, defensa individual y representación; las que defienden a los niños como individuos y como colectivo; y las que actúan a favor de los niños como colectivo, sin representarlos individualmente.

Desde las políticas públicas, en nuestro país, precisamente por nuestras pequeñas dimensiones y escasa población, la defensa especializada en casos individuales parece un propósito factible que puede regularse por ley e implementarse a través de los Colegios de Abogados, de las universidades o de organizaciones no gubernamentales que trabajen en el tema, lo cual no significaría erogaciones para el Estado y garantizaría la independencia en el ejercicio de la defensa.

Conclusiones

La CDN fue ratificada por nuestro país hace ya casi 20 años. El CNA, sancionado en el año 2004, derogó el viejo Código del Niño y recogió los principios fundamentales de la CDN. Sin embargo, en su articulado subsisten rémoras de la doctrina tutelar —como el instituto del *curador* para el acceso a la justicia de las personas menores de edad en determinados casos no especificados suficientemente— que dificultan la efectividad del nuevo paradigma del niño sujeto de derecho. A ello se agrega que no se han derogado varias de las disposiciones del Código Civil incompatibles con los principios y normas de la doctrina de la protección integral, por lo que a la hora de aplicar el derecho al caso concreto se generan múltiples contradicciones, dudas y prácticas discordantes que resultan vulneradoras de los derechos de los niños y los adolescentes y que dificultan la concreción de los avances en su status jurídico.

Tanto los legisladores como los jueces y demás operadores vinculados con los derechos de la infancia deberían profundizar sus conocimientos respecto de los principios de la CDN. La interpretación, integración y armonización de la normativa debería realizarse en “clave de Convención”

y desde una perspectiva de derechos para que resulte sistemática y en concordancia con la condición de sujeto de derecho de las niñas, niños y adolescentes.

Los institutos de la patria potestad, de la curatela y de la capacidad e incapacidad de las personas regulados en el Código Civil deben armonizarse, transformarse y adecuarse al derecho positivo vigente en nuestro país en la actualidad, que recoge los principios de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. La solución inversa resulta inconstitucional y vulnera gravemente los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, esta concordancia que debe darse en el mundo del derecho deberá comprender e integrar los conocimientos actuales de diversas disciplinas como la antropología, la sociología y la psicología evolutiva acerca del desarrollo de los niños en la evolución de sus facultades y de sus implicancias, en un imprescindible e ineludible ejercicio de interdisciplina.

Deberá tenerse también especial cuidado al aplicar el principio de la autonomía progresiva en no caer nuevamente en las doctrinas clásicas del derecho civil que sostienen que los niños siempre fueron considerados sujetos de derecho. Se ha sostenido que no es exacto que las leyes tutelares no reconocieran derechos a los niños, sino que lo que no podían era ejercerlos por sí mismos, por lo que necesitaban representantes que los ejercieran por ellos.

La subsistencia de la figura del curador y su designación por los Tribunales, cuya pertinencia y oportunidad no es suficientemente aclarada por el CNA, y que algunos jueces utilizan hoy como la regla cuando participan niños en el proceso, viene a sustituir la voluntad de su representado y reitera, en esencia, la consideración del niño como “incapaz” de ejercer sus derechos al partir del supuesto de que el niño no tiene suficiente competencia o capacidad para actuar por sí mismo y requiere, entonces, de alguien que lo sustituya o complemente.

En otras ocasiones, si bien el niño o adolescente es escuchado, se lo hace como un mero formalismo, sin tener verdaderamente en cuenta su opinión. Todavía resulta predominante el modelo de la doctrina tutelar que ve a la niñez como un período de dependencia y de mera recepción pasiva de la “protección” del mundo adulto. De esta manera, el principio del “interés superior del niño” interpretado desde los propios adultos se

contrapone al de la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y lo anula.

Por último, merece destacarse que, desde las políticas públicas, la implementación de la figura del defensor del niño y la creación de una Defensoría especializada en infancia serían de fundamental trascendencia para lograr impactos reales en el efectivo ejercicio de los de niños y adolescentes y en su protección integral. También podría tener como cometido funciones de control de la aplicación de la nueva legislación en forma coherente y sistemática en todos los ámbitos en que participa el niño.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro (1999): "Infancia y democracia", en *Derecho a tener Derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo.
- BELOFF, Mary (2004): *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BOIVIN, M. y otros (1998): *Constructores de Otredad. Una Introducción a la Antropología Social y Cultural*, EUDEBA, Buenos Aires.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): "Infancia, autonomía y derechos", en *Derecho a tener derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (2004): "Defensorías de la Infancia. Experiencia Internacional", en *Revista Justicia y Derecho*, n.º 6, Santiago.
- DEGANO, Jorge A. (2005): *Minoridad. La ficción de la rehabilitación*, Editorial Juris, Rosario.
- FANLO, Isabel (comp.) (2004): *Derecho de los Niños, Una contribución teórica*, Fontanamara, México D. F.
- KOZICKI, Enrique (1987): "De la dimensión jurídica de la vida", en MARÍ, Enrique y otros, *Derecho y psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
- LANSDOWN, Gerison (2005): *La evolución de las facultades del niño*, Save the Children, UNICEF, Siena.
- MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa (2006): "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.
- UNICEF (1997): *El trabajo del Defensor del Niño. Innocenti Digest*, n.º 1, Florencia.
- UNICEF. Centro de Investigaciones Innocenti (2006): "Observación General No.4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño CRC/GC/2003/4, Julio de 2003", en Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, Florencia.

III



Jurisprudencia

Análisis de sentencia.¹ El clamor popular, ¿fundamento legítimo de la privación de libertad?

Fabián Piñeyro²

Introducción

Abordar el estudio de un proveimiento judicial puede, en muchos casos, ilustrarnos respecto de las complejas particularidades de un asunto plagado de especificidades, cuyo exotismo nos obliga a elaborar toda una nueva construcción jurídica que nos permita comprender la ontología del problema jurídico planteado. En otros casos, como el que nos ocupa, cuando nos encontramos con un pronunciamiento judicial efectuado frente a un asunto de rutina, pero en el que se luce de manera descarnada, sin solapamiento alguno, una concepción reñida con los principios fundamentales del derecho consagrado en la Constitución de la República, nos sentimos convocados a la tarea de analizar las bases doctrinarias sobre las que fundamenta su actuación cotidiana un sector bastante significativo de nuestra jurisprudencia.

El 30 de abril del año 2009, el Juzgado Letrado de Primera instancia de Paysandú de cuarto turno dictó la sentencia n.º 57, en la que condenó

1 Al momento de culminar este comentario, la providencia objeto este se encuentra en el Tribunal Apelaciones de Familia de primer turno, el que deberá pronunciarse respecto de la impugnación presentada por la doctora Mercedes Schiera, defensora pública de la República, responsable de la defensa jurídica de los adolescentes, a quien agradezco su invaluable colaboración.

2 Procurador. Aspirante a profesor adscripto de la Cátedra de Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

a un adolescente a la pena de privación de libertad por el lapso de once meses, por la atribución de responsabilidad en la comisión de un delito de rapiña en grado de tentativa. Esta providencia está dotada de un indubitable carácter paradigmático, que no deriva de las excentricidades del caso, sino de la naturaleza de lo dispuesto y de la forma indisimulada en la que se presentaron algunos de los argumentos esgrimidos, así como por la propia naturaleza de varios de los conceptos de los que se sirvió el sentenciante para fundar la parte dispositiva del decreto.

El análisis de algunos pasajes de la mencionada providencia pone a prueba las destrezas hermenéuticas de todo aquel que pretenda formarse un ajustado entendimiento de algunos de los conceptos de los que se sirve el Petrorio para fundar la parte dispositiva de la sentencia. Del análisis lógico-sistemático del conglomerado argumentativo sobre el que fundamenta su decisión el magistrado, parece desprenderse que con la expresión seguridad pretende significar la percepción que la sociedad posee respecto de las probabilidades de ser sujeto pasivo de un delito:

“Los jueces en sus decisiones deben ponderar en cada caso la incidencia de dos valores confrontados, por un lado el valor justicia y por otro el valor seguridad, puestos en la balanza, procurará siempre que uno de esos valores no resulte sacrificado por el otro”.³

Resulta por demás evidente que el magistrado pretendió fundar el ejercicio del poder sancionatorio en un juego de equilibrio entre el bien jurídico “justicia” y el bien jurídico “seguridad” al momento de precisar la intensidad de la respuesta punitiva.

El denominado principio de la seguridad posee en el ámbito jurídico un significado claramente definido, que no se corresponde con la definición que de dicho concepto realiza el magistrado. Este está referido a la necesidad de dotar de inmutabilidad a aquellas apreciaciones efectuadas por distintos órganos del Estado en las que se establece que una persona es titular de una determinada posición jurídica particular; en este sentido el valor de la seguridad determina que luego de cumplidas una serie de instancias una resolución no pueda ser revisada. La teleología que se persigue alcanzar con ello es generar un marco de seguridad dentro del cual pueda desarrollarse normalmente la actividad jurídica negocial.

3 Texto de la sentencia comentada.

En el específico ámbito penal este principio posee múltiples expresiones, quizá la más importante es la prohibición de someter a una persona a más de un proceso por la misma imputación, conocido como el principio del *non bis in ídem*. Esto viene a garantizar que una persona no pueda ser sometida más de una vez a un proceso de responsabilidad penal por los mismos hechos; el *non bis in ídem* está consagrado constitucionalmente en la República en atención a lo preceptuado por el artículo 72⁴ de la carta, en tanto es una garantía de protección de las personas y un límite al ejercicio del poder del Estado derivado de la forma republicana de gobierno.

Otra acepción posible del concepto o valor seguridad en el universo del Jus refiere al elenco de certezas y garantías que ha de consagrar el ordenamiento jurídico para posibilitar a las personas formarse un juicio cognitivo cierto respecto de las consecuencias jurídicas de sus actos. En este plano —en el ámbito penal— la más nítida expresión del mencionado principio es el “*Nullum Crimen E Nulla Poena Sine Praevia Legge pedaleen*” (de estricta legalidad).

En ninguna de sus acepciones posibles el denominado principio de la seguridad puede fundamentar la aplicación o la intensificación de una sanción penal. Resulta inconcebible que en un Estado de derecho un magistrado sacrifique a la justicia en aras de la seguridad pública, pretendiendo con ello fundar un determinado ejercicio del Jus puniendi.

Penar a una persona con el fin de disminuir una eventual sensación de inseguridad implica arrasar con una de las garantías más esenciales de protección de la persona humana: el principio de legalidad, que no puede ser desconocido si se anhela vivir en un marco de seguridad mínima que impida que alguien pretenda privarnos de nuestros derechos debido a que suscitamos un cierto nivel de pavor público.

En el escenario fáctico en el que nos estamos desarrollando —el del derecho penal juvenil— tiene necesaria aplicación un principio jurídico esencial que fuera recogido en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño: el denominado interés superior del niño. El profesor Miguel Cilleros dotó este concepto de significación concreta: “El interés superior del niño es siempre la satisfacción de sus derechos y

4 “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

nunca se puede aducir un interés superior a la vigencia efectiva de sus derechos”.⁵ En el ámbito penal dicho principio se manifiesta como un límite al ejercicio del poder punitivo del que es titular el Estado a través de los órganos competentes.

El accionar punitivo del Estado deberá impactar sobre la menor cantidad de derechos posibles, lo cual determina que no sea procedente en ningún caso disponer la privación de libertad de un adolescente por la supuesta necesidad de tratar de mitigar la aparente sensación de inseguridad del colectivo societario; Cillero expresa esto cuando dice que la Convención “reconoce que los derechos del niño pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos del niño deben ponderarse de un modo prioritario”.⁶

Más adelante el magistrado expresa otro de los fundamentos que —en definitiva— determinaron su decisión:

“Más debe de tenerse en presente el medio social en que vivimos aunque es el mismo derecho la repercusión social al estado de inseguridad en que vivimos no es la misma, como por ej. en una ciudad como Montevideo como en una ciudad del interior más allá que entre las ciudades y pueblos del interior hay también grandes diferencias”.⁷

Fundar la aplicación del poder sancionador del Estado en las referidas consideraciones implica una flagrante violación al principio de legalidad, eje cardinal sobre el que se desarrolla toda la teoría penal liberal, que viene a determinar en qué supuestos y con qué intensidad puede desplegarse legítimamente el poder punitivo del Estado: a) en la hipótesis de que una persona haya cometido una conducta que una ley previa haya calificado como antijurídica; b) con la intensidad sancionadora establecida en la ley como respuesta específica a la concreta infracción cometida.

El mencionado principio de legalidad —elípticamente enunciado— se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Constitución de la República.

5 Miguel Cillero Bruñol, “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, 1999.

6 Miguel Cillero Bruñol, “Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

7 Texto de la sentencia comentada.

Está recogido, además, en distintos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos que tienen rango constitucional en la República de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 72 de nuestra carta magna.

Incrementar la intensidad de una medida sancionatoria como respuesta a una conducta penalmente ilícita en atención al supuesto impacto que en el ánimo social hubiera de provocar dicha conducta tiene como corolario operativizar un mecanismo de atribución de responsabilidad penal objetiva, en tanto se incrementa el reproche como consecuencia de una circunstancia ajena a la conducta cometida, lo que exorbita el ámbito de control subjetivo del imputado.

No resulta fácil imaginar una lesión más grave al principio de la seguridad jurídica que aquella que traería aparejado sancionar un mismo hecho de manera diferente, según la afectación que dicha conducta genere en el ánimo colectivo; ello entrañaría, además, impredecibles consecuencias que podrían determinar lesiones a otros bienes jurídicos fundamentales, a vía de ejemplo el principio de irrestricta igualdad ante la ley.

Otro de los argumentos manejados refiere a la carencia de referentes familiares. En este sentido, en el capítulo de fundamentos de la sentencia, el juez expresa:

“Así también la falta de referentes familiares que le puedan brindar la contención y ejemplos para la convivencia social”.⁸

Si alguna incidencia ha de tener en el juzgamiento de los hechos estos elementos es en la disminución del reproche, en tanto los factores señalados pueden haber influido en la determinación de la conducta.

Elevar la intensidad sancionadora por un hecho penalmente indiferente contraría el denominado principio de lesividad, enunciado oblicuamente en el inciso primero del artículo 10 de la carta constitucional. Solo pueden ser objeto de la actividad de los magistrados aquellas acciones que afecten de manera directa derechos de terceras personas, y se excluye del arbitrio de los magistrados cualquier otra circunstancia.

El principio de lesividad determina la indiferencia jurídico penal de toda conducta que no implique la lesión de un bien jurídico. En el caso que estamos analizando no se está penalizando una conducta, sino que

8 Texto de la sentencia comentada.

se está castigando por una circunstancia ajena al hecho antijurídico, lo cual implica, además, efectuar una atribución de responsabilidad penal de tipo objetiva, lo que se da de bruces con los más fundamentales derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.

Otra hermenéutica posible de esta alusión a la falta de contención familiar estaría referida a la denominada doctrina de la situación irregular, propia del paradigma tutelar, superada normativamente, pero cuyos resquicios aún son observables en el quehacer cotidiano del foro de la República. En el marco teórico conceptual del viejo paradigma que inspirara a los codificadores del derogado Código del Niño de 1934 no se reconocía en las personas menores de edad a un sujeto pleno de derechos. El Estado, actuando en forma supletoria a los poderes tuitivos de los padres, se arrogaba el derecho de disponer de la persona de los niños cuyos responsables directos no cumplían con los requisitos socialmente exigidos. Paradójicamente, esta acción del Estado se efectuaba con el objetivo de lograr el bienestar del menor. Solo resulta concebible como una reducción al absurdo que pueda presentarse una restricción de derechos como un bien para la persona que la sufre.

Otro de los argumentos esgrimidos por el magistrado está referido a la necesidad de atender una eventual demanda social:

“Si bien se puede sostener muchos y excelentes argumentos contra la medida a tomar en los presentes obrados —pero como se expresó reiteradamente la sociedad solicita a viva voz— seguridad y ese el mundo o lugar donde estamos viviendo se pone en la balanza los derechos del adolescente —el valor de justicia— valor de seguridad”.⁹

Fundar el ejercicio del poder sancionador en el reclamo social implica tanto un renunciamento a una de las funciones esenciales que le competen a los tribunales de la República, como una atribución al colectivo social de un poder omnímodo para disponer de los derechos de las personas. Esta concepción, que es propia de las ideologías totalitarias, está reñida con lo dispuesto en la Carta Magna de la República. En toda la sistemática del texto constitucional se consagra una concepción axiológica-jurídica inspirada en la doctrina de los derechos del hombre. Esto se desprende de la simple lectura de lo preceptuado en los artículos 7 y 72 de nuestra Constitución.

9 Texto de la sentencia comentada.

Del análisis hermenéutico de ambas disposiciones surge con claridad meridiana que nuestra Constitución consagra y tutela derechos de los que son titulares las personas, por lo que se reconoce que estos derechos son pre-existentes a la organización institucional de la República. En un Estado de derecho la aplicación de una sanción penal no está sujeta a la deliberación democrática. El cuerpo ciudadano no posee la facultad legítima de determinar que corresponde aplicar tal o cual sanción. Lo contrario implicaría vulnerar los principios jurídicos en los que se funda nuestra organización política.

Uno de los principios básicos de nuestro derecho es el del debido proceso. Una de las conceptualizaciones posibles es aquella que lo entiende como un epistema; el debido proceso es el método que la sociedad ha establecido como el único válido para efectuar una apreciación cognitiva respecto de la eventual responsabilidad de una persona en un hecho anti-jurídico. Solamente en el marco de este rito se puede válidamente atribuir responsabilidad penal, y dentro de él no hay lugar para la recepción de las demandas sociales. Es deber del magistrado aplicar puntualmente el derecho, no interpretar los sentimientos del público.

En esta apelación a factores ajenos a la legalidad y a lo determinado en el marco del debido proceso como fundamento de decisiones judiciales se cuenta en el Río de la Plata con un nefasto antecedente, la sentencia por la cual la Alta Corte de Justicia de la Nación Argentina dispuso no otorgar la libertad de los adolescentes que están privados de su libertad sin proceso, sin sentencia, por razones de “protección”, por la amenaza que ciertos poderes de facto podría significar a los derechos de estas personas, en concepto de uno de los integrantes del máximo órgano judicial de la hermana República Argentina.

Estas son expresiones de una peligrosa corriente, que de manera más o menos disimulada se expresa en el ámbito judicial y que a veces se manifiesta de manera más notoria, como en los casos que venimos señalando. Implica una claudicación del principio de justicia, que tiene como consecuencia natural el debilitamiento del Estado de derecho, en tanto el cumplimiento de lo debido jurídicamente queda a merced de los poderes fácticos, sea quien sea quien lo ejerza.

Esta última parte está dedicada a desarrollar algunos conceptos sobre lo dispuesto en la sentencia cuyos fundamentos he venido analizando. El juez condenó a un adolescente por un delito de rapiña al que califica

como especialmente agravado en grado de tentativa. Corresponde precisar que resulta más que cuestionable la pertinencia jurídica de aplicar las circunstancias agravantes establecidas en el Código Penal a los efectos de incrementar la sanción a aplicar frente a una infracción a la ley penal cometida por un adolescente.

Respecto de este tema corresponde precisar que el Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay (CNA) en sede de proceso penal adolescente establece en su artículo 73¹⁰ que el juez actuante debe atender a un elenco de circunstancias a las que se hace referencia en el Código Penal de la República en el momento de calificar la conducta del adolescente a los efectos de aminorar el reproche y atemperar la punibilidad. En dicho artículo, además, se hace mención a un conjunto de circunstancias que determinarían —en atención a lo preceptuado por el Código Penal— un incremento de la punibilidad. Estas son el concurso de delitos y de delinquentes, pero no efectúa mención alguna respecto de las circunstancias agravantes establecidas en el Código Penal (ni específicas ni genéricas).

Uno de los principios fundamentales de la dogmática penal liberal es la prohibición de efectuar cualquier tipo de integración analógica en perjuicio del imputado. Las normas penales son, como todos sabemos, de interpretación estricta, por lo que al no efectuarse ninguna referencia a las circunstancias agravantes en el CNA estas resultan inaplicables para el juzgamiento de una infracción cometida por un adolescente.

En la resolución judicial objeto de estos comentarios se dispuso la privación de libertad de un adolescente por un simple conato, en atención a un cierto reclamo colectivo, una aparente demanda de mayor punibilidad efectuada por el cuerpo social, en una clara transgresión al principio del interés superior del adolescente, que consiste en una pauta orientadora de la actuación de toda autoridad, la que deberá prioritariamente atender el interés del adolescente toda vez que tome una decisión que lo afecte.

La teleología que se persigue con esto es la protección prioritaria de los derechos del adolescente. Una condena de privación de libertad no solo impacta sobre la manifestación ambulatoria del libre albedrío, sino

10 El juez deberá examinar cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, de las circunstancias que exigen de la aplicación de las medidas que aminoren el grado de la infracciones y el concurso de las infracciones y los infractores tomando en cuenta los preceptos de la parte general del Código Penal y la ley n.º 16.707 del 12 de julio de 1996, condición del adolescentes y presupuestos de la perseguibilidad de la acción.

que afecta un elenco amplio de derechos, muchos de ellos tutelados en la propia Constitución de la República. En atención a ello, la privación de libertad solo corresponde ser aplicada como última ratio, “cuando el bien jurídico afectado por la acción antijurídica del adolescente es la vida en sentido amplio, es decir, abarcativo de delitos que lesionan gravemente la integridad física y psicológica de la víctima: violación, lesiones gravísimas y homicidio”.¹¹

Cabe precisar que algunos de los conceptos y criterios manejados por el juez se encuentran sustentadas en formulaciones dogmáticas derivadas de una exégesis literal de disposiciones de rango legal, instrumento hermenéutico que resulta inadecuado en la hipótesis que se analiza, en tanto se le asigna un contenido a las referidas disposiciones legales reñido con los principios generales del derecho consagrado en la Constitución de la República y en la CDN.

11 Susana Falca: “Privación de libertad de adolescentes en el Uruguay”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nº 7, UNICEF, Asunción, 2005.

Bibliografía

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “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.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (noviembre de 2008): “Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile.

FALCA, Susana (2005): “Privación de libertad de adolescentes en el Uruguay”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 7, UNICEF, Asunción.



El procedimiento infraccional de adolescentes: aplicación del artículo 63 del Código Penal y otros aspectos. Comentario de la sentencia n.º 24/2008 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de segundo turno de Rivera

Myrna Isabel Queirolo¹

Los hechos

Estas actuaciones se originaron a raíz de una denuncia por presunto homicidio realizada por los hijos de la señora M. V. Luego del sepelio, según relatan, los familiares comenzaron a notar cosas irregulares, como muebles u objetos fuera de lugar dentro de la finca. Realizadas las averiguaciones, se ubica a dos adolescentes, A. C. y M. da S., como presuntos autores del hurto que se había efectuado en el domicilio de M. V., en cuyo frente funcionaba un comercio. En consecuencia, el Ministerio Público termina deduciendo acusación por un delito de homicidio especialmente agravado contra ambos.

Antecedentes

El juzgador debió decidir entre la acusación fiscal y la posición de la defensa de ambos adolescentes, que sostenía la inaplicabilidad del artículo 63 del Código Penal en este caso, fundamento legal de la acusación.

Cabe un matiz distintivo entre ambas defensas, por cuanto uno de los adolescentes reconoce su participación en el hurto con penetración

1 Defensora pública.

en el local comercial de la víctima e involucra a su compañero, en tanto el otro niega haber participado del hecho, pese a que se le incautaron prendas provenientes del lugar. El Ministerio Público sostiene su posición acusatoria en que, luego del hurto concertado y como consecuencia de este hecho, la anciana dueña de casa falleció, pues aunque “... el plan y la resolución delictiva común iban dirigidos a vulnerar otro bien jurídico distinto del hecho sobrepajante, pero no es menos cierto que los adolescentes pudieron prever el resultado final, lo que no tuvo ningún efecto disuasorio” (folio 101 del expediente). Indica también que la víctima fue elegida en forma deliberada por su propia vulnerabilidad. Como consecuencia de este razonamiento basado en el examen parcial de la prueba (incluso la que debe considerarse nula por lo que se dirá oportunamente) se sustenta la ya dicha solicitud de condena por el delito de homicidio especialmente agravado, en lugar de la tipificación de hurto que diera inicio a las actuaciones.

La sentencia

Hechos probados

El sentenciante estima probados los hechos que tienen que ver con el itinere delictuoso referente al hurto: el concierto previo, la penetración en el local y domicilio de la víctima y la sustracción de distintos efectos. Posteriormente, la venta de algunos efectos por uno de los adolescentes y la entrega de parte del dinero obtenido al otro. También se tiene por probado que la señora M. V. era portadora de una cardiopatía severa y que en horas de la madrugada pidió auxilio a sus vecinos, quienes llamaron a la emergencia médica, que constató su fallecimiento.

Evaluación de los medios probatorios

Son utilizadas como fundamento de la sentencia todas las diligencias probatorias realizadas en la etapa de instrucción judicial, pero se descartan las de las averiguaciones policiales, a excepción de la denuncia por un presunto homicidio realizada por los hijos de la víctima, que luce a folio 1. ¿Qué valor da el juzgador a cada una de ellas? En primer lugar, acertadamente y cumpliendo con la normativa del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), fueron dejadas de lado las declaraciones tomadas a los adolescentes en la investigación policial.

Si bien estos fueron interrogados en presencia de sus madres, estas actuaciones revisten el carácter de ilícitas en cuanto exceden las permitidas por el artículo 76 del CNA. El artículo indicado prevé que la policía realizará las anotaciones necesarias para el relato del hecho, y en estos autos, los adolescentes fueron interrogados exhaustivamente sobre lo presuntamente sucedido, sin presencia de abogado defensor. Tampoco constaba en las actas que se les hubiera indicado su derecho de designarlo. Es por lo tanto acertada la decisión que se adoptó respecto a estas actuaciones, debido al exceso cometido durante las investigaciones policiales.

Se descartaron también las declaraciones testimoniales recogidas por la policía, posición que no comparto. Si bien no corresponde que la policía interroge a los adolescentes presuntamente autores del ilícito, sí debe recoger indicios que dirijan la investigación y aporten elementos que presentar a la sede judicial. Por ello, es indispensable el interrogatorio de los testigos en una primera instancia en la órbita administrativa.

Tampoco comparto la apreciación que hizo la sede en cuanto entiende que las declaraciones judiciales son reiterativas de lo dicho en sede policial. De la comparación en los autos de los dichos vertidos en ambas órbitas se concluye que en algunos casos se han producido importantes contradicciones, en tanto en otras situaciones se han ampliado las manifestaciones realizadas en primer término y conseguido elementos que, luego analizados por la defensa, han coadyuvado a ejercerla en detrimento de la posición fiscal.

No comparto, además, la inclusión de la carpeta de Policía Técnica como medio de prueba aceptado. La actuación de la Policía Técnica es muy importante para el relevamiento de datos o indicios en la escena del hecho cuando esta ha sido preservada. En este caso, la intervención se produjo aproximadamente 40 horas después de los hechos y cuando la escena había sido alterada totalmente por la familia de la víctima.

Los técnicos actuantes describen: “Es de significar que del hecho hasta la denuncia realizada pasaron aproximadamente 40 horas, dentro de las cuales la escena fue removida en su totalidad [el subrayado es agregado], como ser: lavado de pisos, movimiento de los indicios mencionados, por ejemplo los zapatos en cuestión, en el inodoro donde se ubicó el monedero habían descargado el agua de la cisterna, etc.” (folio 39 del expediente).

Como se puede apreciar, la prueba pericial realizada en ese momento tiene valor nulo y, sin embargo, el sentenciante la admitió como uno de los medios válidos para resolver el fondo del asunto.

Simultáneamente, reclamó la falta de otros, como la reconstrucción y la autopsia de la víctima, que ninguna de las partes solicitó, ni aun el órgano acusador. ¿Qué podrían aportar estos medios al esclarecimiento de los hechos? Quizás en la reconstrucción se hubiera podido confirmar la participación en el hurto de M. da S. ante su negativa, pero esta igualmente se vio desvirtuada por otros elementos probatorios, lo que hace suponer que no habría sido de gran utilidad.

No podrían tomarse los datos que surgen de la carpeta de Policía Técnica para una eventual reconstrucción por lo ya expuesto y tampoco las declaraciones testimoniales, pues en realidad nadie se percató de que hubiera sucedido un hecho ajeno a la víctima que pudiese haber determinado su deceso hasta después de su entierro.

En cuanto a la autopsia, creo que era innecesaria, por cuanto hubo un relato coherente de los testigos respecto a los sufrimientos de salud padecidos por la occisa, incluyendo a la médica que certificó su defunción, que ya la conocía por numerosas consultas que realizaba por ese motivo.

Estos datos se complementan con el estudio de la historia clínica realizada por la Dra. Balbela, del Instituto Técnico Forense de Montevideo, quien confirmó la enfermedad padecida por aquella: una cardiopatía hipertensiva e isquémica con insuficiencia cardíaca congestiva (folio 146 del expediente), quien concluye que en cualquier momento y por cualquier motivo existía riesgo de vida. No hay en los autos una sola prueba que vincule a los adolescentes en forma directa o indirecta con el cuerpo de la señora M. V.

Todos conocían su salud precaria y ninguno de los que con ella estuvo antes y después del fallecimiento constataron una marca o una señal que pudiera sugerir el ejercicio de violencia sobre ella. Tanto es así que su hija manifestó que estaba “perfecta”.

Por esto no comparto el reclamo expresado por el juzgador, quien, cabe señalar, se hizo cargo de los autos una vez diligenciada la mayor parte de la prueba. En lo demás, no hace referencia especialmente a ninguno de los otros medios probatorios agregados, en los que no incluyó una publicación aportada por la defensa de A. C.

Dicha publicación, un editorial aparecido en un diario del medio que fuera firmado por un colega abogado que conocía a la occisa, hace un examen de lo sucedido que no se corresponde en nada con las actuaciones judiciales y policiales. La defensa entendió que se estaba ante la desvirtualización del contenido de las actuaciones realizadas, pero más peligroso aún, se pretendía estar transmitiendo la verdad de lo acontecido. Y no era cierto. Se mostraba una imagen criminal de los adolescentes a quienes no les habría importado lo que le sucediera a la anciana. Y pretende un diálogo que se habría dado entre estos y la anciana que nunca existió.

Este elemento no mereció ningún pronunciamiento en la sentencia definitiva, lo que, a mi criterio, fue una omisión. En lo demás, la prueba diligenciada fue valorada en conjunto, y no se descartó ninguna en especial.

Duración del proceso

En el número 2 (Las pruebas) el sentenciante destaca que no se ha cumplido con la especialidad y especificidad del proceso de adolescentes infractores, y ello, además de referir a la ya mencionada intervención policial excesiva y los interrogatorios bajo acta ya mencionados, refiere a su duración. Todos quienes trabajamos en esta materia (sobre todo en el interior del país) conocemos las exigencias del Código de la Niñez y la Adolescencia en lo referente a los plazos, que fueron fijados en cortos lapsos de tiempo en atención al interés de definir la situación del adolescente a la brevedad. Estos autos se iniciaron con la presentación de la denuncia policial por el presunto homicidio de la señora M. V. el día 26 de octubre de 2007; las averiguaciones policiales y tomas de declaración (adolescentes y testigos) se realizaron entre el 28 de octubre y el 6 de noviembre de 2007, fecha en la que se elevaron las actuaciones a la sede judicial. La duración de estas averiguaciones no fue excesiva, los adolescentes siempre estuvieron en su domicilio y no fueron sujetos de ninguna manera a las actuaciones que se estaban desarrollando.

Una vez recibidas en el juzgado, los plazos se cumplieron rigurosamente, hasta la etapa de diligenciamiento de probanzas ofrecidas por la defensa. Y aquí nos topamos con la realidad diaria de nuestro sistema. Entre estas pruebas había informes sociales que debían cumplirse por el ITF local e informes psicológicos a cargo del INAU, ya que el ITF no contaba con psicólogos propios. Las condiciones estructurales de ambos organismos no permitieron el cumplimiento de las medidas en el tiempo previsto, lo que queda constatado en autos con el informe de la directora departamental del

INAU en cuanto a la imposibilidad de cumplir con lo dispuesto en tiempo. En consecuencia, se procedió a una prórroga de la audiencia final, pero siempre dentro de los plazos exigidos por la norma (60 días). Al contestar la acusación fiscal, la defensa solicitó nuevas pruebas, dependientes también de terceros ajenos a las oficinas, como la agregación de la historia clínica mutual de la occisa y su examen a cargo de técnicos del ITF de Montevideo.

¿Qué hacer? Ante la disyuntiva de no cumplir con el tiempo estrictamente fijado por la ley y renunciar a pruebas que son fundamentales para la defensa (del mismo modo podrían serlo para el acusador), en lo personal creo que se debe optar por tramitar las pruebas solicitadas, en cuanto la garantía que ellas ofrecen son de mayor jerarquía que la demora que pueda sufrir el proceso, dentro de los límites de la razonabilidad. Véase que en este caso el examen de la historia clínica fue un elemento determinante en la decisión del juzgador. ¿Y si no la tuviéramos? ¿Y si no se pudiera examinar correctamente por los peritos adecuados? Quizás las conclusiones habrían sido otras si solo se podía valorar lo que surgía de las declaraciones de los imputados y los testigos. O quizás no. La prueba pericial es de gran trascendencia en algunos casos y entiendo que no debe resignarse su diligenciamiento.

La calificación jurídica de los hechos

Finalmente, el juzgador dice que “La conducta llevada a cabo por los adolescentes M. R. da S de C. y A. F. C. R., se encuentra comprendida en la figura prevista por los arts. 69 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 60 num. 1º y 340 del Código Penal”,² y falló en ese sentido. Ante la requisitoria del Ministerio Público, que solicitaba la aplicación del artículo 63 del Código Penal para determinar la responsabilidad de los adolescentes en un delito de homicidio especialmente agravado, me pregunto si es de aplicación la conexión delictual en él recogida para el caso de autos. Luego de examinar los hechos y las pruebas legalmente aportadas a la causa, se coincide con la posición negativa del decisor, quien en su decisión final solo recoge la figura del hurto como causa de punición de ambos imputados. ¿Por qué no aplicar la norma indicada si se produjo el deceso de la señora M. V.? Porque el accionar de los adolescentes siempre estuvo dirigido a perpetrar el hurto, como se constató, pese a la negativa de participación de uno de ellos. El aspecto subjetivo del artículo 63 del Código Penal ha

2 Considerando I de la sentencia.

merecido distintas interpretaciones, por lo que se ha adjudicado la responsabilidad a título de dolo, culpa o dolo eventual, según los autores.

Tomando como base la acción antijurídica del delito concertado, me afilio a la posición que atribuye la responsabilidad a título de dolo eventual, por la conducta que excede de la prevista en el delito concertado.

La previsión legal exige un “plus” en la conducta delictiva: no solo quiero cometer tal delito, sino que además sé que podría llegar a cometer otro distinto, lo que asumo como “riesgo” de mi accionar. En atención a la especificidad de la norma y ejercitando los principios generales del derecho penal, concluyo que su aplicación debe ser de carácter excepcional y cuando no hay dudas sobre la conducta asumida por el autor. No es este el caso de los adolescentes M. da S. y A. C.; aun cuando hubieran elegido a su víctima mediante “estudios de la situación” previos al hecho, la elección se dirigió a asegurar el resultado del hurto, es decir, asegurarse de que era un “robo fácil”. Previamente no conocían a la víctima de otro lado ni mantenían una relación con ella, por lo que no existió previsión de un posible resultado “muerte”. Es más, al menos uno de ellos creía que la casa estaba deshabitada, según sus manifestaciones no contradichas en autos. Las acciones desarrolladas no encuadran en los principios generales a los que se remite el artículo 63 del Código Penal:

“la doctrina es unánime en cuanto a considerar que tales principios generales son los contenidos en el art. 18 del Código Penal: intencional, ultraintencional o culposo. El indagado no tiene ninguna de las tres vinculaciones subjetivas con el resultado muerte ni tuvo intención de matar, ni medió resultado que excedió la intención, no medió culpa. No hubo conciencia y voluntad respecto a tal resultado. Además, la ley 16.707 agregó un último inciso al artículo 18 que expresamente, en casos como el de autos, excluye la responsabilidad penal por actos distintos a los concertados no mediando posibilidad de formular imputación subjetiva: ‘En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente...’”³

Lo característico de la actuación es que el autor conoció la posibilidad de que tal acontecimiento se produjera; lo previó, y como previsión, integró su conducta. En el caso, los imputados dirigieron, como ya dijimos, su accionar a consumir el hurto. No se probó que en algún momento al menos uno de ellos hubiera estado en contacto con la víctima. La única

3 Cfme. Sentencia n.º 260/2005 TAF 2ºT.

alusión a su persona es el relato de A. C., que dice que la señora gritó luego de lo que salieron corriendo. Esto no implica que estuvieran con ella, simplemente pudo haber oído algún ruido y reaccionar a este. El informe final de la historia clínica de la occisa, realizado por la Dra. Balbela, del ITF de Montevideo, concluye que la víctima estaba expuesta a morir ante cualquier evento. El Dr. E. Marcelo Domínguez Correa, en su trabajo “Responsabilidad por delitos divergentes del concierto” (LJU, Doctrina 11), refiere: “El art. 63 de nuestro Código Penal y todos los artículos referentes al concurso de delincuentes, son mecanismos amplificadores del tipo penal, ya que sin ellos, sería imposible sancionar penalmente a todos los que sin ser autores hubieran participado en la concreción de la conducta criminal. En este sentido, la codelincuencia supone una extensión de responsabilidad y por su incidencia respecto del principio de legalidad y la función garantizadora de la tipicidad, la interpretación debe ser estricta, si no estaríamos frente a una violación inadmisibles del principio de legalidad base de todo derecho penal liberal y regulado en nuestro Código Penal en el artículo 1º”.

Por su parte, el Dr. Bayardo, al examinar el concepto de causa y nexos causal, expresa que el artículo 3º del Código Penal “no consagra otra doctrina que la de la *conditio sine qua non* legalmente atemperada” (Tomo IX, p. 166). ¿Cómo integrar estos pensamientos? No puede haber un delito sin una conducta típica que sea recogida como antijurídica y, por ende, sometida a sanción. El vínculo entre la conducta y el resultado debe ser directo, ya sea por acción u omisión y la existencia de concausas atempera esa relación. Las sanciones penales deben estar expresamente previstas y, en consecuencia, la ampliación de la norma sancionatoria también, para que sea aplicable a otras situaciones. Esto es lo que sucede con el artículo 63 del Código Penal que amplía el concepto de “responsabilidad penal”, aplicándolo a una figura delictiva diferente de la querida por el autor, que se dé como resultado de la conducta de este.

Agravantes y atenuantes

Si bien no fue recogida la figura de delito agravado, merece un párrafo especial la consideración de las agravantes y, en tal sentido, me remitiré a la respuesta que di a la posición del Ministerio Público al sustentar la defensa de A. C.

En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé en forma especial las figuras delictivas y determina cuál de ellas debe calificarse

con los agravantes, incluyéndolas en el tipo penal descrito: tal es el caso de la privación de libertad agravada recogida en el número 5 de las infracciones gravísimas a la ley penal. En cambio, al referirse en el número 1 al homicidio, este no tiene ninguna calificación especial.

A nuestro entender, la imputación del homicidio no admite ninguna agravante, por no estar incluida en la tipificación. Hay que tener presente la especialidad y restricción del derecho penal aplicado a los adolescentes; en el concepto de la Dra. Jacinta Balbela, un derecho penal mínimo: “En el juzgamiento de las infracciones, el principio de legalidad ha sido consagrado mediante la previsión de una normativa restringida, pretendiendo consagrar **un derecho penal mínimo**, tanto en el ámbito sustancial como procesal, como de ejecución...”⁴ En lo relativo a las atenuantes, el artículo 73 del CNA ordena al juez de la causa examinar, entre otros elementos, los que aminoren el grado de las infracciones. Es decir, que las atenuantes de responsabilidad penal sí deben ser examinadas fuera de la descripción realizada en el artículo 72.

La diferencia del tratamiento que se da a agravantes y atenuantes en el texto legal refuerza nuestra posición en cuanto a que las primeras no pueden agregarse a la figura descrita. En la sentencia examinada al fijar la pena no se tuvo en cuenta la atenuante de la confesión de uno de los adolescentes: se aplica a ambos la medida de libertad asistida, a cumplirse en la ciudad de Rivera, bajo supervisión del INAU, por un período de seis meses. Si bien fue beneficiosa en cuanto desestimó la solicitud fiscal, técnicamente puede afirmarse que fue injusta para A. C., quien confesó y asumió su responsabilidad en el hurto, circunstancias que no fueron recogidas en la decisión. Sin perjuicio de lo dicho, no se consideró necesario apelar en virtud de la propia normativa que habilita solicitar el cese de las medidas en cualquier momento, lo que, de hecho, termina reduciendo el período de sanción impuesta.

Conclusiones

El procedimiento infraccional de adolescentes no ha recibido la atención necesaria de parte del Estado. Se aprobó una ley que ha generado un desborde de los servicios involucrados, tanto administrativos como judiciales y no se logra el objetivo de la recuperación de los adolescentes.

4 Cfme. Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 17.823 del 7 de setiembre de 2004, p. 25.

La defensa muchas veces debe ejercerse con carencias de conocimiento de los hechos y las personas vinculadas en ellos. Se dispone de pocos minutos para estudiar los expedientes y actuaciones que se hubieran producido.

A esto agregaré que, a mi parecer, es imprescindible que la justicia de adolescentes se separe de la justicia penal; solamente en Montevideo hay juzgados especializados en la materia. Los principios con los que se manejan jueces y fiscales penales de adultos no son los mismos que los que deben manejar quienes enfrentan delitos cometidos por adolescentes. La finalidad de la norma no es la misma, por lo tanto, la forma de resolverlos tampoco es igual.

La lógica represiva de la normativa penal de adultos aplicada por jueces y fiscales no es la más adecuada para proteger el interés superior de los adolescentes y buscar una forma de sanción que, además de hacerles reconocer su responsabilidad, les permita vislumbrar una posibilidad de cambio y recuperación.

Seguramente, un fiscal especializado en adolescentes hubiera encarado de distinta manera estas actuaciones. En este sentido, reafirmo que las normas penales deben aplicarse en forma clara y respetando a rajatabla el principio de “in dubio pro reo”, que a veces parece haberse borrado de nuestra cultura penal.



Infancia y administración de **justicia:** la importancia de la **defensa jurídica**

Este libro es el resultado de un largo y meditado proceso de reflexión sobre el accionar concreto y cotidiano de la defensa pública en relación a la infancia en Uruguay. En tiempos difíciles, ya se sabe, el valor de la libertad pierde su obviedad. Mucho más si se trata de la libertad de los “otros”: los adolescentes pobres de las periferias urbanas. Pese a todo, más tarde o más temprano la verdadera legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia descansa en el funcionamiento adecuado de la defensa jurídica. En términos regionales, nuevos peligros y desafíos amenazan el futuro de los derechos de la infancia. Ello hace referencia a una preocupante tendencia en el contexto de intentos de volver atrás conquistas legales que parecían definitivas. Esta tendencia se materializa hoy, no solo bajo la forma clásica del aumento de las penas y la baja de edad de la imputabilidad, sino también en la destrucción sistemática de las garantías del debido proceso. ¿Para qué? Para, entre otras cosas, utilizar la privación de libertad, no como una forma de respuesta seria del Estado frente a los delitos graves cometidos por los menores de edad, sino en forma espuria como una “política social reforzada” para los adolescentes pobres.

La defensa pública puede y debe, en todas partes donde dichas tendencias se manifiesten, constituirse en un instrumento fundamental para evitar tamaño retroceso.

