

intercambios»

Serie de documentos de trabajo de UNICEF Uruguay

#4

Legislación nacional
en materia de infancia.

¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho?

¿Intervención tutelar o derecho penal?

Grupo de análisis de la Asociación
de Defensores Públicos
del Uruguay



únete por la niñez

unicef 

#4

Legislación nacional en materia de infancia.

¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho?

¿Intervención tutelar o derecho penal?

Grupo de análisis de la Asociación
de Defensores Públicos
del Uruguay

intercambios»

Serie de documentos de trabajo de UNICEF Uruguay

#4

Legislación nacional
en materia de infancia.

¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho?

¿Intervención tutelar o derecho penal?

Grupo de análisis de la Asociación
de Defensores Públicos
del Uruguay

únete por la niñez

unicef 

Serie *Intercambios* n.º 4

UNICEF Uruguay 2012

Legislación nacional en materia de infancia. ¿niño objeto de tutela o sujeto de derecho? ¿Intervención tutelar o derecho penal?

Autores:

Grupo de análisis de la Asociación de Defensores Públicos del Uruguay

Rossana Bianchi

Gabriela Brunetto

Luis Ferrari

Beatriz Aristimuño

Johnny Bertinat

Edición: Carlos Álvarez

Diseño y diagramación: Taller de Comunicación

Impresión: Mastergraf

Primera edición: junio de 2012

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

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 niños y adolescentes, sin que ello implique discriminación de género.

UNICEF Uruguay

Bulevar Artigas 1659, piso 1

Montevideo, Uruguay

Tel (598) 2403 0308

Fax (598) 2400 6919

montevideo@unicef.org

www.unicef.org/uruguay

Contenido

Presentación	9
Introducción	11
La infancia y el paradigma ilustrado Dra. Rossana Bianchi	13
Intervención discrecional versus autonomía en el ámbito del derecho civil Dra. Gabriela Brunetto	17
De la punición tutelar al derecho penal de mínima intervención en materia juvenil Dr. Luis Ferrari	25
Conclusiones El nuevo paradigma del derecho de infancia en materia civil Dra. Beatriz Aristimuño	35
Derecho penal adolescente Dr. Johnny Bertinat	39

Presentación

La oficina de UNICEF en Uruguay presenta el cuarto número de la serie “Intercambios”. En él se recogen las principales conclusiones a las que arribó un grupo de defensores públicos que conforman el área de discusión y análisis de la Asociación Nacional de Defensores Públicos del Uruguay, luego de un largo proceso de análisis respecto del proceso legal e institucional de los últimos años y su adecuación a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ese análisis tuvo por objeto principal la reflexión acerca del vínculo existente entre la infancia y el Derecho. Los ejes articuladores del debate fueron la efectiva operativización del principio de la autonomía personal, del acceso a la justicia y el principio de legalidad en materia penal.

Dichas conclusiones fueron presentadas en el Congreso Internacional de la Defensa Pública celebrado en Montevideo en el mes de octubre del año 2011.

Es propósito de UNICEF que su difusión contribuya a la profundización de la discusión jurídica y aporte al proceso de adecuación legal e institucional.

Egidio Crotti
Representante de UNICEF en Uruguay

Introducción

Apuntes para el debate

Modernidad: derechos, individuo y proyecto ilustrado

La Modernidad imbuirá de una nueva racionalidad la vida humana, tanto en su dimensión colectiva como individual: reconfigurando las relaciones entre el individuo y la comunidad, delimitando nítidamente los contornos que han de separar el espacio público del privado, estableciendo claras delimitaciones en el universo de la normatividad. Ello dará paso al nacimiento de la sociedad, que tomará el lugar de la comunidad.

Con ello ingresará a la escena de la historia el individuo, el ser humano como titular de una dignidad intrínseca, portador del inalienable derecho a ser el hacedor de su propio destino. El hombre —parafraseando a Kant— como un fin en sí mismo. En este nuevo marco axiológico-cultural (que tiene a la libertad individual como su núcleo organizador) serán redefinidos los fundamentos mismos del orden jurídico y del Estado.

El derecho será resignificado como un límite de la deliberación y la praxis política. La emergencia concomitante del individuo y del espacio privado traerá aparejada la necesidad de establecer mecanismos eficaces de contención al despliegue de los poderes comunitarios. De esta forma emergerá el Estado de Derecho.

Infancia y Modernidad

En el pacto legitimador e hipotéticamente originario de la nueva sociedad se definió que los niños debían ser meros objetos de tutela sobre los que se desplegaran sin límite alguno los poderes comunitarios.

De acuerdo con ello, toda la legislación que tuvo dentro de su universo de aplicación a las personas menores de edad consistió en una distribución de competencias y poderes entre las dos instituciones básicas del nuevo orden: la familia y el Estado.

Un verdadero abismo se abrió entonces entre la infancia y el derecho; redefinido el derecho como un límite al despliegue de los poderes comunitarios, el mismo no alcanzó a la infancia.

Sobre este basamento conceptual se edificarán los institutos de la patria potestad y el sistema público correccional, este último como sucedáneo de las fallas del primero.

Expresión paradigmática de ello en Uruguay es el Código del Niño de 1934, instrumento jurídico que consagró normativamente un sistema de intervención estatal sobre la infancia pobre y abandonada, centrado en la

arbitrariedad y la punición injustificada, en bien de los niños pero más precisamente en interés de los sectores hegemónicos de la sociedad. Por más de siete décadas operó en el país un sistema de intervención que punía por la mera condición de pobre, de forma absolutamente discrecional, con la mera pretensión de esconder los rostros más terribles de un orden social injusto.

El nuevo paradigma: el niño sujeto de derecho

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas vino a positivizar un nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de las personas menores de edad, cuya génesis se encuentra en la resignificación del universo de las relaciones de los niños con el mundo adulto, formulado a partir del reconocimiento de la condición de sujeto de derechos de las personas menores de edad redefiniendo entonces la relación entre infancia y Modernidad.

Desde este prisma conceptual se formuló un análisis del Derecho positivo vigente en el país y de las praxis jurisdiccionales imperantes, con el objeto de diagnosticar cuáles son los factores que han obstaculizado la efectiva vigencia de la nueva racionalidad jurídica consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño, con la pretensión de que los más esenciales logros de la Modernidad alcancen a la infancia.

Grupo de análisis de la Asociación de Defensores Públicos del Uruguay

La infancia y el paradigma ilustrado

Dra. Rossana Bianchi¹

El pensamiento ilustrado vino a impregnar a la vida social de una nueva racionalidad originada en una profunda transformación cultural que modificó definitivamente la forma en que entendemos la vida social, las interacciones de cada uno con el todo, de cada persona con las otras y con el resto del colectivo social.

Estas transformaciones estarán vertebradas en la emergencia del concepto de individuo, la persona particularmente considerada, titular de una dignidad intrínseca de la que la comunidad no lo puede despojar.

La emergencia del individuo implicará una ruptura definitiva con la tradición aristotélica, en la que la sociedad era vista como un producto natural; el hombre para ser hombre debía formar parte de la polis.

La aparición del individuo transformará los fundamentos mismos del orden social; el individuo existe más allá y más acá del colectivo social y este último se constituye para servir a los fines del individuo y no a la inversa como ocurría en las sociedades pre-modernas.

El orden social solo será legítimo en tanto sea fruto del consenso libremente expresado por parte de los individuos que lo componen, los que acordarán mediante el pacto originario dotarse de un conjunto de instituciones establecidas con el objeto de garantizarle a todos los individuos el pleno desarrollo de su personalidad, el cultivo de su particular concepción del bien, en definitiva, el desarrollo de su vida en libertad.

Es así como se dibujarán los límites que separarán el espacio público del ámbito de lo privado, permitiendo emerger la individualidad por sobre las imposiciones de la comunidad.

En el marco de este complejo proceso de cambio cultural, el Derecho adquirirá su sentido definitivo, el de servir de límite al despliegue de los poderes comunitarios sobre el individuo.

Pero serán muchos quienes queden fuera de este pacto original y de la protección que la nueva institucionalidad le brindará a los individuos frente a los poderes comunitarios. Entre ellos, los trabajadores, las mujeres y los niños.

Desde entonces y hasta la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño un abismo va a quedar abierto entre la infancia y el paradigma ilustrado; entre la infancia y el Derecho, entendido en el sentido que le diera la Modernidad, de límite al despliegue de los poderes comunitarios.

1 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Defensora Pública. Ponencia realizada en el Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Defensa Pública, Montevideo, octubre de 2011.

El Estado y la familia se abrogaron el poder sobre la infancia, y tradicionalmente, esta concepción teórica es aceptada como legítima.

Los niños fueron concebidos como OBJETOS DE DERECHO y no como SUJETOS DE DERECHO. La tutela ejercida sobre ellos, con la finalidad de su protección, supuso la pérdida de sus derechos individuales. Entre ellos, el de ser escuchados en cuanto a qué desean para su vida actual y su futuro.

La comunidad impone sus normas sociales y culturales, haciéndolas efectivas a través del contralor familiar y judicial.

La intervención tutelar implica el desconocimiento de la independencia del niño y del adolescente, fundamentando tal intervención en su vulnerabilidad, pero en realidad la misma es la imposición de reglas que impiden que haya un alejamiento del marco ético de padres y jueces.

Esto es, bajo el manto de la protección, las normas tutelares propician el contralor de la posible libertad de cada individuo, impidiendo proyectarse en forma diversa de la preestablecida.

El juez impone su ética personal en detrimento del desarrollo de la personalidad del individuo y esta ética es la que la comunidad marca de acuerdo a las concepciones hegemónicas de la sociedad.

En este punto deberíamos referirnos al concepto de “*ethos*” para encuadrar el alcance de la anterior afirmación.

Al decir de Julio De Zan, la ética de los jueces es la imposición de los contenidos que diseñan un modelo ideal de personalidad moral, forma de ser o valores que cada sociedad espera ver reflejados en sus jueces y a la vez, éstos desean reflejarse, como desean ser o como ellos desean ser vistos por la sociedad.

Se concibe así estos ideales personales y comunitarios como “lo natural” o sea, valores y costumbres identificatorios del grupo comunitario. Cualquier elección de vida diferente, que se aleje de esos parámetros considerados como naturales, es imposible de ser aceptado.

El *ethos* manifiesta el modo de ser de cada persona; es el conjunto de sus creencias e ideales, su particular concepción del bien, su peculiar forma de concebir la vida. Muchas veces, los magistrados incorporan como parte de los presupuestos axiológicos que han de guiarlos en el ejercicio de la labor jurisdiccional valores que ellos consideran virtuosos por la concepción del bien que profesan imponiendo de esta forma su *ethos* personal.

Cabe también diferenciar el ya vertido concepto de “*ethos*” con el concepto de moral. Más allá de que generalmente *ethos* y moral son advertidos como sinónimos, la moral refiere, en realidad, al deber, la rectitud y la justicia aplicados a nuestro relacionamiento con los demás; es el respeto de los derechos humanos fundamentales.

Por eso, la aplicación de un juez de su propia *ethos*, supone la imposición de un modelo de vida, de su propio concepto de finalidad de la vida humana.

Así se visualiza la aplicación del llamado “Sentido Común”, que no es más que la imposición del *ethos* de los jueces por sobre el principio de legalidad, y en detrimento de las garantías mínimas de respeto a la individualidad del niño.

Se desliza también subrepticamente cuando llega la referencia del “Interés Superior del Niño”, en el entendido que así lo reza la Convención, pero dejando vacío de sustancia y contenido el verdadero sentido del concepto, para llenarlo con su propia interpretación de lo que la sociedad entiende como interés superior, y no aquello que el niño expresa como principal para su desarrollo en libertad y con felicidad.

Esta imposición del *ethos* particular del juez al niño trasgrede uno de los principios más básicos de la sociedad liberal, la separación entre el *ethos* y el Derecho y la concomitante libertad de los individuos de definir libremente su propia concepción ética.

A esta imposición que padecen los niños nos referimos cuando hablamos del “NO DERECHO”, el orden jurídico y la praxis que desencadena una cierta forma de interpretarlo determina que el Derecho no opere efectivamente como mecanismo de protección al libre desarrollo de la personalidad del niño. Un reflejo en el plano normativo de ello, lo vemos en el instituto de la Patria Potestad, por el cual se estableció la posibilidad de limitar y corregir al hijo con las pautas de la ética paterna. Es indudable que los padres tienen el deber de acompañar el crecimiento de sus hijos, proporcionándoles la satisfacción de sus necesidades. Es imprescindible que su afectividad sea plena. Se advierte, sin embargo, que con tales fines se puede limitar el desarrollo de las capacidades propias del niño por la imposición de los adultos de sus propias experiencias, reprimiendo entonces la posibilidad de que transite y atraviese las suyas.

Cuando los hijos exceden los límites impuestos por la ética familiar se recurre a los límites jurisdiccionales, en sustitución de la primera.

En todos los casos es tarea del Defensor poner coto a la discrecionalidad, y ello sólo se logra mediante la aplicación de la ley. A través de la Defensa, el niño se hace oír y puede hacer que se reconozca su voluntad y autonomía.

Como sostiene Alessandro Baratta, el derecho a ser oído conlleva el deber simétrico de ser escuchado por parte del adulto y por tanto, las decisiones de éste tomarán su legitimidad de lo que ha aprendido de aquel.

A partir de la existencia de la Convención, el reconocimiento de la infancia como titular de derechos humanos originarios dibuja un nuevo paradigma que desemboca en el derecho positivo de orientación actual.

A medida que se avanza en el proceso de modernización, despegan otros valores en los cuales se manifiesta la libertad individual. Las limitaciones impuestas por la comunidad y su estructura monolítica se van borrando

dejando lugar al pluralismo de convicciones éticas primero y luego al reconocimiento de la autonomía del niño para formarse en un marco de mayor libertad posible sus propias convicciones.

La intervención que la sociedad puede legítimamente desplegar sobre la vida de los niños posee dos límites infranqueables: el Derecho entendido como las facultades de obrar libremente que son inherentes a la dignidad de la persona humana, facultades que la sociedad no puede desconocer y un segundo límite dado por el respeto a la pluralidad de concepciones éticas que determina que a la hora de interpretar y aplicar el derecho el juez debe ceñirse a parámetros valorativos de carácter moral, es decir aquellos que han sido consensuados por la sociedad que aparecen plasmados en los grandes principios generales del Derecho contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Para la afirmación y sustento de las bases democráticas del Estado es imprescindible la concreción de este paradigma, y por tanto impensable durante el período de los regímenes autoritarios latinoamericanos finalizados en la década del 80.

La democracia tiene su sustento en el reconocimiento de los derechos de todos sus ciudadanos por igual, lugar del cual no podrá excluirse a los niños si se pretende un desarrollo firme de la libertad.

Y como merecen todos los ciudadanos, protegiéndolos en su vulnerabilidad, en la diversidad, pero sin la imposición de relegar su individualidad y sin escuchar sus voces.

Intervención discrecional versus autonomía en el ámbito del derecho civil

Dra. Gabriela Brunetto²

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) plasma en normas jurídicas otra forma de considerar a la infancia, otra forma de posicionarla dentro de la sociedad y en su relación con el mundo adulto. En los últimos años las relaciones de los niños y adolescentes entre sí y de éstos respecto de los adultos, comienzan a tener otra dimensión. El espíritu del nuevo ordenamiento jurídico nacional e internacional es recoger esta nueva realidad y reglarla de modo de dejar en claro cuáles son las conductas y/o actitudes familiares, sociales, administrativas y judiciales que no se corresponden con la nueva visión de la infancia. Es decir el “nuevo” ordenamiento jurídico más que consagrar derechos sustanciales, establece un nuevo paradigma, ya que estos derechos ya estaban reconocidos desde un punto de vista formal indiscutiblemente desde la Declaración de Derechos Humanos para todos los individuos sin importar la edad de los mismos.

La CDN, asimismo, consagra determinados conceptos jurídicos que operan como garantía del respeto de los derechos ya consagrados por la norma. Es así como a partir de la CDN y de una adecuada interpretación de ésta podemos hablar del interés superior del niño como un principio garantista del respeto de los derechos de éstos; empezamos a conceptualizar el principio de la autonomía progresiva de la voluntad intentado armonizarla con normas que regulan el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos en ejercicio de la patria potestad. **Los principios del interés superior del niño y de autonomía progresiva de la voluntad operan como límites a los poderes discrecionales del mundo adulto, de los padres y del Estado a través de actos administrativos como judiciales.**

La diferencia entre los niños de la sociedad previa a la Convención y los de la sociedad actual se basa en un principio rector: el niño como sujeto de derecho y como tal titular de todos los derechos propios e inherentes a la personalidad humana, entre ellos el derecho a la libertad. La CDN plasma esta nueva realidad como garantía jurídica del respeto de la libertad de los niños fijando los límites al mundo adulto para garantizar el ejercicio de este derecho.

Ahora bien, lo que pretendemos reflexionar con ustedes es de que manera opera este límite como mecanismo garantizador del derecho a la libertad en la realidad fáctica de los procesos judiciales, cómo es considerado y tratado

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Defensora pública.
Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Defensa Pública, Montevideo, octubre de 2011.

el niño o adolescente en el proceso judicial, de qué manera es considerada su opinión, como los operadores jurídicos en cumplimiento de nuestro rol respetamos al niño como verdadero sujeto de derecho, si ejercemos nuestro rol respetando límites o si actuamos en forma discrecional. Estas interrogantes las planteamos desde una visión crítica de la práctica forense actual y de la forma en que asumen su rol los distintos operadores intervinientes.

En el ámbito de los procesos judiciales propios del derecho de Familia y específicamente en los que aparecen comprometidos los derechos de los niños, observamos cómo se da una gran dicotomía entre la norma jurídica y los actos procesales, como lo jurídico pasa a un segundo plano resignificándose lo doméstico. **Los procesos judiciales en los que se sustancian asuntos donde aparecen involucrados los derechos de las personas menores de edad no son conceptualizados –muchas veces en la práctica– como verdaderas contiendas jurídicas, en las que se entabla un contradictorio cognitivo hermenéutico.** Abordando en muchas oportunidades al pleito jurídico como una contienda doméstica, en la que el magistrado ha de actuar en bien del niño y de la familia, aún cuando esos asuntos domésticos llegan al ámbito judicial para obtener respuestas jurídicas que comúnmente no encuentran, en tanto los magistrados formulan una solución al conflicto que no está inspirada en consideraciones jurídicas. Soluciones que presentando una aparente juridicidad formal distan de lo jurídico en lo sustancial, en tanto el conflicto y su solución no se abordan desde una perspectiva jurídica. La discrecionalidad del magistrado cobra una especial relevancia en desmedro del respeto de los derechos y garantías de los sujetos sobre los cuales recaerá la decisión judicial.

Es frecuente ver como en los procesos judiciales de familia así como en los procesos de niños y adolescentes se da una cierta distorsión y desprolijidad procesal que no se observan en otros ámbitos jurisdiccionales.

En los **procedimientos protectores** en el marco del artículo 117 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, adjetivo cuyo objeto es una actuación puntual y de urgencia frente a una situación de vulneración de derechos de niños o adolescentes, procesos que están concebidos para la sustanciación de una pretensión cautelar o provisoria que haga cesar en forma inmediata la situación de vulneración de derechos, observamos cómo se convierten en la praxis en una instancia de contralor de las pautas de convivencia que se ha dado cierto núcleo familiar, violentando muchas veces la autonomía del Derecho frente a los distintos *ethos* existentes en la sociedad. Procesos que debieran servir para el dictado de una medida de urgencia necesaria para la protección de los derechos de las personas menores de edad, se convierten en un mecanismo mediante el cual el Estado ejerce una cierta policía de la familia, desencadenando una intervención sobre la vida de las

personas jurídicamente improcedente. En tanto, se convierten en asuntos de litigios cuestiones propias del *ethos* familiar que no debieran ser objeto de una contienda jurídica, convirtiendo estos procedimientos en una tutela de la familia toda, de la forma de actuar y de relacionarse de sus miembros, en lugar de la protección del niño.

De la misma manera vemos como en **procedimientos de familia**, verbi gracia procesos de tenencia o visitas, las normas procesales no son respetadas al igual que en otro procedimiento judicial. El desarrollo de la Audiencia se torna, muchas veces, a tal punto informal que se deja de lado la propia estructura y forma inherente a dicho acto procesal, las normas procesales ceden ante tanta flexibilidad que muchas veces llega a desvirtuarse la estructura misma del procedimiento.

A mi juicio, en muchos casos se da una desmesurada y errónea interpretación del artículo 350.5 del Código General del Proceso, por medio del cual los magistrados asumen un rol tan inquisitivo que habilitan o inhabilitan actos procesales sin el estricto cumplimiento de la norma procesal.

También observamos que en estos procedimientos no queda aún clara la participación procesal de los niños y adolescentes, cuándo comienzan a actuar en el juicio, en que carácter, de qué manera son escuchados, si su opinión es tomada en cuenta como una verdadera pretensión jurídica, si actúan con un abogado defensor o con un curador.

Estos son ejemplos de situaciones que se nos presentan a diario en la práctica forense que podemos considerarlas como irregulares que nos hace cuestionar si realmente se aplica el derecho tanto sustancial como procesal, si se integran los principios rectores como verdaderos mecanismos garantizadores del ejercicio de los derechos subjetivos y si estos operan como límites a la discrecionalidad o si por el contrario el contenido de estos principios dejan de ser la garantía del respeto de los derechos para pasar a ser conceptos indeterminados que sirven al operador para impregnar su decisión de posiciones éticas, filosóficas y religiosas personales.

Cabe cuestionarse el absurdo de si en el ámbito de los procesos de familia estamos en un área judicial donde puede no aplicarse el derecho y en su lugar se deja libre la actuación discrecional de los operadores, llegando a soluciones del conflicto que carecen de un adecuado fundamento jurídico.

Se pretende partir del análisis crítico del rol de cada defensor en el proceso judicial y analizar si éste se adecua con la función que debemos cumplir en el proceso de manera de respetar el principio de la autonomía progresiva de la voluntad y el respeto estricto del derecho como límite a la intervención discrecional de la familia, la comunidad y el Estado.

Tomando en cuenta el concepto de autonomía progresiva de la voluntad (consagrado en los artículos 5 y 18 de la CDN y 8 del CNA), como la posibili-

dad que tiene el niño de ir ejerciendo sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades, atendiendo a que se trata de un sujeto en formación y en evolución creciente de sus aptitudes cognitivas, psicológicas y emocionales. En la medida que el niño va creciendo y madurando va adquiriendo mayor autonomía en sus actos y por ende mayor poder de decisión respecto de sí mismo, y en la misma medida el adulto responsable del niño debe ir cediendo en forma progresiva su cuota de autoridad respecto de él, permitiendo así su crecimiento y maduración. Siendo responsabilidad de los adultos acompañar a sus hijos en este proceso a través del cual van progresivamente adquiriendo la titularidad del efectivo ejercicio de sus derechos

Si analizamos el rol de la defensa, partimos ya de una imprecisión legislativa muy importante que tiene que ver nada más y nada menos con la función de la defensa: si los defensores de los niños somos curadores o abogados defensores.

Es imposible hablar de la defensa jurídica del niño y de su rol, sin discriminar la diferencia entre curador y abogado del niño. Vemos como jurisprudencialmente son utilizados estos términos en forma indiscriminada; por lo general los jueces nombran “curador-defensor” (término un tanto impreciso) otras veces nombran “defensor del niño”, aún en casos de niños de meses o pocos años de vida. De esta manera no queda claro si se designa un “abogado del niño” o si es un curador. Se trata de figuras jurídicas muy distintas que suponen la asunción de un rol también diferente por parte del profesional.

Curador supone la idea de incapacidad y representación otorgando, el plus de capacidad que la ley reclama para la validez de determinados actos procesales de los sujetos incapaces. Por lo tanto, cuando un sujeto requiere un curador es porque entendemos que dicho sujeto es incapaz.

La representación se ubica, dentro de la figura de la cooperación o colaboración jurídica que un sujeto aporta a otro, encarnando en sí misma la figura de la sustitución, es decir la sustitución de la actuación del representado por el representante, logrando mediante esta ficción jurídica que los actos del representante generen efectos en el representado.

El defensor del niño, supone la asistencia letrada del niño no ya considerado como un ser incapaz, sino que se le reconoce su capacidad, de allí el rol del abogado será brindar asistencia letrada especializada cuyo objetivo es la satisfacción del interés propio del niño o del adolescente.

El abogado del niño, cuando no es su curador, sino su asistente, es el letrado encargado de satisfacer los intereses de éste, con prescindencia de sus opiniones personales respecto de que es lo mejor para ese niño. Es importante aclarar esto ya que bajo el uso del concepto jurídico “interés superior del niño” es muy frecuente ver como muchas veces el abogado reclama en

juicio lo que entiende mejor para ese niño, fundamentando su actuación en el referido “interés superior del niño”. De esta manera realiza la defensa de lo que para él es lo mejor para su defendido, tomando en cuenta sus opiniones personales, sus propias concepciones, ideologías o filosofías, en lugar de lograr la satisfacción de la propia pretensión del niño. Claro está que dentro de las funciones del abogado del niño está la de asesorar jurídicamente a su defendido, pero siempre tomando en cuenta su interés y no lo que es mejor para el niño a juicio del abogado.

Si bien esto parece muy sencillo dicho en estos términos, en los hechos los abogados que trabajamos en esta materia vemos como es muy frecuente “caer en la tentación” de solicitar judicialmente lo que entendemos mejor para ese niño y muchas veces se nos presentan serios dilemas al respecto. Pero debemos tener presente cual es nuestra concreta función. El rol del abogado del niño no es sustituir la voluntad de este, sino que es hacer todo lo posible para que su voluntad se exprese.

Así como en un procedimiento penal juvenil el rol del defensor del adolescente no puede ser otro que la búsqueda de la absolución de su defendido, al igual que lo es en el derecho penal de adultos, o en su defecto la imposición de la mínima sanción. De la misma manera en un procedimiento de familia la función del abogado no puede ser otra que la obtención de lo que el niño reclama, coincida o no coincida con lo que el abogado defensor entienda como mejor para ese niño en el caso concreto. El abogado asesora pero no educa, no reprime, no transmite valores.

Determinar cuando el letrado cumple la función de curador y cuando cumple la de abogado, no es un tema menor, ya que va a determinar nada más y nada menos el rol que como defensores debemos desempeñar. Dada la importancia y trascendencia de ello hubiera sido mucho más adecuado que la ley fuera más clara y no quedara a la discrecionalidad del Juez esta designación. Parece lógico considerar que el niño que está en condiciones de formarse un juicio propio respecto de los temas que se dilucidan en el proceso deberá tener un abogado defensor y cuando esto no sucede deberá contar con un curador. Este criterio contempla el concepto de autonomía de la voluntad del niño, pero: ¿es correcto que esta determinación quede a la discrecionalidad del Juez?, y cuando éste no lo hace, ¿debe quedar a discrecionalidad del abogado designado?

Claramente no todos los operadores tendrán el mismo criterio para determinar si el niño en cada caso concreto está en condiciones de formarse un juicio propio, parece que esta subjetividad no brinda la necesaria seguridad jurídica y garantía para el representado o asistido.

Podemos en tal sentido proponer criterios para determinar cuando el niño debe tener un curador y cuando un defensor, tomando en cuenta el

concepto de autonomía progresiva de la voluntad. Nos parece adecuado que no quede librado a la discrecionalidad del juez, y por ende a merced de los criterios y valoraciones que éste pueda hacer en función de su *ethos* personal, no es posible en términos fácticos construir un concepto de madurez que trascienda las distintas y muy particulares concepciones del bien que conviven en nuestra sociedad.

Es por esta razón que entendemos que deberían establecerse legalmente en forma clara franjas etarias para determinar cuando un niño requiere un curador y cuando un abogado defensor. Si bien somos conscientes que no todos los niños o adolescentes de la misma edad tienen la misma madurez, lo mismo ocurre en el mundo adulto y nadie discute tal extremo. La madurez es un concepto muy subjetivo y de imposible calificación jurídica. Es por ello que la edad es el único criterio objetivo real que puede tomarse en cuenta. De hecho nuestro ordenamiento jurídico es el criterio que adopta para determinar a un sujeto imputable o inimputable para la ley penal (en nuestro ordenamiento jurídico un sujeto es responsable penalmente a partir de los 13 años). El Código Civil diferencia entre púberes e impúberes, habilitando a los púberes a realizar determinados actos que no permite a los impúberes.

Ahora bien, si consideramos que un sujeto de 13 años es absolutamente capaz para ser imputado de un delito y por ende ser juzgado en un procedimiento penal juvenil, ¿podemos concluir que no está en condiciones de decidir con que padre vivir o qué régimen de visitas tener? ¿Debemos entender que para comparecer en un procedimiento penal lo haga en forma personal con un abogado defensor y en un procedimiento de familia requiera de un curador? Parecería lógico que si comparece solo ante un procedimiento penal, debería poder hacerlo ante un Juez de Familia.

A nuestro juicio este es un criterio razonable que contempla la armonía que deber regir dentro del ordenamiento jurídico.

Siguiendo con una visión crítica de nuestra actuación como defensores, podemos afirmar que en nuestros actos procesales, al igual que en los dictámenes del Ministerio Público como de los Magistrados, muchas veces carecemos de argumentaciones jurídicas sólidas, no integramos dentro del corpus iuris potencialmente aplicable a la situación planteada la normativa internacional, ni los principios generales del derecho y específicos del derecho de infancia. Es frecuente ver dictámenes del Ministerio Público y resoluciones de los jueces que contemplan “lo mejor para el chico”, la solución más “correcta”, más “adecuada”, y no la construcción de un dictamen o una decisión judicial con la debida fundamentación jurídica.

En la labor jurisdiccional el Juez no es un mero aplicador de la norma jurídica, su actuación requiere adecuar la norma general y abstracta al caso

concreto, para ello debe interpretar e integrar la norma, recurriendo a todo el ordenamiento jurídico y a los principios generales del derecho. Pero en esta labor vemos como muchas veces en las decisiones que involucran a la infancia, se elude la fundamentación teórico-jurídica cediendo ante las consideraciones personales no ya del operador-juez si no de un operador-buen padre de familia, con roles tutelares proteccionistas.

Defensa, Ministerio Público, Jueces, es decir, todos los operadores del sistema judicial, debemos dejar de actuar desde la óptica tutelar, de la cual está aún impregnada la sociedad toda y también lo estamos los operadores jurídicos, a pesar de los nuevos cuerpos normativos que regulan la materia y nos imponen una nueva visión de los niños como sujetos merecedores de una protección especial de sus derechos y no como objetos de protección.

Seguimos viendo en la praxis judicial actuaciones teñidas de un ropaje tutelar, decisiones de un buen padre de familia en lugar de un magistrado jurista aplicador del derecho y de los principios rectores del ordenamiento jurídico, como única garantía de soluciones respetuosas de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

De la punición tutelar al derecho penal de mínima intervención en materia juvenil

Dr. Luis Ferrari³

1. Estado de la cuestión. Necesidad del planteo a nivel teórico.

Creemos necesaria la discusión de esta temática a nivel teórico no solo por la influencia que la misma pueda llegar a tener en la praxis de la actividad jurisdiccional, o incluso legislativa, sino también a los efectos de lograr des-ensmascarar la hipocresía de nuestro sistema penal juvenil, con la finalidad última de lograr que el derecho penal juvenil sea entendido, conforme al nuevo paradigma del niño y adolescente considerado como sujeto de derechos, como un límite al poder punitivo del Estado.

Creemos además que es pertinente plantear esta discusión en este Congreso de la Defensa Pública, ya que a esta Institución, estadísticamente, le competen casi el 100% de los casos que llegan a la órbita judicial, siendo este otro indicador de que el sistema penal juvenil actúa con una enorme selectividad, criminalizándose casi en exclusividad a los sectores más humildes de la sociedad, sectores cuya principal y, casi única voz, es precisamente la Defensa Pública.

Por otra parte, es bueno discutirlo en la actual coyuntura histórica ya que estamos viviendo una verdadera demonización de los llamados “menores infractores” para los que se pide, como consecuencia directa de campañas publicitarias de “ley y orden”, penas más duras, nuevas incriminaciones de conductas, el mantenimiento de los antecedentes de menores para cuando sean mayores, condiciones de reclusión más severas o incluso la baja de la edad de la imputabilidad, mostrándose a los mismos como la causa casi exclusiva de la inseguridad, sin que ello tenga un respaldo empírico que lo avale.

Contra este discurso casi hegemónico, no se escuchan voces disidentes, por lo que creemos necesario poner las cosas en su lugar, partiendo de la premisa básica de que los adolescentes que transgreden las normas penales son pasibles de ser incriminados a partir de los 13 años de edad de acuerdo a lo preceptuado en el C.N.A. sancionado en el año 2004, a quienes se les aplica sanciones privativas de libertad que en esencia son penas en sentido estricto, vale decir aflicciones, que muchas veces se determinan atendiendo a circunstancias ajenas a la conducta cometida, teniendo más que ver con el sujeto o autor a quien el Juez impone su *ethos* debido a la enorme discrecionalidad imperante, violándose principios básicos del derecho penal liberal como son el de legalidad, igualdad y culpabilidad argumentándose para ello, en muchos casos, un discurso tutelar.

3 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Defensor Público. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Defensa Pública, Montevideo, octubre de 2011.

2. La doctrina tutelar

Es a partir de la modernidad que el hombre es visto como un fin en sí mismo, y a partir de este concepto son redefinidos los fundamentos mismos del orden jurídico y del Estado. Pero cuando hablamos de hombre, debemos aclarar que en realidad estamos hablando de personas adultas, ya que los niños son considerados como meros objetos de tutela sobre los que se desplegaran, sin límite alguno los poderes comunitarios.

De acuerdo con ello, toda la legislación que tuvo dentro su universo de aplicación a las personas menores de edad consistió en una distribución de competencias y poderes entre las dos instituciones básicas del nuevo orden: la familia y el Estado, no considerándose a los niños como sujetos de derecho.

Un verdadero abismo se abrió entre la infancia y el derecho; éste redefinido como un límite al despliegue de los poderes comunitarios, no alcanzó a la infancia.

Sobre este basamento conceptual se edificarán los institutos de la patria potestad y el sistema público correccional, actuando este último como sucedáneo de las fallas del primero. Expresión paradigmática de ello es el Código del Niño de 1934, instrumento jurídico que consagró normativamente en el país un sistema de intervención estatal sobre la infancia pobre y abandonada, centrado en la arbitrariedad y la punición injustificada, en bien de los niños, pero más precisamente en interés de los sectores hegemónicos de la sociedad. Operó así, por más de siete décadas, un sistema de intervención que punía por la mera condición de pobre, de forma absolutamente discrecional, con la mera pretensión de esconder los rostros más terribles de un orden social injusto.

En definitiva entonces en esta concepción tutelar, los niños y adolescentes no son considerados como sujetos de derecho, su individualidad, sus derechos y su libertad, ceden paso ante su vulnerabilidad y el derecho penal juvenil, lejos de ser concebido como un límite al poder punitivo del Estado, es considerado como algo bueno para los jóvenes a los que hay que aplicarles medidas educativas con la finalidad de convertirlos en seres funcionales al orden social mediante la imposición de discursos, representaciones y valores que los sectores dominantes pretenden que sean aceptados de forma homogénea por el conjunto de la sociedad.

El conflicto entre la ley penal y la conducta desplegada por el autor no importa tanto, lo que realmente se valora es la condición social del autor a quien, dada su vulnerabilidad, hay que aplicarle una medida educativa para que pueda aprehender los valores de la sociedad vista como un todo homogéneo, eso sí, siempre con un discurso tutelar, en el cual se lo considera como una persona esencialmente vulnerable, a la cual por su propio bien, hay que proteger, aun a costa de sus derechos y de su libertad. Esto es

visto como un bien para la infancia y adolescencia y para la sociedad en su conjunto, sin siquiera plantearse si esto vulnera los derechos de las personas menores de edad, ya que, repetimos, los mismos aun no son reconocidos, siendo los niños y adolescentes, meros objeto de derecho.

La intervención judicial penal juvenil, en este paradigma, es esencialmente arbitraria, más que discrecional, y actúa imponiendo los valores hegemónicos de la sociedad considerada como un todo homogéneo, con prescindencia de la conducta del individuo, a quien, por su supuesta vulnerabilidad hay que tutelar, estableciéndose por este medio un derecho penal de autor más que de acto que en definitiva pune para proteger.

Como un ejemplo de ello recordemos las palabras del Dr. Irureta Goyena en la Nota y Exposición de motivos del proyecto de código del Niño aprobado en 1934:

“la Comisión ha tenido en cuenta ante todo que la gravedad del delito cometido no tiene en el caso 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 educadoras, se encuentran entre los vagos, viciosos, los pequeños rateros procedentes de los centros urbanos; (...)”

“(...) por lo demás la ciencia moderna acentúa continuamente la tendencia a conceder mayor importancia al delincuente que al delito, porque la practica enseña que el crimen es un índice engañoso de la temeridad del criminal; se observa frecuentemente que delitos de escasa entidad objetiva castigada con penas insignificantes denuncian por la forma y circunstancias en que han sido cometidos, carencia absoluta de sentido moral en sus autores; mientras que otras veces, sujetos de buenos sentimientos fácilmente reformables incurrir en hechos graves bajo el impulso de la pasión o cediendo a tentaciones o circunstancias ocasionales”.

3. El nuevo paradigma: el niño sujeto de derecho

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, vino a positivizar un nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de las personas menores de edad, cuya génesis se encuentra en la resignificación del universo de las relaciones de los niños con el mundo adulto, formulado a partir del reconocimiento de la condición de sujeto de derechos de las personas menores de edad redefiniendo entonces la relación entre infancia y modernidad.

En esta visión más humanista, centrada en el paradigma axiológico de la libertad individual y el reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derecho, no se deja de considerar que el niño es un sujeto vulnerable y por ende merecedor de una protección especial para que

este ejerza sus derechos como una manifestación de su libertad, consagrándose entonces los principios de interés superior y autonomía progresiva de la voluntad.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, la citada evolución teórica jurídica se ha topado con serios obstáculos. El concepto de adolescente como sujeto de derechos no aparece en el ámbito penal tan claramente definido como en materia civil, como consecuencia de ello la concepción del Derecho Penal Juvenil como límite al poder punitivo del estado, en que los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad de la pena con el grado del injusto y culpabilidad sean los rectores, no ha terminado de consolidarse.

En efecto, en el plano simbólico-cultural sigue predominando una cosmovisión tutelar del fenómeno infraccional adolescente, persisten en el universo teórico conceptual, lógicas que son inherentes a la racionalidad tutelar lo que se ve reflejado tanto en las soluciones legislativas vigentes, como en la praxis imperante, favoreciéndose entonces una intervención discrecional del poder punitivo del Estado sobre los adolescentes.

Aun no nos queda claro, y esto como un resquicio de esa lógica tutelar que todavía nos subyace, que el derecho penal juvenil, en este nuevo paradigma del adolescente como sujeto de derechos, debe ser considerado como un derecho de última ratio, de intervención mínima y que sólo debe funcionar para la protección de los bienes jurídicos esenciales, que en una concepción liberal y garantista, deben ser concebidos como aquellos derechos fundamentales emanados de nuestra Constitución, y del derecho internacional.

La contradicción de considerar desde el punto de vista teórico a las personas menores de edad como sujetos de derecho por un lado, pero por otro insistir en limitar sus derechos y su libertad para tutelarlos dada su vulnerabilidad, hace que el derecho penal juvenil actual sea una rara mezcla de estos conceptos, lo que lleva a que se disminuyan las garantías de quienes son captados por el sistema, y que el propio derecho penal juvenil no sea considerado como un límite al poder punitivo del Estado sino como un instrumento legítimo de la sociedad para imponer sus valores por medio de la coacción.

Es por ello que consideramos necesario debatir sobre nuestro derecho penal juvenil actual.

4. Nuestro Derecho Penal Juvenil

Como venimos diciendo, la sociedad en su conjunto y muchos operadores judiciales en particular no visualizan al régimen penal adolescente como derecho penal en el sentido que este adquirió en la Modernidad (límite al despliegue del poder étático sobre el individuo), aun sostenemos, incluso en el plano teórico, que lo que se les aplica a los menores es una medida socio-

educativa que en definitiva viene a tutelar la vulnerabilidad del autor y no una pena en sentido estricto, una aflicción por la conducta desplegada.

Esta conceptualización de la pena se deriva de la confusión entre el *ontos* y el *telhos* de la sanción, vale decir, entre la naturaleza y el fin de la pena. La sanción no es concebida como una pena, con una finalidad preventivo-retributiva, sino como una medida socio-educativa que en definitiva será buena para la persona a quien se le aplica, a quien se busca recuperar, siendo además socialmente necesaria para dar seguridad a toda la sociedad.

Esta confusión a nivel teórico tiene incidencia en la definición de los criterios de determinación de la pena y termina generando graves vulneraciones a los más esenciales principios del derecho penal liberal como el de legalidad, igualdad y culpabilidad ya que la intensidad de la respuesta punitiva se termina mensurando en función de elementos ajenos a la conducta del sujeto, dando lugar a la emergencia de un derecho penal de autor más que de acto, como cuando por ejemplo se fundamenta la aplicación de una medida de privación de libertad casi exclusivamente en la ausencia de “claros referentes familiares”.

En muchas oportunidades esta praxis no aparece explicitada en los proveimientos judiciales, pero esas consideraciones efectivamente inciden y mucho en el proceso intelectual que desarrolla el Magistrado y el titular del Ministerio Público al momento de determinar la sanción.

Trasgrediendo el principio de legalidad, esencial al derecho penal liberal, en la praxis cotidiana de nuestros tribunales penales juveniles el eje articulador del debate hermenéutico se desplaza sensiblemente del análisis de la conducta, al enjuiciamiento del sujeto.

Esto a su vez, se ve favorecido porque el marco legal, elaborado en base a esa lógica tutelar que aun nos impregna, no ha receptado plenamente el principio de legalidad, favoreciendo entonces la discrecionalidad en y el juzgamiento de los sujetos, más que de los actos cometidos por éstos.

El legislador no estableció un elenco de sanciones específicas como respuesta a la comisión de cada una de las conductas tipificadas como delictivas, no se establece con claridad que ante determinada conducta se aplicará determinada pena, fijando un mínimo y un máximo legal dentro del cual, según el grado de injusto y la culpabilidad, el Juez determine la sanción.

Esto nos lleva al avasallamiento de otro principio establecido por el derecho liberal como es el de igualdad ante la ley, en efecto, una misma conducta podrá ser merecedora de diferente sanción, o incluso no ser sancionada según las características personales del autor o incluso de su familia o entorno social.

En abierta contravención al principio de legalidad, que en su función de límite, señala cuales son las únicas hipótesis en que puede legítimamente

desplegarse y con qué intensidad aplicarse el poder punitivo del estado, se procedió a conferirle a los Magistrados la facultad cuasi discrecional de establecer hasta por el máximo de cinco años y con el límite de los 22 años de edad, una medida socio educativa de privación de libertad.

El criterio legal regulador de esta referida facultad discrecional es en sí mismo discutible y cuestionable ya que radica en la “manifiesta peligrosidad del adolescente”, la cual si bien es valorada discursivamente por el Magistrado actuante, en la práctica, la estimación de esa supuesta peligrosidad se encuentra delegada en equipos técnicos que asesoran al Juez de acuerdo a parámetros poco claros, en los cuales la subjetividad de la persona menor de edad y su entorno familiar y social, y la del propio equipo técnico, entran en juego determinando la posibilidad o no de la internación y posteriormente del egreso.

Estas características de nuestro derecho penal juvenil hacen que el mismo sea en la práctica esencialmente discrecional, mas de autor que de acto, y que la pena no sea vista como una aflicción, sino como una medida socio-educativa la cual tiene poco que ver con la actividad desarrollada por el autor de la conducta delictiva, juzgándose más bien su subjetividad y su entorno familiar y social de acuerdo a pautas poco claras donde el Magistrado impone sus valores, considerándolos como los de toda la sociedad. La sociedad es concebida entonces como estructurada en base a un marco cultural homogéneo del que el Juez se erige en protector, actuando en su defensa, ante la manifiesta peligrosidad del agente al cual se lo intentará recuperar aplicándole esas medidas.

Este discurso que propugna la tuición de los adolescentes en conflicto con la ley propicia prácticas que violan sus derechos y su libertad, estableciéndose en los hechos un derecho penal juvenil muy selectivo, en el cual la igualdad ante la ley es sistemáticamente violada, en donde los principios de legalidad y culpabilidad ceden ante la vulnerabilidad del agente y en donde se establece un verdadero derecho penal de autor donde la subjetividad del mismo será valorada en base al *ethos* personal del Juez quien por otra parte cuenta con poderes discrecionales para ello.

La reclusión o no, y la duración de la misma dependerá de la subjetividad del autor, de su entorno familiar y social y en buena medida de las posibilidades locativas de los establecimientos, más que de la conducta desplegada emitiéndose entonces un discurso contradictorio con el paradigma del adolescente considerado como sujeto de derecho y el derecho penal juvenil como límite al poder coactivo del Estado.

En la práctica se podría pensar que esto podría llegar a favorecer el no encarcelamiento de nuestros jóvenes, pero a lo que en realidad lleva es a una verdadera criminalización de la pobreza, a una actuación selectiva y dis-

crecional de la justicia, y a una deslegitimación del sistema a nivel social en donde el clamor por una mayor represión hacia nuestros jóvenes encuentra campo fértil.

En efecto, los fallos que tienen mayor difusión en el derecho penal juvenil son los de aquellas conductas gravísimas como el homicidio, violación, copamiento, rapiñas con uso de armas, entre otros.

La amplia discrecionalidad de los magistrados actuantes, los problemas locativos de los centros de privación de libertad de personas menores de edad que se encuentran desbordados, los diagnósticos de los equipos técnicos en cuanto a la rehabilitación de los jóvenes o la falta de los mismos y la atención a condiciones personales y familiares del autor, traen aparejado que en muchos casos esos delitos gravísimos reciban como sanción penas muy leves, vale decir, períodos de reclusión muy cortos o en algunos casos sanciones que no implican la reclusión, lo que distorsiona las expectativas no solo de las víctimas, sino de la sociedad en su conjunto, quien en casos como estos ve corroborado en los hechos y ampliamente publicitado el discurso ya instalado en la sociedad de que “...los menores entran por una puerta y salen por la otra”.

La publicidad de estos fallos de casos gravísimos con sanciones privativas de libertad de muy corta duración genera entonces dos conceptos erróneos en la sociedad: 1) que la mayoría de los “menores infractores” internados lo son por estos delitos gravísimos y 2) que todos los adolescentes en conflicto con la ley son casi impunes, vale decir tienen internaciones irrisoriamente cortas.

La demonización de los “menores infractores” como si estos fueran los culpables casi exclusivos de la delincuencia y de la inseguridad se ve reforzada por estos fallos que se encuentran posibilitados por la discrecionalidad casi absoluta que concede el marco legal a nuestros Jueces y esto lleva a un discurso político más duro contra los jóvenes.

La única respuesta que parece darse a la problemática juvenil es la de mayor represión, no analizándose las verdaderas causas de la delincuencia juvenil, ni sus posibles soluciones desde un punto de vista no represivo, ya que, se dice, esto llevaría mucho tiempo y la sociedad exige su defensa inmediata frente a los ataques de esta minoridad peligrosa.

El análisis en torno a la necesidad de una adecuada implementación de las políticas sociales y de educación ceden paso a la inmediatez, a la urgencia de encontrar una supuesta solución que debería darse por parte de un sistema penal juvenil más duro, más represivo en el cual se proponen, entre otras medidas:

- a) La baja de la edad de la imputabilidad que en los hechos lo único que significa es el poder encarcelar a los jóvenes por más tiempo;

- b) el endurecimiento de las condiciones de reclusión (incluso la detención en containers o “latas” como las denominaban los presos adultos en el Penal de Libertad, utilización por la cual fue observado el Uruguay) eso sí, argumentándose que es por razones locativas y por lo menos en el discurso, transitorias, hasta que se construyan nuevas cárceles para jóvenes,
- c) la selección de nuevas conductas como delictivas (ej. el avance en el castigo del iter criminis del hurto hasta la tentativa antes no punible),
- d) el mantenimiento de los antecedentes para algunos delitos cometidos por adolescentes para la mayoría de edad,
- e) el anuncio por parte del gobierno casi como un éxito de que nunca hubieron tantos adolescentes privados de su libertad como ahora.

Todos estos son claros ejemplos de un verdadero aumento de la represión hacia algunos de nuestros jóvenes, hacia aquellos pasibles de ser captados por el sistema, quienes en un esquema funcional al estilo de Jackobs casi podrían ser definidos como “enemigos” y por lo tanto justificándose este derecho penal de excepción y de disminución de garantías.

Es en contraposición a este discurso que justifica una mayor represión de los jóvenes como si esta fuera la solución a la inseguridad y a la problemática juvenil que debemos recordar que casi 100% de los jóvenes internados son de condición social marginada y humilde, en la mayoría de ellos el sistema educativo fracaso o ni siquiera llegó a poder aplicarse, y casi todos ellos “carecen de adecuados referentes familiares”.

Además de ello, la mayoría están internados por delitos contra la propiedad y no por estos delitos gravísimos en la clasificación establecida por el art. 72 del CNA, sino precisamente por una conducta delictiva menor pero que, como es cometida por una persona vulnerable, amerita la internación, en esta lógica todavía tutelar.

A todos ellos se les aplica una pena privativa de libertad en centros de detención cuya única diferencia con las de los mayores es el nombre, en los cuales no se los reeduca, ni rehabilita, ni reinserta en la sociedad sino que se los castiga, se los frustra y llena de rencor, y se los estigmatiza, creándose sujetos que si ya eran vulnerables, lo serán aun mas al egresar, dándose lugar a la creación de verdaderas carreras criminales.

Es por ello que frente a esta realidad, y en virtud de este nuevo paradigma del adolescente como sujeto de derechos, que creemos que el derecho penal juvenil debe ser considerado como una última ratio, debe estar reservado en exclusividad a aquellas conductas penalmente relevantes, que sean definidas como tales de antemano y en forma específica para el Derecho Penal Juvenil, con una pena mínima y una máxima en donde el grado de discrecionalidad del Juez sea limitado a la proporcionalidad entre el reproche y el grado de

injusto y culpabilidad del agente y en donde la pena, en la medida de lo posible, sirva realmente para una eficaz reinserción pero siempre teniendo en cuenta su carácter preventivo retributivo frente a una conducta delictiva con independencia de la subjetividad del autor o su entorno familiar o social.

Optar por políticas sociales, educativas, de inserción social y de formación de los jóvenes es más costoso, de más largo aliento y seguramente tendrá un menor rédito político, pero a la larga, es un camino mucho mejor que el incrementar la criminalización de los jóvenes aumentando su exclusión, ya que ha quedado demostrado en el derecho comparado que esas políticas criminales que no cumplen con las finalidades que persiguen y que muchas veces generan aun mayor inseguridad y violencia de la que pretenden evitar.

La aplicación de este derecho penal mínimo, de última ratio, ceñido al principio de legalidad, igualdad y proporcionalidad entre la culpabilidad del autor y la sanción. La pena de privación de libertad, debe ser reservada entonces únicamente a aquellas conductas definidas como delitos graves o gravísimos en donde los bienes jurídicos a tutelar tengan la suficiente importancia como para justificar la aplicación de dicha sanción, dejando fuera otras conductas que no ameriten tal sufrimiento, cediendo paso a alternativas diferentes y menos dañinas para los jóvenes y por ende para la sociedad en su conjunto.

No hay rehabilitación posible sin políticas sociales, educativas y laborales que mitiguen la injusticia social de nuestros jóvenes, sin caer tampoco en el asistencialismo. Toda política en este sentido debe exigir su contraprestación para ser realmente integradora de los individuos. El apostar a un aumento de la represión hacia los jóvenes es una errónea política criminal y de acuerdo al actual desarrollo del paradigma del adolescente como sujeto de derecho, lejos está de la finalidad teórica que debería perseguir, vale decir, ser un límite al poder punitivo del Estado.

Conclusiones

El nuevo paradigma del derecho de infancia en materia civil

Dra. Beatriz Aristimuño⁴

Como nos decía la colega Rossana Bianchi al comienzo de esta mesa de exposición, el pensamiento ilustrado impregnó a la vida social de una nueva racionalidad originada en una transformación cultural que modificó la forma en que entendemos la vida social.

El surgimiento del concepto de individuo transformó los fundamentos mismos del orden social, el individuo existe más allá y más acá del colectivo social, el que se constituye para servir a los fines del individuo, el individuo ya no debe pertenecer a la polis para ser hombre como en la concepción de la filosofía griega.

El orden social de esta sociedad actual, será legítimo en tanto sea el fruto del consenso manifestado por parte de los individuos que lo componen expresado en el contrato originario que conforma la sociedad, creando las instituciones que garantizarán al individuo el desarrollo de su personalidad de acuerdo a su particular concepción del bien y el mal, en suma: el desarrollo de su vida en libertad.

Esto acarrea un proceso de cambio cultural y el Derecho adquiere así un nuevo sentido: el de constituirse en el límite de los poderes de la sociedad sobre el individuo. Esto no solo lo vemos en las sociedades más antiguas sino que se hace más evidente durante los dos últimos siglos (xix - xx) y lo que ha transcurrido del actual en cuanto se han instalado instituciones que han intentado minimizar al individuo, degradarlo, y el Derecho en algún momento se constituyó en el freno de este avasallamiento.

Con el avance y desarrollo de la vida en sociedad tanto el Estado como la familia tomaron para sí el poder sobre la infancia, lo que desemboca en la concepción del niño-objeto de derecho, son un colectivo social sin voz, no puede opinar, su presencia se hace casi invisible al momento de la toma de decisiones pero sí visible cuando debe cumplirlas. La familia y el Estado son quienes resuelven por él. En esta concepción se están desconociendo los derechos fundamentales del niño, justificando esta tutela por parte del Estado y de la familia en su vulnerabilidad. El niño y adolescente es siempre vulnerable y por eso debe ser protegido de alguna forma sin que tenga derecho a

4 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Directora de la Defensoría de Familia. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Defensa Pública, Montevideo, octubre de 2011.

tomar decisiones propias aún cuando esté en discusión su futuro.

Cuando la situación de un niño ha sido judicializada es el “*ethos*” del juez, sus creencias e ideales, su modo de ser el que utilizará para resolver la situación. Incorporará sus propios valores respecto de la vida en sociedad así como los de la comunidad sin visualizar los derechos y las opiniones del niño.

Respecto de la doctrina de la situación irregular el juez resolverá aplicando su propia ética, su modelo de vida. Aplicará su sentido común que puede resumirse diciendo simplemente que es la “imposición del *ethos* de los jueces” por sobre el principio de legalidad y en perjuicio de las garantías mínimas de respeto a la individualidad del niño.

Ya adentrado el siglo xx, más precisamente en 1989, se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que introduce un nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de los niños, se les reconoce como sujetos de derechos, pasan a tener los mismos derechos que los adultos a quienes se les habían ya reconocido en la Declaración de Derechos Humanos de ONU de 1948.

La Convención establece que los niños deberán ser oídos siempre que se esté decidiendo sobre su vida, o en todos aquellos asuntos en los cuales se encuentren interesados.

Asimismo deberán tener un especialista en Derecho que les asesore, les acompañe o sea que tienen derecho a un Defensor, que incluso puede oponerse a lo pretendido por quienes ejercen la patria potestad o lo que pretende la sociedad en su conjunto.

La Convención por otra parte recomienda a los Estados partes que reformulen su legislación teniendo en cuenta estos principios: los niños como sujetos de derechos, el derecho a ser oídos en un juicio donde estén en juego derechos tan elementales como su libertad, su privacidad, así como toda otra cuestión concerniente a su vida, así como el derecho a que se le nombre un Defensor.

Pero ¿qué ha ocurrido en nuestro ordenamiento jurídico interno?

Ratificada la Convención por nuestro país, y por tanto vigente en todo el territorio, siguió aplicándose el Código del Niño de 1934, por lo que se continuó aplicando los principios de la doctrina tutelar, de la situación irregular.

El “*ethos*” del juez nuevamente continuó siendo el parámetro orientador de su decisión para resolver la situación de los niños. En contadas ocasiones un juez en aplicación de los principios de la Convención designó un Defensor a un niño en esta etapa de convivencia de los dos paradigmas.

Es recién con el surgimiento del Código de la Niñez y la Adolescencia que se le reconoció al niño el derecho a expresar sus opiniones y si la decisión del juez es contraria a ella el magistrado tendrá el deber de fundar el por qué de su apartamiento.

La Convención habla de la designación de un Defensor, el Código en cambio relativiza la presencia del defensor al conferirle al juez la facultad de desig-

narle al niño un curador cuando lo considere pertinente, con las consecuencias que ello trae aparejado y ya explicitadas por quienes me antecedieron en el uso de la palabra.

En la práctica diaria observamos que se mantiene una postura tutelar por parte de los operadores jurídicos, y esto obedece a tres factores fuertemente inter-relacionados:

- 1) la valoración que de la opinión del niño realizan los operadores jurídicos, en la que predomina criterios derivados de su “*ethos*” personal,
- 2) la inoperancia del Estado a efectos de otorgar una respuesta social a las necesidades de los niños y adolescentes con vulneraciones que hace que los Tribunales asuman un rol de policía social que no les corresponde, actuando como sucedáneo de la ausencia de adecuadas políticas sociales.
- 3) Falta de especialización de los jueces en la materia, así como la debida capacitación de todos los operadores.

En conclusión, podemos afirmar que:

- 1.- en materia de familia muchas veces se judicializan situaciones que no debieran ser objeto de una intervención judicial.
- 2.- Entendemos necesario avanzar hacia la construcción de nuevas soluciones normativas que limiten la discrecionalidad de la intervención judicial en materia de familia, lo que deberá ser acompañado de un cambio en la forma en que los operadores del sistema conciben y racionalizan su intervención, asumiendo como guía del proceso interpretativo hermenéutico las proposiciones valorativas que se desprenden de los principios generales del derecho y no aquellas que se deriven de su particular concepción del bien.
- 3.- Es necesario que se opere un cambio en la manera en que se visualizan los procesos en los que están involucrados los derechos de niños y adolescentes, los que muchas veces no son conceptualizados como verdaderos procedimientos judiciales, es decir contiendas cognitivas hermenéuticas en los que se debate la titularidad de un derecho.
- 4.- De igual forma, sostenemos que se debe establecer en la ley un criterio objetivo para la designación de abogados defensores o en su caso de un abogado en un rol de curador.
- 5.- Por ultimo en esta materia, es necesario que se arbitren mecanismos eficaces que les permitan a los operadores del sistema acceder a una capacitación permanente lo que redundará en una mejora del servicio de administración de justicia, de lo cual depende la calidad misma del estado de Derecho y de nuestra democracia.

Derecho penal adolescente

De la arbitrariedad tutelar al derecho penal liberal

Dr. Johnny Bertinat⁵

El aspecto negativo más destacado en esta materia, es la forma discrecional en que se despliega el poder punitivo del estado sobre los adolescentes, sancionando muchas veces no el acto ilícito cometido, sino a la persona en razón de sus características personales, dando preeminencia a una visión tutelar donde se confunde la ontología con la teleología de la pena, creando una zona gris de confusiones y vulneraciones.

Esta situación lamentable, termina lesionado principios liberales rectores de nuestro ordenamiento jurídico, como lo son el de legalidad, culpabilidad, igualdad, donde la respuesta punitiva se fundamenta en elementos ajenos a la conducta del sujeto, y se termina puniendo por protección, donde el eje articulador del debate hermenéutico se desplaza sensiblemente del análisis de la conducta al enjuiciamiento del sujeto.

La mayor deficiencia normativa que adolece nuestro régimen penal adolescente estatuido en la ley 17.823, es que no fija un límite punitivo objetivo, siendo enunciados meramente programáticos los principios de legalidad y proporcionalidad, no estableciendo mínimos de sanción para cada delito, estableciendo en cambio un máximo para la sanción privativa de libertad de 5 años para todos los delitos, que el juez discrecionalmente regula. Si bien se enumeran las conductas delictuales que son sancionadas, no se estableció de manera concreta la sanción que corresponde a determinada conducta.

En cuanto a las figuras delictivas, el Código de la Niñez y la Adolescencia hace una remisión general al Código Penal y a las leyes especiales, definiendo únicamente como conductas delictuales gravísimas y graves a una serie de delitos.

Por lo tanto, podemos afirmar, que nuestra norma se encuentra en clara contravención al principio de legalidad, que en su función de límite debe señalar cuáles son las únicas hipótesis en que puede legítimamente desplegarse y con qué intensidad aplicarse el poder punitivo del estado.

Esta omisión de no establecer los límites cuantitativos ni cualitativos de cada sanción, en razón de la conducta reprochada, desencadena una operativa penal de carácter arbitrario y discrecional que no se compadece con la normativa de un estado de derecho ni con los principios axiológicos sobre la que esta se funda.

⁵ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Defensor Público. Escribano Público. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Defensa Pública, Montevideo, octubre de 2011.

La inexistencia de sanciones preestablecidas en nuestro ordenamiento jurídico parece sorprendentemente admitida, desde el momento que no integra el debate público, el que se encuentra dirigido a otros aspectos del derecho penal juvenil.

Este aspecto del derecho penal juvenil totalmente regresivo, es más retrógrado, que el método retributivo del Sistema Talional o el Código de Hammurabi de 1950 A.C., en los cuales, al menos, se sabía de antemano que pena le correspondía por cada derecho lesionado.

A los solos efectos de ejemplificar la importancia que adquiere el tema analizado, con el actual sistema, se termina penalizando de diferente forma por el mismo delito, violando el principio de igualdad como lo señaláramos anteriormente, o lo que es peor aún, se puede terminar sancionando de manera más severa, un delito menor como el hurto, que uno más grave como el homicidio.

A veces es conveniente situarse en la vereda de enfrente para analizar con mayor objetividad un problema, si nos ubicáramos en el derecho penal de adultos con el mismo sistema de “retribución” del CNA, con certeza que no alabaríamos el sistema y trataríamos al cuerpo normativo de autoritario, arbitrario y discrecional.

Otra deficiencia del plano normativo, esta dada por la no recepción del principio de especificidad en el ámbito de la definición del elenco de conductas calificadas como antijurídicas. Hubiera sido conveniente contemplar este principio a través de la descriminalización de determinadas conductas propias de su condición, como por ejemplo el delito de desacato y de la eliminación de determinados grados de culpabilidad que no resultan aplicables en el derecho analizado, como lo es la figura del dolo eventual.

La mayor deficiencia en el plano orgánico-institucional es la inexistencia de órganos jurisdiccionales especializados particularmente en el interior del país, y la inexistencia de Tribunales de Apelaciones especializados para atender en segunda instancia, lo que incide fuertemente en la racionalidad con que dicha contienda es abordada, propiciando la reproducción de lógicas propias del modelo de intervención tutelar.

La ausencia de una adecuada especialización en el plano institucional se conjuga con la inexistencia de un sistema de capacitación permanente que debiera arbitrar el organismo rector en la materia que es la Universidad de la República y las jerarquías respectivas.

Como conclusión, el derecho penal adolescente debe orientarse hacia un derecho penal mínimo y justo, sin discrecionalidad, dejándose de lado la conceptualización positivista que adquiere la función jurisdiccional donde el juez aplica el derecho de acuerdo a sus propias concepciones valorativas, sin analizar el rol político y social que les cupe a la hora de traducir la norma

general y abstracta en una preposición del deber ser concreta y específica, la sentencia. Los jueces deberán apelar al momento de efectuar dicha traducción a criterios normativos generalmente aceptados.

Por lo tanto, para respetar los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario transitar de la arbitrariedad tutelar de nuestro actual cuerpo normativo a un derecho penal liberal en materia de adolescentes.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNICEF Uruguay
Bulevar Artigas 1659, piso 1
Montevideo, Uruguay
Tel (598) 2403 0308
Fax (598) 2400 6919
montevideo@unicef.org
www.unicef.org/uruguay

