

Manual
para la defensa jurídica
de los **derechos humanos**
de la **infancia**



Manual
para la defensa jurídica
de los **derechos humanos**
de la **infancia**



Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2012
Asociación de Defensores Públicos del Uruguay
Dirección Nacional de Defensorías Públicas

Comité editorial:

Susana Falca, Emilio García Méndez, Fabián Piñeyro

Autores:

Silvia E. Laino Pereyra
Guillermo Payssé Cuñarro
Johnny Bertinat
Silvia Sturla
Clara M. Leite Alvez
Mónica Gaggero Sanguinetti
Fabián Piñeyro
Edición: Carlos Álvarez

Diseño gráfico editorial:

Manosanta Desarrollo Editorial

Impresión:

Gráfica Mosca
D.L. xxx/xxx
Primera edición: agosto 2012

UNICEF Uruguay
Bulevar Artigas 1659, piso 12
Montevideo, Uruguay
Tel (598) 2403 0308
Fax (598) 2400 6919
e-mail: montevideo@unicef.org
www.unicef.org/uruguay/spanish

Asociación de Defensores Públicos del Uruguay
San José 1226 esc. 408
Montevideo, Uruguay
Tel (598) 29009853

Dirección Nacional de Defensorías Públicas
Río Negro 1308 Piso 5 (502)
Montevideo, Uruguay
Tel. (598) 29082176 29022951

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 de la obra	7
Introducción	9
PARTE I	
El niño como sujeto de derecho	15
Autonomía progresiva de la voluntad. <i>Silvia E. Laino Pereyra</i>	17
I. Introducción.	17
II. De la heteronomía tutelar a la autonomía progresiva	18
III. Autonomía progresiva y titularidad de derechos económicos, sociales y políticos	25
IV. Vigencia efectiva del principio en el <i>corpus iuris</i> nacional desde la perspectiva de su operatividad	28
V. Conclusiones	33
VI. Bibliografía.	36
PARTE II	
El paradigma jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño en materia penal	39
Principio de legalidad. <i>Guillermo Payssé Cuñarro</i>	41
I. Introducción	41
II. El principio de legalidad y el derecho penal	43
III. El principio de legalidad como punto de partida	47
IV. Garantías del principio de legalidad.	48
V. La pena y el principio de legalidad.	49
VI. La Convención sobre los Derechos del Niño	51
VII. La aplicación del principio de legalidad en la justicia penal juvenil	53
VIII. Infancia y democracia	54
IX. La peligrosidad en los Artículos 86 y 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia.	56
X. La privación de libertad: medida excepcional para los adolescentes infractores	59
XI. Anexo	65
XII. Bibliografía	70

Principio de especificidad penal juvenil. Dr. Johnny Bertinat, Dra. Silvia Sturla 73

I. Introducción. Lineamientos generales	73
II. Evolución histórica	74
III. Concepto y fundamento	75
IV. Relación del principio de especificidad con otros principios	75
V. La tutela del principio de especificidad en la normativa internacional	78
VI. La tutela del principio de especificidad en la normativa nacional	79
VII. Conclusiones	84
VIII. Bibliografía	85

PARTE III

Mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos del niño 87

Acción de amparo como mecanismo de protección genérico

de los derechos de las personas menores de edad. Clara M. Leite Alvez 89

I. Desarrollo del concepto jurídico del amparo como garantía de protección de los Derechos Humanos	89
II. Recepción del amparo dentro del ordenamiento nacional e internacional	93
III. El amparo como mecanismo garantizador tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.	111
IV. Particularidades del instituto en el ámbito de la protección de los derechos subjetivos de las personas menores de edad	116
V. Conclusiones	118
VI. Bibliografía	120

HÁBEAS CORPUS, como forma de garantía específica de los derechos de

los adolescentes privados de libertad. Mónica Gaggero Sanguinetti. 121

I. Introducción	121
II. Genealogía y evolución del instituto	123
III. Concepto de hábeas corpus	124
IV. Hábeas corpus como garantía específica	125
V. Hábeas corpus en nuestro ordenamiento jurídico	127
VI. Alcance del hábeas corpus como forma de protección frente a todas las hipótesis de prisión indebida	129
VII. Conclusiones	131
VIII. Síntesis normativa	132
IX. Bibliografía	133

PARTE IV

Nuevas herramientas de técnica forense135

PRIMERA PARTE

El niño como sujeto de derecho. Apuntes sobre la ontología

de la función jurisdiccional. Fabián Piñeyro137

I. Introducción137

II. Positivismo jurídico. Un paradigma en crisis.138

III. La naturaleza argumentativa de la función jurisdiccional.145

IV. Bibliografía151

SEGUNDA PARTE

Escritos judiciales. Fabián Piñeyro153

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

La defensa jurídica y los derechos de los niños

Este libro es el resultado del trabajo colectivo de un grupo de profesionales del Derecho que integran la Defensa Pública nacional. El grupo se abocó a reflexionar en torno a los mecanismos establecidos para el efectivo ejercicio de los derechos de las personas menores de edad en el ámbito jurisdiccional y al papel que le corresponde desarrollar a la defensa técnica dentro del mencionado entramado institucional.

El rol que se le ha asignado a la defensa jurídica técnica en el ámbito de la intervención jurisdiccional respecto de las personas menores de edad ha seguido las mismas vicisitudes por las que ha marchado el proceso de reconocimiento de la condición de los niños como sujetos plenos de derechos.

La defensa técnica jurídica ha transitado un largo camino, desde haber sido concebida originariamente como un obstáculo, como una traba a la concreción del bienestar de la infancia, hasta ser hoy entendida como un actor fundamental en el sistema de administración de justicia en materia de infancia. Que el niño cuente con una adecuada defensa técnica jurídica es hoy un criterio central para determinar la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia.

Esta es una publicación elaborada por los propios protagonistas de las transformaciones institucionales y constituye un material de trabajo imprescindible para avanzar en la inequívoca dirección que establece la Convención sobre los Derechos del Niño: el efectivo reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de las personas menores de edad.

EGIDIO CROTTI
Representante
UNICEF en Uruguay

LUIS FERRARI
Presidente
Asociación de Defensores
Públicos del Uruguay

Introducción

Este trabajo se formula con la pretensión de contribuir a la reflexión teórica en torno a la naturaleza de la racionalidad jurídica que informa la Convención sobre los Derechos del Niño y a los alcances de los principios normativos que de ella derivan, así como al análisis de los mecanismos establecidos en el derecho positivo uruguayo para su operativización.

Todo ello con la finalidad última de aportar al proceso de construcción de una nueva dogmática referida al derecho aplicable a las personas menores de edad, labor que ha de ser necesariamente emprendida si se pretende impregnar de otra racionalidad la praxis cotidiana de los operadores judiciales, en tanto ese conjunto de interpretaciones, sistematizadas de las normas de derecho que conforman la dogmática, guían y estructuran diariamente el trabajo de los magistrados.

El proceso de construcción de la dogmática jurídica comienza luego que se ha puesto en tensión el tenor literal de las disposiciones normativas con la racionalidad axiológica inherente al ordenamiento jurídico a que dichas normas pertenecen; solo a la luz de los principios que el orden jurídico pretende realizar puede formularse un juicio válido respecto del significado concreto de las disposiciones normativas, que por esencia poseen una naturaleza genérica y abstracta.

Uno de los signos de la vitalidad que exhibe aún en la contemporaneidad el paradigma tutelar es la proliferación de trabajos de naturaleza dogmática, en los que se presentan un conjunto sistematizado de interpretaciones de las normas de derecho positivo formulados a partir de poner en tensión los presupuestos de racionalidad jurídica inherentes al derogado paradigma tutelar con los textos de derecho positivo tanto nacionales como internacionales; lo que trae aparejado efectos muy negativos en la praxis jurisdiccional, propiciando la persistencia de prácticas reñidas con los principios que inspiran no solo a la Convención sobre los Derechos del Niño sino a todo el sistema internacional de protección de derechos humanos.

Todo esfuerzo encaminado a la producción de dogmática jurídica en materia de derechos de las personas menores de edad debe partir necesariamente del pilar axiológico sobre el que se asienta y se estructura todo el andamiaje normativo contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño: *el pleno reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de las personas menores de 18 años.*

Presupuesto axiológico cuya racionalidad inherente ha sido universalmente validado; reflejo de un consenso que le confiere una validez trascultural. Esta vocación universal lo convierte en un imperativo moral y jurídico fundamental, el que ha de ser observado en todas las circunstancias y que no puede desconocerse so pretexto de la apelación a un cierto *ethos* o una particular concepción de la vida propia de una comunidad determinada.

A partir de una incuestionable premisa ontológica la Convención sobre los Derechos del Niño considera a las personas menores de edad como un sujeto en desarrollo; esto es un ser titular de todos los derechos inherentes a la personalidad humana que requiere para el pleno ejercicio de éstos de una especial protección.

La Convención rompe con la dicotomía capacidad-incapacidad; confiéndole al niño un particular estatuto jurídico que se deriva del reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y de persona en desarrollo.

La persona menor de edad no ha de ser tratada como un mero objeto de tutela ni tampoco como un adulto.

Se le impone entonces a los Estados partes el deber de arbitrar mecanismos especiales de protección que garanticen a las personas menores de edad el pleno ejercicio de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, dispositivos que deberán ir variando conforme a la edad por la que vayan transitando.

Andamiaje jurídico institucional que debe estructurarse en función de la premisa *a mayor edad mayor autonomía personal y concomitantemente mayor responsabilidad*.

La efectiva observancia de este nuevo paradigma axiológico-jurídico importa necesariamente no solo un reacomodamiento de orden estrictamente normativo sino también de carácter orgánico institucional.

En este plano el nuevo paradigma se expresa en un desplazamiento del eje articulador de la intervención jurisdiccional, que pasó de la figura del juez/fiscal *buen padre de familia* a la del abogado del niño.

Presupuesto que ha de vertebrar la reflexión jurídica dogmática referida a las normas de naturaleza adjetiva. Considerar a las personas menores de edad como sujetos de derecho importa en este plano el deber correlativo del Estado de asegurarle a éstas la posibilidad de comparecer ante los tribunales a formular sus propias pretensiones jurídicas, lo que le impone al Estado el deber de asegurar a todos los niños el acceso a un adecuado patrocinio legal.

En este marco adquiere en el ámbito nacional particular relevancia el instituto de la Defensa Pública a través del cual el Estado ha de cumplir con el referido deber.

Toda labor interpretativa que se vaya a emprender de las normas que regulan el funcionamiento del andamiaje jurídico institucional que tiene

por objeto la protección de los derechos de las personas menores de edad debe formularse teniendo en cuenta que el objetivo último que persigue la Convención es integrar a aquellas como sujetos de pleno derecho del pacto social. Sin desconocer que las mismas han de ser merecedoras de una protección especial. De esta forma se estructura un marco jurídico que coloca a las personas menores de edad en la condición de ciudadanos en desarrollo, con todo lo que implica.

Reconocida la condición de sujetos partícipes de la vida social y política, de seres progresivamente autónomos y responsables, las personas menores de edad han de contar con una especial protección en el ejercicio de sus derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

Teniendo presente que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales es una condición de posibilidad fáctica para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos. Conformando ambas categorías de derecho un todo inescindible que tiene por único fundamento el carácter inalienable de la dignidad humana. Los derechos económicos y sociales han de garantizar a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Cualquier praxis de intervención sobre la vida de las personas menores de edad que desconozca la integralidad e interdependencia de los derechos importa una lesión a la dignidad de la persona humana.

Cuando con la pretensión de proteger social y económicamente a las personas menores de edad se vulnera de alguna forma su autonomía personal, se atropella su condición de sujeto de derecho, se las cosifica, trasmutando los derechos en necesidad.

El objetivo que ha de perseguir el Estado en materia de protección económica y social es el de garantizar a todos los niños el pleno ejercicio de su condición de sujeto de derecho, de lo contrario aquellos que por la condición económica de sus familias requieran de la intervención del Estado, verán desconocidas su condición de ciudadanos en desarrollo y el Estado en lugar de hacer efectivo el principio de igualdad operará como un reproductor de la inequidad, condenando a los niños socialmente más desprotegidos a la vulneración de sus derechos civiles y políticos.

El rol que le corresponde al abogado del niño y particularmente a la Defensa pública en este plano es cardinal, en tanto le corresponde actuar en el ámbito jurisdiccional con el objetivo de hacer exigibles los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas menores de edad y el activar los mecanismos jurisdiccionales para el control eficaz de la legitimidad de la intervención del Estado en esta materia, en última instancia es el Defensor a quien le corresponde velar porque la intervención del Estado se ajuste a la ya referida racionalidad axiológica jurídica que informa la Convención.

Colocado en la condición de sujeto del contrato social las personas menores de edad han de ver garantizado el pleno ejercicio de sus derechos y garantías frente a la intervención punitiva del Estado. Concebido como sujeto y no como mero objeto de tutela las personas menores de edad solo podrán ser sujetas de la intervención del Estado cuando haya incurrido en una trasgresión a algunas de las reglas del contrato. De esta forma la intervención estatal ha de estar regulada por todo un andamiaje jurídico que ha de limitarla y racionalizarla, y que se articula sobre el principio de legalidad, solo la trasgresión a una de las normas que la sociedad se ha dado para sí habilita al Estado a restringir derechos.

En tanto ese obrar ilícito es lo que le confiere legitimidad a la intervención punitiva la sanción debe necesariamente guardar proporción con la lesividad del referido obrar y con la reprochabilidad de la conducta. Debiendo la misma, morigerarse cuando el adolescente se encuentre en una situación social, económica o familiar que le haya impedido o disminuido las posibilidades de motivarse de acuerdo a la norma.

El rol del Defensor en este ámbito resulta primordial, particularmente en nuestro país cuya legislación no ha operativizado adecuadamente el principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad en materia de intervención penal juvenil.

Los temas que se abordan en este libro en consonancia con el objetivo que persigue esta publicación son los que refieren a aquellos territorios jurídicos en los que se requieren mayor esfuerzo de la dogmática para la formulación de soluciones que confieran adecuada operatividad a los principios convencionales, como consecuencia de la naturaleza inadecuada de las soluciones legales.

Autonomía progresiva, materia en la que la legislación nacional ha avanzado muy poco más allá de la mera enunciación del principio.

Principio de legalidad penal, que no resulta adecuadamente receptado en la normativa nacional, en tanto no se ha establecido un elenco de sanciones específicas frente a cada una de las conductas tipificadas como delitos, confiéndoles a los magistrados amplios poderes discrecionales para la determinación de la naturaleza y el cuantun de las mismas, a los que mandata a atender las características personales del adolescente que puedan ser indicio de su peligrosidad.

Principio de especificidad penal juvenil, el que no aparece plenamente contemplado en la legislación nacional, en tanto la misma efectúa excesivas remisiones a la legislación penal adulta, no haciendo distinción alguna en el elenco de conductas penalmente reprochable.

Garantías constitucionales. Amparo y hábeas corpus. Materia que no han sido objeto de adecuados desarrollos por parte del legislador ni por parte de la doctrina nacional hasta el momento.

Herramientas de técnica forense. En este último capítulo se incluyen un trabajo de naturaleza teórica en el que se expresa una reflexión en torno a la naturaleza de la función jurisdiccional, en el que se remarca el carácter esencialmente argumentativo de la misma que sirve de marco a la presentación de escritos judiciales en los que se presentan diversos constructos argumentativos elaborados a partir de premisas de naturaleza dogmática, que revisten particular interés por su carácter innovativo, formulada por operadores judiciales nacionales, en algunos casos, y en otros redactados con el único fin de ser incluido en la presente publicación.

Trabajos que seguramente aportarán al debate, a la reflexión y a la construcción de una dogmática del derecho aplicable a las personas menores de edad formulada de acuerdo con los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dogmática que contribuya a la plena adecuación de la praxis jurisdiccional a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los niños.

SUSANA FALCA, EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, FABIÁN PIÑEYRO
Equipo de asistencia técnica

I

**El niño como sujeto
de derecho**

Autonomía progresiva de la voluntad

Silvia E. Laino Pereyra¹

Sumario: I. Introducción; II. De la Heteronomía Tutelar a la Autonomía Progresiva; III. Autonomía Progresiva y Titularidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; IV. Vigencia efectiva del principio en el Corpus Iuris nacional desde la perspectiva de su operatividad; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fundamento de la existencia de la noción de autonomía en el sentido kantiano de voluntad absolutamente buena, es aquella que el sujeto quiere para sí como única ley que se impone a sí mismo, es autorrealización del ejercicio de la libertad del individuo, como elección y libre construcción de sí mismo y su propia identidad. Así entendido el concepto de autonomía nos está remitiendo a una cualidad inherente a la dignidad de la persona humana.

El principio de autonomía tiene alcances y aplicación en el ámbito de la Teoría General del Derecho y en la particular esfera de los Derechos Humanos.

Igual conceptualización debe imperar también a la hora de valorar la autonomía de los niños, niñas y adolescentes, no admitiendo menoscabos que disminuyan su naturaleza de persona, ya que esta condición no admite grados, o se es persona o no, y claro está que el punto al que hoy hemos llegado en términos de pensamiento filosófico y jurídico, el niño, niña o adolescente es una persona sujeto de derechos.

El enfoque de este trabajo se centrará respecto del principio de la autonomía progresiva de la voluntad en el ámbito civil y de familia, intentando aportar una mirada desde la evolución del concepto y su proyección en el sistema internacional de derechos humanos, puntualmente en su aterrizaje

1 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, egresada de la Universidad de la República, Defensora Pública desde el año 1989, y a partir del año 1998 desempeñándose en la Defensoría de Oficio de Familia de Montevideo.

en el corpus iuris nacional, concluyendo con una propuesta crítica-construc-tiva que esperamos remueva la discusión como elemento motor para seguir avanzando en el camino de los derechos humanos de la niñez, como un pro-ceso de construcción de ciudadanía en expresiones de Hannah Arendt².

II. DE LA HETERONOMÍA TUTELAR A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

Heteronomía: (del griego hetero: significa «otro» y nomos: «norma», es decir, norma de otro) Se dice que es la condición de la voluntad que se rige por im-perativos que están fuera de ella misma o de las leyes morales a las que está so-metido, no tienen origen en su propia razón sino que le vienen dadas de fuera.

Autonomía: (del griego auto, «uno mismo», y nomos, «norma») es, en térmi-nos generales, la capacidad de tomar decisiones sin ayuda de otro. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.

Ciertamente la raíz del concepto moderno de autonomía, encuentra su más importante fundamento en la formulación desarrollada por el filósofo alemán Immanuel Kant; uno de los más influyentes pensadores de la mo-dernidad, partiendo de la idea de una *buena voluntad* como la indispensa-ble condición que nos hace dignos de ser felices. En su obra *Fundamenta-ción de la metafísica de las costumbres* entrelaza las nociones de dignidad, libertad y autonomía, definiendo «la autonomía como el fundamento de la naturaleza de la dignidad humana». Dice respecto de la libertad «que puede ser la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma»³. Toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo. Cuando la persona obra de acuerdo con un precepto que no deriva de su albedrio, sino de una voluntad extraña, su proceder es heterónimo, y carece por tanto de mérito moral. Autonomía quiere decir auto legislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia

2 Arendt, Hannah, *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Editorial Península, Barcelona.

3 Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1963.

a la facultad de autodeterminación normativa⁴. Las ideas desarrolladas a través de la evolución del pensamiento filosófico y político a partir de siglo XVIII de corte racional - contractualista ponen en paralelo los derechos de dignidad, igualdad y autonomía, como manifestación de autodeterminación, de capacidad para la toma y comunicación de decisiones en forma independiente, comprendiendo la situación planteada y sus consecuencias. Los fundamentos que dieron paso en el siglo XX a la expansión de los derechos humanos como aquellos extensibles a todos por igual, declarando la universalidad de los mismos, parecen en el caso de los niños haberse efectuado bajo el eslogan *«para los niños, por los niños pero sin los niños»* puesto que los términos de dicha igualdad no incluía a los niños, excluyéndolos del conjunto de iguales por su condición de tal.

Siguiendo las reflexiones de Michel D.A. Freeman⁵ no solo basta hablar de igualdad bajo la noción de R. Dworkin⁶, sosteniendo que todas las personas deber ser tratadas igual, sin considerar «en paralelo una teoría de la autonomía como la idea que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes»⁷.

Esto supone que válidamente se tome al niño en primer lugar como persona, atributario de su dignidad en su dimensión humana, por el solo hecho de existir, respetando su autonomía individual.

Fue necesaria la llegada en el ámbito internacional del derecho anglosajón del fallo Gillick⁸ para reconocer la capacidad de toma de decisión de los niños, determinando por su trascendencia en «todos los casos que se encontraba involucrada la decisión de un niño o un adolescente, se evaluara a la luz del estándar de competencia decisional de Gillick»⁹.

El desarrollo de estos principios a través de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del

4 Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1963.

5 Freeman, Michel D.A., «Tomando más en serio los derechos de los niños», en *Revista de Derechos del Niño* / Números Tres y Cuatro / 2006.

6 *Ibídem.* Pág. 17.

7 *Ibídem.* Pág. 18.

8 *Gillick vs West Norfolk and Wisbech, Área Health Authority, Ac 112, 1986.*

9 Cita Freeman, *Rethinking Gillick*, extraída del libro Unicef, *Justicia y Derechos del Niño*, número 11, pág. 24.

Niño de adoptada por la Asamblea General en 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Intencional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en especial como instrumento rector por su significación, extensiva y casi unánime aceptación por la comunidad de países que la han incorporado; la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 entrada en vigor a partir de setiembre de 1990 y sucesivamente y subsiguientemente por la ratificaciones de cada país, se plasma en la enunciación de su articulado bajo el paradigma de la protección integral desplazando (o intentando desplazar) el proteccionismo tutelar, y poniendo al niño como sujeto derechos y no como objeto de protección, reconociéndolos como personas en condiciones de igualdad, con capacidad de ser titulares de derechos.

Estas consideraciones no cancelaron la tentación de valorar los derechos de los niños como derechos menores estando aun vigente la tensión entre libertad y protección, resolviéndose el desplazamiento hacia la protección, fundada en la vulnerabilidad que relega a las personas menores de edad a una posición de desventaja derivada de la incapacidad jurídica para la toma conveniente de decisiones y merecedora por ello de la intervención paternalista de otro, ya sea la familia, el Juez o el Estado.

Ese es el fundamento de la doctrina tutelar, tanto el estado como la familia se consideraron atributarías de la facultad de determinar qué era lo mejor para los niños, desplazando la voluntad de éstos por la propia hasta que adquieran su capacidad para el uso; identificando el derecho y bienestar de los niños con el del Estado o los padres, idea que lleva ínsita la consideración del niño como objeto de protección y no como sujeto de derecho, singular y autónomo; arrogándose la atribución para determinar lo que le conviene, ejerciendo una heteronimia tutelar. Dentro de esta línea de pensamiento la protección es sinónimo de *autoridad*.

Ejemplos de ello se pueden apreciar en los fallos de los tribunales internacionales y más aún en los dictados en América Latina, que han hecho causal de la noción de la necesidad de la protección a los niños ya por sentirlos como propiedad del Estado o extensión de la personalidad de sus padres, sin vislumbrar que son individuos singulares, y tanto los padres, la sociedad y el Estado están forzados a respetar su adecuado desarrollo físico e intelectual en un marco de libertad.

El estadio biológico de la niñez no puede suponer un criterio para un trato diverso al de los adultos cuando hablamos en clave de derechos, justificando la vulneración de la dignidad de los mismos, sino que la construcción de una teoría de los derechos de los niños basada en principios de libertad, autonomía y dignidad, debe operar ya como límite a la interferencia de los

adultos «o como indicador de las necesidades a cuya satisfacción deben dirigirse las políticas legislativas y las intervenciones de la política social»¹⁰.

El salto cualitativo dado por la Convención de 1989 es la centralización del niño como sujeto de derechos, y todo lo que por añadidura deriva de ello. Es decir el reconocimiento del mismo como persona a la que se le reconoce la facultad de obrar autónomamente, lo que trae aparejado la necesidad de establecer un conjunto de dispositivos institucionales que le garanticen el efectivo ejercicio de las referidas facultades. La autonomía posibilita a la persona conducir sus acciones basadas en sus preferencias o intereses inmediatos relacionándolas con su propia identidad moral forjada en su desarrollo social y cultural aplicándolas de forma concreta en la consideración de una situación y su decisión. Esta capacidad presente desde los primeros días de vida se desarrolla de forma gradual a medida que se adquieren habilidades que le permiten tener la facultad para hacer elecciones.

Es así que el pasaje de la concepción de una heteronomía tutelar al de la autonomía progresiva, dota a los niños de una voluntad que se le reconoce como propia, basada en la idea del reconocimiento de una identidad con valores propios.

La identificación de la autonomía progresiva como principio rector fundamental del status de sujeto de derechos del niño, proclama un estatuto de ciudadanía en estado de evolución en paralelo con la definición de su propia identidad, representada ésta como la elección libre de las opciones de vida, conjunto de creencias o actitudes reconocidas como justas y validas.

En esta línea de pensamiento la protección se entiende como *libertad para el ejercicio de derechos*.

Se reconoce en consecuencia a los niños, niñas y adolescentes la titularidad de derechos constitucionales cuyo ejercicio y efectividad reposa en sí mismos, como actores principales de las decisiones que lo involucren y que por su especial condición de desarrollo reclama ciertas prerrogativas.

El progresivo avance de las restricciones a las potestades de los padres, de la sociedad y el Estado, limitando la discrecionalidad en el uso de su autoridad, reivindica para los niños el mismo tratamiento de los derechos generales y sus garantías, reconociéndoles su condición de sujetos de derecho como titulares de los mismos en su uso y en su goce.

10 Fanlo Cortés, Isabel, «Los derechos del niño y las teorías de los derechos; introducción a un debate». en Unicef, *Justicia y derecho*, número 9, Pág. 175.

El drástico giro en el eje de la consideración del niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección que dio la Convención sobre los Derechos del Niño, impacta directamente en la enunciación de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes como principio fundamental, según se establece en los términos del Artículo 5 de la misma:

«Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

Se manifiesta como «principio estructurante»¹¹ en consonancia con el contexto de principios rectores que la convención estatuye, operando como un criterio concreto de interpretación y aplicación, teniendo en cuenta su especial condición por la etapa de desarrollo en la que el niño se encuentra, que requiere de mecanismos específicos para expresar su opinión y que ésta sea debidamente tomada en cuenta. De ello da cuenta el Artículo 12:

« 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla.

11 Cillero, Miguel, «Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño», en Unicef, *Justicia y Derechos del Niño*, número 9, pág. 133.

El camino que toma la Convención considerando al niño como sujeto de derecho, significa en palabras del profesor Alessandro Baratta que «el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él, como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión, como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos»¹².

Formando parte de este elenco protagónico de reconocimiento del principio de autonomía progresiva debemos mencionar los derechos relativos a la libertad de expresión que refiere el Artículo 13¹³; la libertad de pensamiento, de conciencia y religión del 14¹⁴; el derecho de libre asociación del Artículo 15¹⁵ y el respeto a la intimidad que enuncia el Artículo 16¹⁶. También el Artículo 18 en su numeral 1 enfatiza:

«1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés superior del niño.»

12 Baratta, Alessandro, «Democracia y derechos del niño», en Unicef, *Justicia y Derechos del Niño*, número 9, página 4.

13 Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

14 Artículo 14. 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

15 Artículo 15. 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

16 Artículo 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

El párrafo 100¹⁷ de la Opinión Consultiva N° 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refiere a la proyección del grado de desarrollo en la capacidad de decisión y participación de los procesos, evidencia que el enfoque de este principio no solo se derrama respecto del derecho de fondo sino también en las normas de procedimiento reclamando la efectivización de dichos derechos.

En las Reglas de Brasilia N° 5¹⁸ y 78¹⁹ se hace alusión a que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo; y en los actos judiciales en los que participen niños se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, respectivamente.

La revisión de la normativa citada nos pone en condiciones de considerar que:

1. La concepción de autonomía se sustenta sobre la base de la libertad del individuo y su coexistencia en sociedad, concebida como una instancia de relacionamiento intersubjetivo de sujetos amparados en su identidad y concepción propias, conformado por su particular marco de referencia, valores y arraigos proveniente de su tradición y costumbres, sus experiencias, su proyecto de vida y opciones válidamente reconocidas como propias del grupo que integran, que no deben confundirse o fundirse con los principios morales de una sociedad determinada. Es decir conviven con esta y con el conjunto de la normativa jurídica que se encuentran en la base

17 Párrafo 100. Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al Artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales¹⁰⁴, y determinó que los «menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el Artículo 14».

18 (5) Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

19 (78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

de toda sociedad democrática, como esferas dinámicas legitimadas por las voluntades individuales basadas en el respeto y la libertad.

2. La autonomía no requiere la presencia real y efectiva de todas las capacidades o destrezas, sino que éstas se van adquiriendo en el proceso de madurez evolutiva, significando que a los niños como sujetos, se los dota de la potencialidad de disponer de ellos, incluso si aún no ha nacido o está impedido por otras razones de ejercerla.
3. Funciona también como garantía en el contexto de principios que la Convención determina, exigiendo la efectivización del derecho a través de mecanismos especiales para ello que aseguren la participación de los niños niñas y adolescentes en todos los asuntos en que se vean involucrados.
4. Da un nuevo significado a la relación de los padres, la familia y el Estado con las personas menores de edad, en la que los padres ya no tienen la potestad de ejercer en nombre de sus hijos, los derechos de los que estos son titulares, sino que se articula sobre el concepto de la responsabilidad que se expresa en el deber concreto de orientar y guiar a los niños en el ejercicio de sus derechos, otorgándole las herramientas para la evolución progresiva de sus facultades. Los términos en que este nuevo vínculo se formula no puede expresarse como algunos pretenden bajo la dicotomía de autodeterminación o abandono, sino que establece los límites sobre los cuales, de acuerdo a la idea desarrollada por Freeman, se debe aplicar una protección para la libertad que le proporcione las herramientas necesarias para que el niño pueda desarrollar sus propias capacidades asegurándole el efectivo ejercicio de sus derechos y no la conculcación de los mismos.²⁰

III. AUTONOMÍA PROGRESIVA Y TITULARIDAD DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y POLÍTICOS

Cuando la política económica no está orientada a garantizar en forma efectiva el ejercicio por parte de todas las personas, de los derechos económicos y sociales, se está afectando el principio de autonomía.

Cuando no se diseñan políticas educativas que promuevan a las personas para que entiendan su mundo y la cultura en la que están inmersos para participar activamente en la construcción de su identidad, se está afectando el principio de autonomía; sin duda también que si dentro de los planes pú-

20 O.cit. Freeman

blicos no existe una política de salud con planes de asistencia primaria en la etapa del embarazo y el desarrollo desde la primera infancia, se está afectando el principio de autonomía.

El efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales representa la condición de posibilidad fáctica sin la cual se torna imposible la realización de la libertad y el desarrollo de la persona, así como el fortalecimiento de sus capacidades, que le permiten adquirir un grado de autonomía y madurez que lo hagan apto para el ejercicio de sus derechos y planes de vida.

La aplicación de este principio en el diseño de políticas públicas, constituye, en toda sociedad democrática, un instrumento más para la efectivización de los derechos.

El Estado debe dar cuenta de estas acciones a la hora de la elaboración de sus políticas de educación, salud, vivienda, trabajo, orientándose por acciones positivas que determinen los planes de distribución y redistribución de los bienes públicos, asegurando la satisfacción integral de todos los derechos vinculados a la infancia y la familia, promoviendo estructuras favorables que garanticen las condiciones bajo las cuales se puedan alcanzar un alto nivel de desarrollo que abarque todos los aspectos del individuo haciendo posible la adquisición de una identidad, una orientación para la vida y el ejercicio pleno de sus facultades. La oferta de estas políticas deber ser amplia y dirigida al cumplimiento de objetivos concretos en la educación, salud, bienestar, vivienda, en la que se dé prioritaria cobertura a la niñez dentro del esquema de la familia.

Ello se advierte claramente en la redacción del Artículo 28.1 de la Convención, que reza lo siguiente:

«1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*
- b. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*
- c. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*
- d. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;»*

- e. *Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar;*

Así también el Artículo 29 punto 1:

«I. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a. *Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;*
- b. *Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;*
- c. *Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*
- d. *Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*
- e. *Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.»*

El Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales en su punto 1 reconoce:

«El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia»,

y en el mismo sentido el Artículo 12 establece que:

«el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.»

El Artículo 13 punto 1 reconoce el derecho a la educación diciendo:

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe **orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana** y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que **la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre**, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.»

También el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos reconoce en el punto 1 de su Artículo 24:

«Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y el Estado»

La reivindicación de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes, reproducen la construcción socio-política del estatus de ciudadanía, merecedores de pertenecer al conjunto de individuos que tienen igual acceso a determinados derechos, obligaciones y oportunidades, que se reconocen en toda sociedad organizada sobre la base de un régimen democrático republicano de gobierno.

IV. VIGENCIA EFECTIVA DEL PRINCIPIO EN EL CORPUS IURIS NACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE SU OPERATIVIDAD

El principio de autonomía, como principio inherente a la dignidad de la persona humana, integra el elenco de derechos que cuentan con la tuición constitucional que en el marco de la organización institucional de nuestro país, constituyen, conforman lo que se ha denominado por la doctrina y jurisprudencia, Bloque de Constitucionalidad integrado junto a la Constitución, las Convenciones, Tratados, Declaraciones de las Naciones Unidas del sistema universal e interamericano de derechos humanos.

A través de éste se ha abierto el camino al reconocimiento de un derecho supra legal y supra constitucional, de carácter universal, integrado por la pluralidad de principios extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y doctrina, correspondiendo en este marco los fallos y resoluciones de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, procediendo su unificación jerárquicamente bajo el fundamento de la protección integral de todos los derechos humanos.

Nuestra Constitución no establece expresamente dicha jerarquía, pero sí encontramos Artículos que orientan dicha interpretación, específicamente los Artículos 7, 72 y 332.

El eje sobre el cual se centra nuestro ordenamiento interno en relación a los derechos humanos, tiene su primera línea de análisis en lo dispuesto por el Artículo 7 de la Sección II, Derechos, Deberes y Garantías, Capítulo I de nuestra Constitución que dice:

«Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.»

Reflejo de la corriente iusnaturalista enumera derechos humanos fundamentales, considerados preexistentes, que la Constitución reconoce y cuya protección efectiva mandata, asegurando el goce de la libertad.

La puerta de entrada para la integración de normas e instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, consideradas con carácter vinculante al haberse ratificado, se ubica en el elenco de derechos que de forma genérica se refieren en el Artículo 72 del capítulo III de la Carta Magna, y se expresa en los siguientes términos:

«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.»

A este respecto señala Martín Risso:

«Cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que el mismo presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental»²¹.

Complemento fundamental del análisis exegético en la consagración constitucional de nuestro ordenamiento es la remisión supletoria del Artículo 332 del Capítulo IV de la Constitución de la República, en cuanto establece que:

«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 ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.»

21 Risso, Martín, *Derecho Constitucional* (tomo 1), FCU, Montevideo, 2005, p. 507.

Confiriéndole carácter de derechos subjetivos perfectos, autoejecutables a todos los derechos que cuentan con la tuición constitucional.

La integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana²² y en los fallos y resoluciones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Pero sin duda el advenimiento en la legislación nacional del Código de la Niñez y la Adolescencia, significó un avance trascendente en el desarrollo en el plano legislativo de los referidos principios.

En el articulado del Código de la Niñez y la Adolescencia, consagra el principio general de autonomía progresiva del Artículo 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, plasmando uno de los pilares sobre los que se funda el sistema de la protección integral, situando al niño, niña o adolescente como sujetos en una posición activa en el ejercicio de sus derechos, en el enunciado del Artículo 8 que reza:

«Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.»

22 Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Plasmando una adecuada armonización normativa con lo dispuesto en el Artículo 72 de la Constitución de la República al incluir a los niños y adolescentes en el goce de los derechos inherentes de la persona humana.

El principio de la autonomía progresiva en tanto manifestación del derecho a la libertad resulta indisoluble con la dignidad humana e inherente a la forma republicana de gobierno. Por tanto, abarcado dentro del elenco constitucionalmente tutelado Artículos 7 y 72 de la Carta.

En este marco normativo se inscribe también la disposición del Artículo 3 del Código de la Niñez y Adolescencia que recoge el principio de protección de los derechos que enuncia el Artículo 19 de la Convención Americana y que dice:

«Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.»

Según ha expresado la Corte Interamericana a través de la Opinión Consultiva N° 17/02 del 28 de agosto del 2002 tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el Artículo 19 de la Convención Americana.

Es preciso compatibilizar las normas del sistema internacional e interamericano de derechos humanos con nuestra normativa interna, con énfasis en el principio de autonomía progresiva; evaluando la operatividad del mismo en la dinámica de la estructura jurídica, como capacidad de ejercicio que se proyecta sobre los derechos personalísimos, así como los institutos de la patria potestad y la representación.

En el área de los derechos personalísimos se advierte la falta de un criterio de unidad en cuanto a la edad en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación, encontrando referencias respecto a la expresión de voluntad del adolescente en las disposiciones del Capítulo VII, Título 1, Artículo 27 punto 7 y 32 en cuanto a la filiación y al nombre.

Procurando plasmar esta autonomía de manera concreta por ejemplo lo vemos en la promulgación de la ley N° Ley 18.426 que en su Artículo 7 incorpora al Código de la Niñez y la Adolescencia el Artículo 11 bis, y da cabida al principio en la siguiente redacción:

«Artículo 11 bis. (Información y acceso a los servicios de salud).- Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las

mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda. De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes.

En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible».

Otras legislaciones como es el caso de la Argentina, han introducido definiciones que hacen referencia al criterio de competencia que integran también el principio de la autonomía progresiva como ya hemos referido en los conceptos del capítulo II de este trabajo.

En este mismo sentido los avances en la legislación del instituto de la adopción incluyen la integración en este campo de la autonomía progresiva cuando en los Artículos 160 y 160.1 se expresa:

«Artículo 160.- (Conocimiento de la condición de adoptado).- Todo adoptado o adoptada tiene derecho a conocer su condición de tal, a la más temprana edad, dentro de lo que sea aconsejado a los padres según el caso concreto»

«Artículo 160.1.- (Acceso a datos y expedientes relativos a la familia de origen y al proceso de adopción).- Tendrá asimismo derecho a partir de los quince años de acceder a los datos del Registro General de Adopciones en cuanto refieran a su historia personal y a conocer a su familia de origen.

Será deber de los padres adoptivos y subsidiariamente del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) informarle al respecto, atendiendo a su edad y características, así como apoyarle y acompañarle si éste deseara revincularse con su familia de origen».

Ingresando al análisis del instituto de la patria potestad vigente en nuestro Código Civil desde el siglo XIX y que llega hasta nuestros días desde la perspectiva del campo del derecho de familia, el mismo hoy no puede ser concebido como un corpus iuris vertebrado en el concepto de la autoridad paterna desplegada sobre la vida y bienes de sus hijos.

El Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño dicta claramente los términos en que dicha vinculación debe operar, lo que nos obliga a

explorar en él a los efectos de su operatividad en la estructura jurídica interna nacional. La conexión se hace posible si lo interpretamos bajo la lupa del concepto de responsabilidad en la relación padres e hijos en sustitución del de autoridad, al establecer que la función primordial de los padres es dirigir y orientar apropiadamente a los hijos para que éstos ejerzan en forma autónoma y progresiva la titularidad de sus derechos.

El ejercicio del deber de orientación y guía de los padres constituye a su vez un límite para la injerencia y no intervención del Estado, tal como en forma general preceptúa el Artículo 10 de la Constitución de la República en cuanto expresa:

«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».

Se traduce aquí la referencia a la diferenciación del ámbito público y del privado, el ámbito donde cabe ejercer la jurisdicción de la autoridad estatal y cuál es el ámbito de la libertad personal que no puede ser objeto de la autoridad del Estado.

Lo preceptuado en las disposiciones convencionales citadas, pone de manifiesto la distancia de los fundamentos actuales sobre los que se basa la vinculación entre padres e hijos y los que establece en su letra el Código Civil, basado en la noción de incapacidad jurídica de los menores de 18 años, concepto desterrado en las argumentaciones precedentes, siendo pertinente su sustitución por la integración e interpretación de la normativa analizada llevando al primer plano de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la acción de amparo como herramienta para la resolución de los conflictos planteados ante la falta de normatividad específica que garantice la aplicación del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de la libertad e igualdad que se le atribuyen por su condición de sujetos de derechos, tutelada por disposiciones de rango y jerarquía constitucional.

V. CONCLUSIONES

El desarrollo de los capítulos precedentes responde a un análisis basado en la exegesis jurídica de los textos normativos conducentes a la hora de determinar la interpretación, integración y aplicación del principio de autonomía progresiva de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes en nuestro ordenamiento interno.

El ejercicio conceptual de la premisa del grado de madurez y desarrollo que alcance un niño, niña o adolescente acorde a la evolución de sus facultades

que involucra el enunciado del principio de autonomía progresiva, nos lleva a concluir que responde a un concepto de la identidad, propia, individual y particular, compuesta por un determinado sistema de preferencias que representan una pluralidad de convicciones acerca del bien común o de lo que se considere bueno, basada en la especificidad de la construcción individual, y refiere a la esfera particular de experiencias y valores, en regla con lo que cada individuo crea de sí mismo, del otro o de su comunidad como expresión de su libertad y respeto, conviviendo con otras identidades sociales en forma dinámica y plural. Carece por tanto del carácter universal de una norma por ende tampoco pertenece al campo de la moral, siendo inherente a su contenido lo subjetivo y particular.

Enfrentados al ámbito jurisdiccional la opción que garantice el respeto del principio, debe orientarse hacia la búsqueda de criterios de dimensión objetiva, cierta y clara para todos los operadores jurídicos.

La adecuada interpretación e integración del principio dentro del paradigma de la protección integral que se extrae de la exegesis de la normativa analizada se formula sobre la determinación de franjas etarias resultantes del consenso de la comunidad jurídica tanto internacional como nacional a través del debate de las distintas realidades en cada país y de los procesos de instrumentación y ratificación de los tratados y las leyes propios de los sistemas democrático republicano de cada Estado.

Se apunta como necesario optar por un camino de técnica jurídica claro que unifique el sistema de edades bajo una progresiva incorporación de criterios objetivos a la normativa interna, que adecue sin cortapisas de corte tutelar la positivización de estos criterios para la efectividad de la titularidad de los derechos del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho en general y en particular por su condición de personas en desarrollo, incluyendo lo referente al derecho patrimonial.

En camino al orden de lo señalado, en primer lugar se destaca lo expresado en el Capítulo I, Artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece el ámbito de aplicación a todas las personas menores de dieciocho años de edad, estableciendo el límite de edad de lo que se entiende por niño y adolescente.

En el Capítulo X Título 1, Artículo 74 literal B, se expresa en conexión con la definición del Artículo 1, que a partir de la edad de 13 años un adolescente puede comparecer en un proceso de atribución de responsabilidad penal con capacidad para el ejercicio de actos procesales.

De la relación de los Artículos señalados y la disposición del Artículo 8 del mismo código, se configura a los 13 años de edad, como estándar objetivo, en nuestro sistema jurídico nacional, la participación de un adolescente directamente en un proceso de naturaleza penal, por lo que corresponde

igual criterio para el ejercicio de otros derechos subjetivos cuya titularidad pretenda ejercer.

La participación del adolescente requiere la asistencia de un Abogado Defensor que lo asista ejerciendo una defensa técnica, abogando en esta consideración por la eliminación de la figura del curador cuyo fundamento es la incapacidad en contradicción con el principio de la autonomía progresiva como ya hemos visto.

La estipulación en cuanto a la determinación del criterio de franjas etarias se expresa también en la Convención Iberoamericana de los Jóvenes que se suscribió en el año 2005 en la provincia española de Badajoz, ratificada por nuestro país en el año 2008 en cuyo Artículo primero demarca su ámbito de aplicación refiriendo:

«La presente Convención considera bajo las expresiones «joven», «jóvenes» y «juventud» a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta Convención reconoce, sin perjuicio de los que igualmente les beneficie a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño».

En este mismo sentido se sitúa también la referencia efectuada en el art. 160.1 del Código de la Niñez y Adolescencia en la redacción dada por el Artículo 3º. de la ley 18.590, que indica la edad de 15 años para acceder al conocimiento de datos que hacen a su identidad personal y la de su familia de origen, comprendiendo por tanto todo lo referente al elenco de acciones que impacten en su estado civil o filiatorio, su nombre, etc.

En la Convención sobre Aspectos Civiles De La Sustracción Internacional De Menores aprobada en La Haya, ratificada por el estado uruguayo por Ley 17. 109 de 12 de mayo de 1999, su Artículo 4 expresa:

«El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años».

Se advierte que se establece como límite de edad los 16 años a partir de los cuales el adolescente está en condiciones de tomar decisión para determinar el lugar dónde desea vivir y con quién. Este estándar debe orientar las decisiones que en el ámbito jurisdiccional se tomen respecto de un conjunto de situaciones análogas tales como procesos de autorización para viaje, radicación, etc.

En el caso de los niños y niñas que no hayan alcanzado la edad de 13 años, el estándar atenderá a la trascendencia de la opinión que el niño o niña exprese, de acuerdo a las recomendaciones de la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niños en los puntos 28, 29, 30, 44, 45 y 85, a la que se le dará primordial peso, exigiéndose en caso de apartamiento de la misma una racional y fundada argumentación que lo avale, exigencia superlativa tanto cuanto mayor sea la edad del niño que exprese su opinión de acuerdo a lo establecido en el Artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia. La participación se efectuará en este caso representado por un Abogado Defensor.

Si el niño o la niña fueran de tan corta edad que no pudieran expresar su opinión o tengan imposibilidad manifiesta que le impidan expresarse de cualquier manera, la participación requerirá de la designación de un curador que represente sus intereses, correspondiendo en este caso la exigencia del estándar que asegure que las decisiones que se tomen en relación al mismo, no comprometerán de manera irreversible su proyecto vital ni sus expectativas de futuro, debiendo optarse siempre por aquella decisión que menos restrinja las posibilidades de ese niño o niña de hacer efectivo sus futuras opciones personales.

La garantía de la efectividad de los derechos de los niños niñas y adolescentes requiere sin duda, necesariamente, la instalación de una defensa jurídica especializada dotado de los recursos y debida capacitación que le permita, a la hora de la argumentación jurídica, la integración e interpretación del sistema internacional e interamericano de derechos humanos, y el amplio despliegue de herramientas para el ejercicio efectivo del principio de autonomía progresiva, garantía de libertad e igualdad en el acceso a la justicia mediante la defensa pública gratuita.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah: *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona: Península, 1996.
- BARATTA, Alessandro: «Democracia y derechos del niño», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 9, pp. 17-25.
- CILLERO, Miguel: «Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 9.
- FALCA, Susana: *Marco normativo en relación al VIH/SIDA en Uruguay*, Montevideo, UNFPA, MSP, Programa Prioritario ITS/SIDA, 2010.
- FALCA, Susana y PIÑEYRO Fabián: «La tutela judicial de los derechos de los adolescentes estatuidos en el art. 32 de la Convención Iberoamericana de los jóvenes en el

- Uruguay. Un caso paradigmático: el interés superior del niño en el derecho de familia», en *Revista Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, n.º45 Marzo/abril 2010.
- FANLO CORTÉS, Isabel: «Los derechos del niño y las teorías de los derechos. Introducción a un debate», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 9.
- FREEMAN, Michel D. A.: «Rethinking Gillick», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 11.
- Michel D. A. Freeman: «Tomando más en serio los derechos de los niños», en *Revista de Derechos del Niño*, n.ºs 3 y 4, Santiago de Chile, octubre 2006.
- KANT, Immanuel: *Cimientos para la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires: Aguilar, 1963.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1963.
- MILL, John Stuart: *Sobre la libertad*, México, Gernika, 1991.
- RISSO FERRAND, Martín: *Derecho constitucional*, tomo 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- ZAN, Julio de: *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

II

El paradigma jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño en materia penal

Principio de legalidad

Guillermo Payssé Cuñarro

Sumario: I. Introducción; II. El principio de legalidad y el derecho penal; III. El principio de legalidad como punto de partida; IV. Garantías del principio de legalidad; V. La pena y el principio de legalidad; VI. La Convención sobre los Derechos del Niño; VII. La aplicación del principio de legalidad en la justicia penal juvenil; VIII. Infancia y democracia; IX. La peligrosidad en los Artículos 86 y 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia; X. La privación de libertad: medida excepcional para los adolescentes infractores; XI. Anexo; XII Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en su Artículo 74 establece los principios que rigen el cumplimiento de las garantías del debido proceso ubicando en el primer lugar los principios de judicialidad y legalidad.

«El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los Jueces competentes de 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 de los Derechos del Niño».

No se consagra por lo tanto claramente una definición y alcances de dicho principio y en los escasos trabajos de autores nacionales vinculados a la temática de adolescentes infractores no se encuentra un estudio que desarrolle en forma profunda el principio de legalidad.

Dardo Preza Restuccia manifiesta que en el juzgamiento del adolescente infractor se aplicarán las normas constitucionales, legales y particularmente las que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño. Que es sólo la ley –formalmente considerada– la que puede describir un delito y que no se

podrán incriminar conductas antisociales previstas por decreto (principio de legalidad).²³

Según Carlos Elías Uriarte el principio de legalidad está recogido en el art. 10 de la Constitución de la República y en los arts. 1° y 85° del Código Penal (Pacto de San José, arts. 7.2, 9; Convención, art. 40; Regla 2.2 b, de Beijing), es la garantía fundamental de la libertad: los delitos deben estar expresados en leyes. Cita la clásica formulación «*nullum crimen e nulla poena sine praevia legge penale*», lo que funda un principio de **seguridad jurídica** (conocimiento previo de los delitos y las penas), y un principio de **garantía política** (el adolescente no podrá ser sometido a medidas o penas sino por la ley elaborada por el Poder Legislativo).

Al referirse a la ley penal maneja el concepto de **ley en sentido formal**: la sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo y **en sentido material** como portadora de una norma jurídica general, abstracta, y con vocación de ser impuesta inexorablemente.

El principio de legalidad históricamente se fue concretando en tres requisitos:

- a. *lex praevia*: se prohíbe la retroactividad de la ley penal cuando impone nuevos delitos o agrava las penas; por el contrario si se trata de una ley que suprime delitos existentes o disminuye la pena de los mismos si se aplica a los hechos anteriores a su vigencia.
- b. *lex scripta*: prohíbe la costumbre como fuente del derecho penal.
- c. *lex stricta*: conforme al cual el principio de legalidad se concreta en el principio de tipicidad o de taxatividad que supone un mandato de determinación de las conductas (que deben ser descriptas en tipos penales, en la forma más precisa y cerrada posibles) y de las penas (como forma de impedir el arbitrio judicial).²⁴

Uriarte también hace referencia al principio de legalidad del proceso «*nulla poena sine iudicio*», conforme al cual nadie puede ser penado sin forma de proceso y sentencia legal (Constitución de la República arts. 12 y 18, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.2.b.III y Convención Americana, art.8.1). La Constitución encomienda a la ley que regule el debido proceso

23 PREZA RESTUCCIA, Dardo: *Aspectos penales en el Código de la Niñez y la Adolescencia*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición año 2006.

24 Uriarte, Carlos Elías: *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción*, Carlos Alvarez-Editor, Montevideo, 1999. págs. 194-196.

(«Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios», art. 18) y restringe la detención de las personas («Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente», art. 15, en el mismo sentido el art. 118 del Código del Proceso Penal).

Opera un mecanismo de balance de poderes: la ley limita al juez y aquella resulta limitada por el propio texto constitucional.²⁵

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DERECHO PENAL

El principio de legalidad constituye la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho penal moderno.

El principio «*nullum crimen nulla poena sine lege*» (no hay delito ni pena sin una previa ley que así lo establezca) reconocido expresamente en el art. 1° del Código Penal, se ha constituido en la piedra angular de la libertad. El principio de legalidad deriva directamente del principio de libertad consagrado en el Artículo 10 de la Constitución: «Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Además está recogido 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 la carta magna.

La conducta sancionable debe estar específicamente determinada como también la pena correspondiente. No se puede castigar a nadie por la comisión de un hecho que no esté previsto expresamente en la ley penal como delito, previamente a su infracción. Sólo la ley puede determinar que una conducta humana sea declarada delito y sólo ella puede aplicar una pena para tal conducta.

El principio «no hay delito ni pena sin ley previa» tiene su origen en la filosofía de la Ilustración. La teoría del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu constituyen su sustrato ideológico. Montesquieu impresionado por el sistema inglés sostuvo la necesidad de mantener separados los poderes en legislativo, ejecutivo y judicial en su más importante obra «El espíritu de las leyes». El esquema político de Montesquieu y la estructura política que él acepta, determina la vinculación entre sociedad, leyes y forma de gobierno, con lo cual queda definido el dominio de la ley.

25 Idem, págs. 226 a 228.

Se han señalado antecedentes del principio de legalidad en el derecho romano, en el derecho canónico y en los fueros aragoneses de la Edad Media pero se trata en realidad de preceptos de naturaleza y alcance distintos aunque reflejen la misma preocupación por la seguridad jurídica.

La formulación del principio de legalidad se debe a Beccaria²⁶ en su famosa obra «De los delitos y de las penas», que acusa la influencia de Montesquieu y Rousseau y a Feuerbach que lo desarrolla en función de su teoría de la pena como coacción psicológica y al que se remonta su formulación latina (*Nullum crimen, nulla poena sine previa lege*).²⁷

Beccaria predicaba que el magistrado debe quedar sometido a la ley y no a la inversa, y concluía que para que una pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.²⁸

Con el triunfo de la Revolución francesa el principio de la legalidad de los delitos y las penas se convierte en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal liberal y en un fino exponente del Estado de Derecho.

En Inglaterra no se llevó a cabo el proceso de codificación y no triunfó el principio de legalidad, al igual que en la mayor parte de los Estados Unidos regía fundamentalmente el *Common law*, una especie de tradición jurídica judicial, completado por algunas leyes que regulaban algunas cuestiones concretas de parte general, especialmente las sanciones y algunos delitos en particular. La seguridad jurídica estaba garantizada en los países anglosajones por la vinculación de los jueces a los precedentes, así como por su independencia e inamovilidad.

En Europa la crisis más profunda del principio de legalidad se produjo con el advenimiento de los modernos regímenes totalitarios. En los Códigos penales rusos de 1922 y 1926 se admite expresamente y con una gran amplitud la aplicación de la ley penal por analogía. En la Alemania nacional – socialista por ley del 28 de junio de 1935 se modifica la redacción del Artículo 2 del Código Penal, de modo que pasaban a constituir delito no solo las

26 Beccaria escribió: «...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad». Los jueces no pueden, consiguientemente, «aumentar la pena establecida» por las leyes, ni siquiera «bajo pretexto de celo o de bien público».

27 Cerezo Mir, José: *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, págs. 195 a 211.

28 Beccaria, Césare: *De los Delitos y las Penas*.

conductas comprendidas en las figuras delictivas, sino también aquellas que merecieran ser castigadas «de acuerdo con la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular».

Milton Cairoli cita a Anselmo Von Feuerbach (1775-1833) fundador de la ciencia penal en Alemania que afirmara que el principio de legalidad en derecho penal es como un freno para el arbitrio del juez, los alemanes le atribuyen haber sido el primero en expresar el principio que sin ley no hay delito ni pena. Los códigos penales liberales del mundo lo acogieron sin ambages, encontrándolo consagrado en la Carta Magna otorgada por Juan sin tierra en 1215, la Constitución Norteamericana de 1787 y en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.²⁹

La preocupación por la seguridad jurídica ha llevado a formular en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas) en su art. 11.2 el principio de que:

*«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».*³⁰

En rigor esta declaración no coincide con el principio de legalidad, ya que se alude al Derecho nacional e internacional y en algunos casos la fuente puede no ser la ley, sino la costumbre o como en los países anglosajones, un Derecho judicial.³¹

El Artículo 85 del Código Penal establece el principio «*Nulla poena sine lege. Nulla poena sine iudicio*». «No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia, emanada de los jueces en cumplimiento de una ley, ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya establecido».

29 En el art. 5 de la Declaración se recogía esta perspectiva del derecho de legalidad diciendo que «todo lo que no está vedado por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena» y en su art.8 se enuncia que «La Ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente».

30 Cairoli, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo*. Tomo I. Parte General, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria.1985, págs. 71 a 73.

31 Rodríguez Devesa - Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 18a. edic., 1995, pág. 175 nota 16. Alicia Gil considera que podría hablarse de un principio de legalidad en sentido amplio o «principio de juridicidad» (Gil Gil, Alicia: *Derecho Penal Internacional*, pág. 73 nota 37).

En consonancia con los Artículos 15 y 18 de la Constitución de la República como ya se expresó al transcribir dichas normas.

Señala Langón Cuñarro que del principio de legalidad se derivan otros dos principios:

1. la irretroactividad de la ley penal
2. la prohibición de la analogía.

1. *La irretroactividad de la ley penal* está consagrada en el art. 15 del Código Penal: «Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia». Si se diera vigencia retroactiva a una ley penal se estaría sancionando conductas que no estaban abarcadas por ningún tipo penal, que por lo tanto no eran delictivas y se violaría el principio de legalidad.

En el mismo Artículo se expresa que: «Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia...», se consagra la retroactividad determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso y de la pena en el segundo (en el mismo sentido el Código del Proceso Penal en el art.7°).

El Pacto de San José de Costa Rica (Ley N° 15.737) en su Artículo 9 consagra el Principio de Legalidad y de Retroactividad:

«Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Con anterioridad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 13.751) en su Artículo 15 estableció:

«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Sin con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

2. El principio de legalidad exige que los delitos sean lo más «cerrados» posibles, que de la lectura del tipo penal se pueda saber que está prohibido por la ley y que es lo que ella ordena. *Se viola el principio de legalidad si se admite en derecho penal la imputación por analogía*, por ejecutar una conducta

no igual a la de la norma sino similar o semejante a la prohibida. No se puede aceptar por inconstitucional, ya que se estaría atentando contra la libertad.

Se acepta la analogía a favor del justiciable «*in bonam parte*» como por ejemplo en el cómputo de las circunstancias atenuantes que alteran el grado de la pena, previstas en el Artículo 46.13 del Código Penal, que establece:

«*Cualquier otra circunstancia de igual carácter o análoga a las anteriores*».

Por el contrario las circunstancias agravantes del Artículo 48 del Código Penal están enumeradas en forma taxativa y no pueden ampliarse si no es por ley («*in malam parte*»).

La conducta penal debe estar descrita en forma detallada, el texto legal debe ser taxativo y prohibir los «tipos abiertos», ya que estos son una forma encubierta de violar el principio de legalidad.³²

El mayor peligro para el principio de legalidad lo constituyen hoy las leyes penales indeterminadas. La exigencia de concreción se refiere no sólo a la descripción de las conductas delictivas, sino también a la fijación de los marcos penales. Un marco excesivamente amplio es incompatible con el principio de legalidad.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

Tomás Vives Antón³³ toma como eje de su reflexión el principio de legalidad.

Establece en primer término que el principio de legalidad en la medida que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido, constituye la base de la libertad negativa, la que Constant llamara «la libertad de los modernos», que descansa sobre la seguridad jurídica, o sea sobre la exclusión de toda injerencia estatal respecto de los actos no prohibidos y la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acciones posibles.

En segundo lugar ubica al principio de legalidad como una suerte de «principio de principios». En tanto se afirma en las sociedades modernas la legalidad como una esfera pública autónoma e independiente de la moralidad

32 Langón Cuñarro, Miguel - Barrera, Jorge - Pecoy, Martín : *Derecho Penal. Teoría de la Ley Penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, págs. 83 a 93.

33 Vives Antón, Tomás: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal*, págs. 723 a 735.

individual, el principio de legalidad comporta una delimitación de lo que puede llegar a prohibirse: bajo la vigencia del principio de legalidad no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de prohibición, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad, según la conocida formulación kantiana. El principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» representa no solo un límite formal al poder punitivo del Estado, sino también uno material que dimana del proceso de diferenciación del Derecho moderno, a lo largo del cual éste se independiza de las concepciones morales y religiosas y se ciñe a castigar las perturbaciones más graves de la vida en sociedad.

En tercer lugar el de legalidad es un principio de racionalización del castigo que, sobre la base del primado de la libertad que comporta, ha de aplicarse sólo allí donde resulte necesario y según el viejo aforismo de Bentham: al orden de las infracciones, según la seriedad del mal que causan, ha de corresponder el de las sanciones, según su gravedad. Una legalidad arbitraria, que sancionara conductas inocuas o amenazara con castigos gravísimos conductas apenas dañinas no responderá a las exigencias de racionalización dimanantes del principio de legalidad. Y concibiendo la pena como un mal necesario y proporcionado a la gravedad del delito, en el corazón mismo del principio de legalidad se halla inscrito otro: el de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio.

IV. GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por una parte se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad:

- a. *la garantía criminal* que exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*),
- b. *la garantía penal* requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*),
- c. *la garantía jurisdiccional* exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido,
- d. *la garantía de ejecución* requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Por otra parte se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que deben ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.

- a. La ley penal debe ser «*praevia*» (previa) para saber si la conducta que realiza la persona es delictiva o no lo es, ya que nadie puede conducirse conforme a derecho si éste no está establecido claramente con anterioridad y se lo puede conocer.
- b. La ley penal debe ser «*scripta*» (escrita) para garantizar la certeza y seguridad jurídica, lo que permite que pueda ser conocida tanto por el que actúa como por el que juzga la conducta de aquel. Queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. No basta con cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Quedarán excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como decretos, resoluciones ministeriales, etc.
- c. La ley penal debe ser «*stricta*» (cierta) impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo.

El lenguaje se torna un elemento clave ya que la imprecisión conceptual en el terreno de la niñez y la adolescencia habilitó las peores formas de castigo, y tiene el lenguaje un papel fundamental en la ley penal y se orienta sobre los tres ejes referidos «*lex praevia, lex scripta y lex stricta*» .

V. LA PENA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Luigi Ferrajoli sostiene que la historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas y quizá más numerosas que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizadas por muchos contra uno.

No ha habido aflicción desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia.

Desde la crueldad de los antiguos ordenamientos mediante ejecuciones capitales y sus diversas técnicas de ejecución hasta la realidad actual donde el número de países que abolieron la pena de muerte es muy inferior al de los que la mantienen. A lo que se suman las penas extra judiciales.

El derecho penal moderno hunde sus raíces en el planteamiento liberal, aquel que introdujo el período moderno de la Administración de Justicia, que planteó el sentido y fin del derecho penal y que desarrolló un planteamiento

humanista de las penas, desestimando la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas corporales e infamantes e introdujo la pena privativa de libertad. La libertad de los individuos quedó afirmada limitando al poder punitivo a través del principio de legalidad.³⁴

Entre las penas modernas encontramos las penas privativas de libertad y las pecuniarias, acompañadas de los principios de proporcionalidad, equidad y certeza, además de la escala de penas y los límites máximos y mínimos.

Ferrajoli considera a la cárcel como una institución antiliberal, desigual, atípica, extra judicial y extra legal al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Pensando que la duración máxima de la pena privativa de libertad cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse a 10 años o a un tiempo menor. Teniendo como objetivo inmediato que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión. Y sería posible por las mismas razones que están en la base de la crisis de la cárcel: la eficacia disuasoria y estigmatizante alcanzada, en la actual sociedad de los medios de comunicación, por el proceso y la condena pública, más que por la ejecución de la pena privativa de libertad; el progreso cívico y cultural, que hace hoy intolerables los sufrimientos inútiles o en cualquier caso excesivos; el hecho de que, guste o no guste, en la actual sociedad informática las funciones de seguridad y de prevención general de los delitos tiendan a ser satisfechas mucho más por las funciones de policía que por la amenaza de las penas.³⁵

34 Urquiza Olaechea, José: *Principio de legalidad*. Primera Parte.

35 Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2006, págs.373 a 457)

VI. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO³⁶

Reconoce en su art. 40.2.a el principio de legalidad:

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

Por lo tanto aquellas acciones que no están prohibidas están exentas de la autoridad de los magistrados.

En el art. 37 b se aplica el principio y se limita con él el uso de los recursos punitivos, se garantiza que:

«Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda».

La legislación tutelar desconocía este principio, bastaba que se desplegara algún comportamiento problemático como vagancia, mendicidad o estados afines para desplegar la acción del sistema de justicia de menores.

Alessandro Baratta sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño es una etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos. La Convención y las leyes más avanzadas en el área latinoamericana aseguran el respeto del principio de legalidad.³⁷

Luis Pedernera manifiesta que durante décadas los sistemas de administración de justicia minoriles institucionalizaron y condenaron a niños y adolescentes sin respetar el principio de legalidad y sin que se lesionaran bienes jurídicos.

Acciones que la ley no prohibía o que expresamente permitía formaban parte de la autoridad y competencia de los jueces y con el argumento de la

36 Aprobada por nuestro país por Ley N° 16.137 de 28 de setiembre de 1990. Fue ratificada por todos los países miembros de Naciones Unidas, excepto por dos: Estados Unidos y Somalia. Todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria.

37 Alessandro Baratta. «Democracia y derechos del niño» en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 9, págs. 17 a 25.

protección de los derechos de los niños se pasaba por encima de la voluntad de estos.

El mismo autor establece que la legislación de menores o legislación de la situación irregular tenía una concepción del niño caracterizada por los siguientes rasgos centrales:

1. Se dirige a cierta porción de la infancia, los menores pobres.
2. Centraliza el poder en una persona, el juez de menores.
3. Judicializa y criminaliza la pobreza.
4. Considera al niño un objeto.
5. Le niega los derechos y garantías fundamentales.
6. Habla con eufemismos al nombrar las cosas, con lo que oculta los verdaderos efectos.³⁸

En nuestro país bajo la vigencia del Código del Niño (1934) la protección de los niños y adolescentes estaba encarada desde el «concepto de la **situación irregular**» destinada a aquellos que no gozan de las políticas sociales básicas, y era el «**menor**» el niño o adolescente que no gozaba de esas políticas sociales (en situación de riesgo, de calle, de abandono o infractores). A partir de la Convención se estableció que cualquier medida que tomen los jueces y legisladores o cualquier autoridad deberá tener como principio rector «el **interés superior del niño**» (plena satisfacción de sus derechos) y en esta línea se aprobó el CNA que erradicó la doctrina de la «situación irregular» para dar paso a la doctrina de la «**protección integral**» que tiende a reconocer en el niño su condición de sujeto de derecho. Garantizando a los adolescentes en conflicto con la ley las reglas universales del debido proceso legal que rigen para los adultos entre las que encontramos entre otras: el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

El principio del interés superior del niño está consagrado en el Artículo 3.1 de la Convención:

*«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**».*

38 Pedernera, Luis: «La necesidad del bien jurídico como límite de la intervención punitiva en las infracciones adolescentes» en UNICEF: *Límite al poder punitivo*, Montevideo, UNICEF, 2008, págs. 77 a 96.

Toda decisión que tome cualquier autoridad (pública o privada o el legislador) que concierna al niño deberá considerar en primer término los derechos de éste y asegurarle el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de manera de no poner en riesgo su desarrollo presente y futuro.

VII. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Una característica básica del Derecho Penal Juvenil es la de su especialidad, que se manifiesta por el uso predominante de sanciones de carácter educativo y por la estructuración particular del proceso. La especialidad lleva a que este derecho debe estar organizado exclusivamente para personas menores de edad con mayores atenuantes y garantías que las utilizadas para adultos.

Los instrumentos específicos reconocen y recomiendan una «tipificación delegada», la aplicación de los tipos penales de adultos para definir las infracciones del sistema juvenil, pero cada vez existe una posición más clara en doctrina para reducir el catálogo de ilícitos para los adolescentes y descriminalizar para ellos conductas definidas como punibles para los adultos. Las razones para esta descriminalización se derivan de su particular situación jurídica frente al Estado y sus normas. La infancia y la adolescencia se encuentran protegidas especialmente por el derecho - siendo la Convención sobre los Derechos del Niño el instrumento fundamental- que tiene una tolerancia mayor ante las transgresiones de los adolescentes.

La adolescencia es una etapa difícil y se trata de una época de la vida que marca la transición entre la niñez y el estado adulto. El adolescente tiene menor capacidad de querer y entender, su personalidad está en proceso de formación y dada su falta de madurez física, mental y emocional necesita protección y cuidados especiales. Es menos reprochable ya que vive en un proceso donde no ha completado el aspecto afectivo o emocional de su personalidad que se encuentran en desarrollo.

Y así lo consagra la Constitución en su Artículo 43 que dispone que:

«La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial...».

En el mismo sentido el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

«Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales... Reconociendo que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su

personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión».

El Derecho Penal nutre al Derecho Penal Juvenil en sus principios generales a saber: principios de **legalidad, tipicidad y culpabilidad**. El principio de especialidad debe propiciar una extensión del Derecho Penal Juvenil al Derecho Penal de adultos, no a la inversa³⁹.

La aplicación del principio de legalidad limita la posibilidad de aplicar sanciones en casos que no se encuentren previamente tipificados y sancionados en forma estricta y precisa por la ley, con anterioridad a la ocurrencia del hecho concreto que se trata de sancionar. Este mandato se extiende tanto a los jueces como al legislador, a quien prescribe taxatividad y precisión empírica de las formulaciones legales (principio de estricta legalidad). En virtud de este principio son ilegítimas las descripciones legales como **irregularidad, conductas desviadas** y otras que contienen las leyes de menores.⁴⁰

VIII. INFANCIA Y DEMOCRACIA

La Convención sobre los Derechos del Niño alienta en varias de sus disposiciones la participación del niño en los asuntos que lo involucran y que el mismo sea escuchado. Dice el Artículo 12:

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...».

39 Tiffer, Carlos (Profesor de la Universidad de Costa Rica): «Décimo Tercer Aniversario de la Ley Penal Juvenil en El Salvador y Diez años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica», en *Justicia y Derechos del Niño*. Unicef N° 10, págs. 135 a 146.

40 Cillero Bruñol, Miguel: «Adolescentes y Sistema Penal. Propositiones desde la Convención sobre los derechos del niño», en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 2 Unicef, págs. 101 a 138.

Y el Artículo 13.1 expresa:

«El niño tendrá derecho a la libertad de expresión, ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño».

El elemento fundamental de una estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es establecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y respecto a éstas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales. Y la imposición a los estados partes de la Convención por el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos.⁴¹

Es esencial para el volumen de las políticas públicas de protección a la niñez los recursos humanos y financieros que los estados destinen. Y los esfuerzos técnicos y financieros de la comunidad internacional en lo que se refiere a implementar políticas públicas para revertir esta situación en defensa de los derechos de los niños son muy débiles frente a las dimensiones de sus necesidades.

El contexto democrático debe ser considerado como la premisa máxima en el momento de definir estrategias adecuadas de implementación de los derechos de los niños establecidos en la Convención. Si bien la democracia presenta el déficit del crecimiento en lugar de la disminución de las diferencias entre la riqueza y la pobreza; y los niños son las principales víctimas de estas distorsiones en el «desarrollo» económico que se encuentra estructuralmente separado de las necesidades humanas y lo pagan con pobreza, hambre y enfermedades. Cuarenta mil niños mueren por día en el mundo. Y la pobreza excluye a los individuos del pleno goce de sus derechos políticos, genera exclusión social y además es criminalizada.

Baratta hace referencia a dos frases emblemáticas, la primera del director ejecutivo de Unicef James Grant que dice: «La democracia es buena para

41 Baratta, Alessandro: «Infancia y Democracia», en *Derecho a tener Derecho. Tomo 4. Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina y el Caribe*. I.I.del N., Unicef e Instituto Ayrton Senna, págs. 207 a 236.

los niños, y a los progresos de la protección de los niños, siguen los progresos de la democracia» y la otra de Emilio García Méndez que dice: «Los niños son buenos para la democracia».⁴²

La democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia.

El desarrollo del pacto social moderno en la constitución formal y material de los países de América Latina y Europa (más allá de las enormes diferencias de desarrollo entre un continente y otro) está marcado por las luchas de los excluidos y de aquellos que han tomado partido por ellos para la integración de estos en la ciudadanía y en la democracia.

Los problemas de los niños son resueltos por los adultos, aquellos no son escuchados y no participan de las soluciones de los temas que los involucran, son excluidos en razón de su edad y su falta de madurez, violando de esta forma lo dispuesto en la disposición del art. 12.2 de la Convención.

Los adultos son los que elaboran el discurso y son quienes ejercitan el poder sobre los niños, y a su vez es contra quienes se dirige la demanda de igualdad, de libertad y de respeto sobre los derechos del niño. Los niños y adolescentes como todos los seres humanos tienen acceso a los derechos civiles de acuerdo a lo establecido en las declaraciones y convenciones de derechos humanos, pero son excluidos del pacto social, no son parte contratante del mismo y por ende no forman parte de él.

IX. LA PELIGROSIDAD EN LOS ARTÍCULOS 86 Y 91 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El art.86 instituye que:

«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».

Y el art. 91 que se refiere a la duración de las medidas de privación de libertad en su numeral tercero expresa:

42 Baratta, Alessandro. «Democracia y Derechos del Niño», en *Justicia y Derechos del Niño*. Unicef N° 9.

«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».

Frente a las formulaciones clásicas del derecho penal de acto comienzan a ganar espacio conceptos criminológicos característicos del derecho penal de autor tales como la peligrosidad y la alarma social. La punibilidad de una conducta no debe incrementarse en razón de la peligrosidad, la pena a aplicar debe ser la establecida en la ley en razón del delito cometido y no por las características personales del sujeto las que deben ser indiferentes al derecho.

En el caso de los adolescentes el diagnóstico de la peligrosidad en oportunidades se ha extendido más allá del análisis de su personalidad y se ha considerado la falta de continentación familiar para por ejemplo determinar la internación del adolescente, ante la falta de representante legal en la sede.

Los Artículos referidos del Código de la Niñez y la Adolescencia consagran una amplia discrecionalidad para los magistrados que les permite no sólo determinar la privación de libertad de un adolescente sino también prolongarla en base a un juicio de peligrosidad e incluso armonizando los incisos segundo y tercero del art. 91 se les podría llegar a recluir en centros de mayores si la seguridad de la población estuviera en juego o a los efectos de recuperar al adolescente infractor.

La aplicación por parte del juez de las facultades discrecionales previstas en el art. 86 del CNA en base al juicio de peligrosidad habilita a la defensa a impugnar la resolución promoviendo la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia (arts. 256 a 261 del Cap. IX de la Sección XV de la Constitución de la República).

La función de la justicia penal juvenil es juzgar acciones imputables a un adolescente, pasibles de un reproche de culpabilidad, no es la función de la justicia ni de la pena perseguir la reforma del individuo, a pesar 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. Aplicando el concepto de peligrosidad no se sanciona al adolescente por lo que hace sino por lo que es.⁴³

Una de las manifestaciones de la teoría de la peligrosidad es la teoría del derecho penal del enemigo, que establece una diferenciación entre dos

43 Falca, Susana y Fabián Piñeyro, «Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia» en *Infancia y administración de justicia: la importancia de la defensa jurídica*, Montevideo, UNICEF, 2010. Págs.123 a 145.

grupos de personas: los ciudadanos y los enemigos. A los primeros se les trata de rehabilitar aplicando el derecho penal común o del ciudadano, a los segundos se les aplica un derecho penal diferente el del enemigo caracterizado por la disminución de garantías y por la aplicación de severas sanciones, y de esta forma proteger a la sociedad de aquellos que son visualizados por ésta como sus enemigos.

Los enemigos tienen sus derechos y garantías disminuidos, se les trata de excluir de la sociedad con las mayores sanciones, y como sostiene Silva Sánchez:

*«El tránsito del ciudadano al enemigo se irá produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas».*⁴⁴

El derecho penal adolescente en el país no ha escapado a la teoría de la peligrosidad, desde el paradigma tutelar (Código del Niño de 1934) en que desconocía la condición de sujetos de derechos a niños y adolescentes y se aplicaban medidas de control social a quienes se encontraban en situación irregular, que no eran otra cosa que sanciones de carácter penal, con la particularidad que no eran dictadas en un proceso de atribución de responsabilidades. Así a los menores abandonados se les equiparaba con los menores delincuentes. Y en el texto vigente la teoría de la peligrosidad se vuelve a manifestar en los Artículos 86 y 91.

La sociedad muchas veces percibe a los adolescentes como sujetos peligrosos, ya que existe una relación conflictiva entre el mundo adulto y los adolescentes, y erróneamente percibe que estos participan mayoritariamente en los hechos delictivos que ocurren en el país, lo cual es desmentido por las cifras al respecto. Pensemos que en la Capital hay 21 Juzgados Penales de Primera Instancia para entender en las causas de los mayores de edad y sólo 4 Juzgados de Adolescentes Infractores de Primera Instancia. El número de mayores de edad privado de libertad supera los 9000, mientras que el de adolescentes en la misma condición ha llegado a un pico máximo de 450.

Los medios de difusión muchas veces influyen en esta percepción errada de la sociedad ya que cada vez que en un hecho delictivo participa un menor de 18 años recalcan la participación de los mismos, y en casos en que estos no participan hacen referencia a que no serían menores los autores del

44 Idem. Los autores citan a Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid 2001.

hecho. Asimismo cuando se trata de mayores que superan por pocos años la mayoría de edad, se refieren a estos como los jóvenes delincuentes. Por lo que comprobamos que la palabra «menor», «joven» y «adolescente» está permanentemente mencionado más allá que el sujeto que cometió el delito no sea menor de 18 años.

X. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: MEDIDA EXCEPCIONAL PARA LOS ADOLESCENTES INFRACTORES

Las respuestas punitivas en el derecho penal se sustentan sobre la base de la privación de libertad como regla, en cambio en el derecho penal juvenil la privación de libertad constituirá una sanción excepcional reservada para los hechos de mayor gravedad.

La Convención sobre los Derechos del Niño propone una reducción de la aplicación de penas a los adolescentes (última ratio de la sanción, se deben buscar estrategias alternativas a la judicialización), fundamentalmente de la privación de libertad (última ratio de la privación de libertad, como medida de último recurso frente a hechos de gravedad o cuando hubieren fallado las medidas previas adoptadas), en tanto constituyen una lesión a sus derechos.⁴⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por Naciones Unidas en Nueva York el 06/12/1989) dice en su art. 37 lit b que:

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

Las Reglas mínimas uniformes para la administración de la justicia de menores (Resolución 40/33 de la Asamblea General) conocidas como «**Las Reglas de Beijing**» establecen:

Regla 13.1: Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

45 Balerio, Cohen, Terra y Brunet: Capítulo 7 en *Límite al poder punitivo. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano*, Montevideo, UNICEF, 2008.

Regla 13.2: Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva...

Regla 17.1 b: Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

Regla 17.1 c: Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra la persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113) expresan:

Regla 1: El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

Regla 2: La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 de 07/09/2004).

Artículo 76.12: La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Deberá fundamentar (el Juez) por qué no es posible aplicar otra medida distinta a la de privación de libertad.

Sobre la privación de libertad se establecen otras previsiones:

- Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas (art. 86).
- Que la internación debe ser en establecimientos separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos (art. 88 B). En ningún caso podrán cumplirse en establecimientos destinados a adultos (art. 92).
- Que se les debe recluir en establecimientos que aseguren su permanencia en el recinto (art. 89).
- La privación de libertad tendrá una duración máxima de 5 años.
- En ningún caso el adolescente que cumple 18 años, sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos de adultos (art. 91).
- El cumplimiento de las medidas de privación de libertad son de responsabilidad exclusiva, irrenunciable e indelegable del Estado.

- Se cumplirán en centros especiales hasta la finalización de las medidas y de acuerdo a criterios, entre otros, de edad, compleción física, gravedad de la infracción y adaptación a la convivencia (art. 92).
- La internación fuera de la jurisdicción de su domicilio se limitará al mínimo posible, atendidas las circunstancias del caso (art. 95).
- La podrá cumplir en un régimen de semilibertad, en cuyo caso gozará de permiso para visitar a su familia o realizar actividades externas por un lapso de 8 horas (art. 90).

No tiene nuestra legislación un código penal juvenil donde se fijen cuales son las conductas que serán tipificadas como infracción (delito) y en la que se establezcan mínimos y máximos para castigar las conductas, por lo que el magistrado cuenta con una amplia discrecionalidad al momento de dictar sentencia, teniendo como límite el plazo máximo de cinco años al aplicar una medida de privación de libertad en un centro de INAU.

En los siete años de vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia en la tarea de defensor público acepté el cargo en no menos de 2200 defensas, las que terminaron en sentencias condenatorias y excepcionalmente en sentencias absolutorias -*rara avis* en las resoluciones judiciales de nuestro país- estas por sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia por apelaciones presentadas por la defensa.

En nuestro sistema inquisitivo donde el magistrado atiende la llamada policial que le comunica el hecho en que está indagado un adolescente y resuelve su conducción a la sede judicial y la posterior iniciación del proceso, y luego es el mismo «juez contaminado» quien dicta la sentencia de primera instancia; lo que genera que prácticamente no se dicten sentencias absolutorias en esa instancia. Y también se pretende que este «súper juez» controle la ejecución de la medida que aplicó, situación donde los derechos humanos de los adolescentes corren más riesgos de ser conculcados y es allí donde el sistema se desmorona con controles prácticamente inexistentes y poco eficaces.

Por lo que no debería postergarse la creación de jueces de ejecución que controlen el debido cumplimiento de la medida de privación de libertad, el contenido de la misma y las sanciones que se aplican en las que se le dará participación también a la defensa.

Lo mismo se reproduce en materia de adultos con el vetusto Código del Proceso Penal del año 1980, donde la voluntad política de reformarlo sigue postergada.

En un sólo caso de los que me tocó defender se dictó una sentencia en primera instancia que fijó el máximo legal, se trató de un homicidio ocurrido en Maldonado, plazo que ratificó el Tribunal de Apelaciones de Familia que

intervino. Cuando el adolescente llevaba cumplida poco más de la mitad de la medida socioeducativa de privación de libertad se le concedió un régimen de semilibertad, cesando el mismo cuando la reclusión era de cuatro años del inicio del procedimiento y mi defendido tenía 21 años de edad.

Desde el año 2010 comenzaron a realizarse planteos reformistas al capítulo de los adolescentes y las infracciones a la ley penal del Código de la Niñez y la Adolescencia, en su enorme mayoría de carácter represivo y regresivo, algunos de los cuales cristalizaron en leyes aprobadas recientemente (N° 18.777 y 18.778 de 06/07/2011). Una vez más en nuestro país han primado razones de alarma pública, peligrosidad de los menores fugados y con varias anotaciones, el tratamiento de los medios de comunicación y el grito de la tribuna para generar reformas legales que no eran necesarias, con argumentos típicos de modelos autoritarios del derecho penal, que se manifiestan por un incremento de la punibilidad como única respuesta poniéndose énfasis en la rebaja de la imputabilidad penal, el incremento de las penas y la disminución de las garantías.

Sectores políticos y algún operador judicial llegaron a manifestarse a favor de extender el plazo de privación de libertad a 10 años, lo que finalmente no prosperó. A la luz de lo expresado, dicha modificación resulta innecesaria esta ya que los magistrados no aplican el máximo legal de 5 años en sus resoluciones la puesta en práctica de dicha reforma importaría una grave contravención del principio de especificidad (art. 72 de la Constitución y demás normas citadas en este título). Principio que ordena que la repuesta punitiva frente a la trasgresiones a la ley penal cometidas por las personas menores de edad ha de tener un carácter atemperado y morigerada respecto de la prevista para los adultos

Cinco años de privación de libertad se trata de un tiempo importante y suficiente para un joven, y significa nada menos que la pérdida de toda su adolescencia en reclusión, el sistema penal juvenil debe distanciarse del sistema de adultos.

Emilio García Méndez manifiesta que si en algún lugar el pensamiento regresivo tuvo un carácter hegemónico es en el campo del derecho.

«En pocas áreas de la vida social la hegemonía jurídica regresiva se ha manifestado con más fuerza (y eficacia) que en el área de la «política social para los más necesitados». Más aún, no me parece exagerado reiterar que desde 1919, las leyes de menores han conducido, ideológica y materialmente, la política para los niños pobres en América Latina. Aunque resulta paradójico, la hegemonía jurídica del pensamiento regresivo se manifiesta (también) en la subestimación que del derecho y lo jurídico hacen sectores que políticamente se auto perciben como progresistas y -sin duda alguna- como modernizadores... La formulación de políticas,

o lo que es peor, de propuestas legislativas en función de las deficiencias, de las omisiones, de las violaciones, en definitiva, de lo que no es, en vez de en función de lo que debería ser, ha tenido y tiene consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia»⁴⁶

Los centros de reclusión de nuestro país se encuentran superpoblados⁴⁷ y predomina el hacinamiento desde que las autoridades del INAU han logrado superar el escandaloso número de fugas de los últimos tiempos -fundamentalmente en los años 2009 y 2010-; muchos centros están en pésimas condiciones y la permanencia de adolescentes en dichos sitios es violatoria de sus derechos humanos. A lo que se suma un contenido vacío de la medida socioeducativa de privación de libertad, ya que con excepciones el «candado» es la norma, lo que es gravísimo y pone en tela de juicio la permanencia de la medida por lo ilegal e ineficaz.

No se puede pretender educar desde el encierro, ni tampoco lograr «reinsertar», «rehabilitar», «recuperar» o «resocializar» a los adolescentes en esta realidad.

La privación de libertad debe cumplirse en condiciones que no importen una limitación de otros derechos del adolescente, lo que en varios centros de reclusión de nuestro país no ocurre, generando con ello una violación de la dimensión cualitativa del principio de legalidad.

La permanencia en la celda por espacio de 23 horas y el suministro de psicofármacos a la totalidad de la población, generan condiciones negativas que restringen el desarrollo de actividades en todas las áreas.

Sólo en la capital existen juzgados especializados, careciendo de tribunales de apelaciones que se ocupen en exclusividad de la temática de los adolescentes infractores.⁴⁸

46 García Méndez Emilio: «Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia», en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, N°9, págs. 27 a 47.

47 «Colonia Berro: Hacinamiento alcanzó un 143%, según Inau». «Problema. Superpoblación generó aumento de violencia». En la Colonia Berro están internados 229 menores en 160 plazas. Todo el Sistema de Ejecución de Medidas a Jóvenes en Infracción (Semeji) aloja a 419 adolescentes infractores. El hacinamiento existe en casi todos los hogares de la Colonia Berro ... El próximo mes, el Directorio del Inau llamará a licitación para la construcción de los primeros centros que integrarán el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (Sirpa), autoridades del organismo consideran que las obras demorarán entre tres y seis meses. Fuente Diario El País de fecha 22/09/2011.

48 En Montevideo hay cuatro Jueces Letrados de Adolescentes Infractores y el mismo número de Defensores Públicos ambos con turnos semanales (que comienzan a la cero hora de los días lunes y finalizan a las 24 horas de los días domingo), por lo que cada defensor trabaja siempre con la misma Sede Judicial. Los Fiscales Nacionales de Adolescentes Infractores (dependientes de la

En cuanto al régimen impugnativo el art. 76.14 expresa que:

«Se aplicará el régimen impugnativo que la ley establece (Artículos 253 y 254 del Código General del Proceso). La apelación será automática cuando la medida impuesta tenga una duración superior a un año de privación de libertad»,

y de acuerdo al art. 98 (Recurribilidad):

«La sentencia podrá ser apelada ante el Tribunal de Familia respectivo, cuya decisión hará cosa juzgada».

Urge la creación de un tribunal de alzada especializado para entender en las apelaciones, ya que se produce una situación no querida por el Codificador que estableció plazos breves para las actuaciones de todos los operadores de la primera instancia para que el proceso se desarrollara en tiempos razonables considerando que están involucrados adolescentes, situación que en segunda instancia se omitió lo que atenta contra los derechos del adolescente de ser juzgado en un plazo razonable, durando varios meses el dictado de las sentencias. A los miembros de este tribunal a crearse se les deben imponer plazos legales especiales para el dictado de sus fallos, considerando la materia en que actúan, lo que no fue contemplado debidamente en el CNA

La discrecionalidad que gozan los magistrados los ha llevado a violentar el principio de legalidad en lo que respecta a la imposición de medidas que signifiquen la pérdida de libertad a los adolescentes, como se expresó medida de último recurso. Lo que claramente surge en los cuadros que se desarrollarán a continuación en el Anexo de este trabajo referidos a medidas cautelares y medidas socioeducativas impuestas en las audiencias preliminar y final por las cuatro sedes de adolescentes de la Capital, y de las comparaciones con las resoluciones de los juzgados del interior del país.

Fiscalía de Corte, ubicada en el Poder Ejecutivo - Ministerio de Educación y Cultura) son tres que ejercen su función en turnos semanales por lo que rotan su actividad en las cuatro sedes de adolescentes. El número de los Tribunales de Apelaciones de Familia es de dos y entienden en las apelaciones que se presentan en todo el país, tanto de las planteadas ante el auto de iniciación dictado en la audiencia preliminar como de la sentencia definitiva dictada en la audiencia final.

XI. ANEXO

CUADRO 1

Medidas cautelares dictadas por encausado (procesos concluidos año 2010)

	Cantidad	Porcentaje
Internación Provisoria	471	63.1%
Arresto domiciliario	180	24.2%
Sin medida adoptada	49	6.6%
Obligación de concurrir al juzgado	40	5.4%
Prohibición de acercarse a la víctima	5	0.7%
Total	745	100.0%

Fuente: Poder Judicial, Departamento de Estadísticas: *Juzgados letrados en materia de Adolescentes de todo el país. Estudio de procesos infraccionales concluidos durante el año 2010*, Montevideo: Poder Judicial, 2011.

Surge del Cuadro 1 que en los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Adolescente Infractores de Montevideo cada diez adolescentes a los que se les aplicó una medida cautelar, a más de seis se les internó provisoriamente en el INAU y a menos de cuatro se les aplicó una medida alternativa a la privación de libertad.

El arresto domiciliario y la internación provisoria «sólo podrán aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad de acuerdo al art. 86...» (art. 76.5).

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece que las medidas cautelares se fijan a solicitud del Ministerio Público y el Juez tiene la discrecionalidad de aplicarlas o no, pero «siempre dispondrá las medidas cautelares necesarias que menos perjudiquen al adolescente» (art. 76.5). Enumera una gama de medidas que no implican la internación provisoria en dependencia de INAU, que son:

1. La prohibición de salir del país.
2. La prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de concurrir a determinados lugares o de tomar contacto con personas determinadas.
3. La obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine.
4. El arresto domiciliario.

Y si sumamos las medidas de internación provisoria (471 – 63.1%) a las de arresto domiciliario (180 – 24.2%) nos da una cifra más que preocupante: en el 87.3% de los casos el adolescente queda privado de libertad en dependencia de INAU o en su domicilio.

CUADRO 2

Las medidas cautelares de internación provisoria, según el delito tipificado

Rapiña	389 (de 576)	67.5%
Homicidio	29 (de 33)	87.9%
Hurto	18 (de 65)	27.7%
Lesiones	16 (de 29)	55.2%
Estupefacientes	3 (de 8)	37.5%
Copamiento	3 (de 3)	100.0%
Violencia privada	2 (de 2)	100.0%
Receptación	2 (de 9)	22.2%
Atentado	2 (de 2)	100.0%
Lesiones graves	1 (de 5)	20.0%
Incendio	1 (de 1)	100.0%
Violación	1 (de 1)	100.0%
Atentado violento al pudor	1 (de 1)	100.0%
Violación de domicilio	1 (de 1)	33.3%
Abigeato	1 (de 1)	100.0%
Otros	1 (de 1)	100.0%
Total	471	63.2%

Fuente: Poder Judicial, Departamento de Estadísticas: *Juzgados letrados en materia de Adolescentes de todo el país. Estudio de procesos infraccionales concluidos durante el año 2010*, Montevideo: Poder Judicial, 2011.

Del Cuadro 2 surge que ante determinados delitos tipificados como infracciones gravísimas en el Artículo 72 del Código de la Niñez y la Adolescencia los Jueces aplican la internación provisoria como primer medida y en algunos casos como única medida.

La realidad del interior del país plantea algunas diferencias lo que se ve reflejado en las resoluciones de los magistrados.

El número de infracciones en el año 2010 fue de 700, y solo cinco delitos superan los dos dígitos: hurto 404 (57.7%), rapiña 151 (21.6%), receptación 40 (5.7%) lesiones personales 19 (2.7%) y homicidio 18 (2.6%).

Cotejando los ilícitos que ocurren en la capital y el interior se nota un importantísimo aumento en el interior de dos delitos tipificados como infracciones graves: el hurto y la receptación, y un descenso muy importante en el número de las rapiñas.

Ante esta realidad el número de medidas cautelares de internación provisoria desciende sensiblemente, se aplicó en 298 infracciones, lo que representa un porcentaje del 42%, menos de 20 puntos que en Montevideo, donde como vimos en el Cuadro 1 el porcentaje de internación provisoria alcanzaba el 63.1%.

CUADRO 3

Medida impuesta en la sentencia

	Cantidad	Porcentaje
Internación	414	56.5%
Libertad asistida	229	31.3%
Libertad vigilada	62	8.5%
Prestación de servicios de la comunidad	9	1.2%
Internación en régimen de semilibertad	8	1.1%
Amonestación	4	0.5%
Advertencia	2	0.3%
Incorporación a un programa socioeducativa	2	0.3%
Observación de las reglas de conducta	2	0.3%
Total	732	100.0%

Fuente: Poder Judicial, Departamento de Estadísticas: *Juzgados letrados en materia de Adolescentes de todo el país. Estudio de procesos infraccionales concluidos durante el año 2010*, Montevideo: Poder Judicial, 2011.

Surge del Cuadro 3 el alto porcentaje de internaciones que aplicaron los jueces especializados en la audiencia final, a más de la mitad de los infractores sobre los que recayó sentencia condenatoria se les internó en dependencia de INAU. La discrecionalidad con que cuentan los jueces lleva a que

en la capital con sus resoluciones violenten las disposiciones de los textos legales vigentes que establecen con total claridad que se trata la internación de una medida de último recurso, en ese sentido el art. 87 del CNA dispone que las mismas no son obligatorias para el Juez, que se aplicarán cuando se configuren los requisitos legales y no existan otras adecuadas dentro de las no privativas de libertad y el juez fundamentará los motivos de la no aplicación de otras medidas. El principio de legalidad es un límite para el juez.

Se corrobora además que a quienes se les aplicó la medida cautelar de internación provisoria en INAU (471 - 63.10%) mayoritariamente se les mantiene privados de libertad cuando se dicta la sentencia definitiva (414 -56.5%).

Fundamentando sus mayoritarias resoluciones de internación en:

1. que la infracción es gravísima,
2. el poseer antecedentes,
3. la falta de responsables (a lo que se le da una significativa importancia fundamentalmente en el momento de aplicar la medida cautelar de internación provisoria). Al considerar la falta de referentes familiares se le castiga por algo ajeno a su conducta, mayor sanción por lo tanto al adolescente que tiene una situación crítica y que es más vulnerable; con la consiguiente violación del principio de legalidad.

Las sanciones penales de privación de libertad son definidas eufemísticamente por el legislador como «medidas socioeducativas» y para algunos operadores judiciales el Proceso Penal Juvenil se traduce en una instancia en el que se va a determinar cuál es la medida más adecuada o la mejor solución posible para los fines reeducativos del adolescente, quedando en un segundo plano el análisis de su conducta.

Que el Estado proclame que la sanción ha de aplicarse orientada al cumplimiento de una teleología educativa, no determina una mutación del carácter afflictivo de las mismas y por ende no modifica el elenco de fundamentos que le puede conferir legitimidad a su aplicación. El único fundamento válido de la sanción es la conducta antijurídica y la intensidad de la misma deberá guardar relación con la lesividad de aquella.

Continuando con el análisis del Cuadro 3 vemos que entre las medidas no privativas de libertad solamente dos son aplicadas por los Magistrados en sus fallos: la libertad asistida y en menor término la libertad vigilada, y el resto de las previstas en el Artículo 80 del CNA prácticamente no son consideradas teniendo un carácter testimonial, la suma de todas ellas no alcanza al 4% de las medidas aplicadas.

Comparando con las sentencias dictadas por los jueces del interior del país se constata que estos a pesar de no ser especializados exclusivamente

en la temática de adolescentes infractores se sujetan en mayor medida a lo dispuesto en la ley, en cuanto a establecer medidas de privación de libertad en poco más de la cuarta parte de sus fallos según surge del Cuadro siguiente.

CUADRO 4
Medida impuesta en la sentencia en procesos del interior del país

	Frecuencia	Porcentaje válido
Internación	143	23.6%
Incorporación a un programa socioeducativo	134	22.1%
Libertad asistida	122	20.2%
Medida socioeducativa no privativa de libertad	79	13.1%
Advertencia	30	5.0%
Medida socioeducativa privativa de libertad	27	4.5%
Libertad vigilada	22	3.6%
Amonestación	15	2.5%
Internación en régimen de semilibertad	12	2.00%
Observancia de las reglas de conducta	10	1.7%
Prestación de servicios a la comunidad	10	1.7%
Prohibición de conducir vehículo	1	0.2%
Total	605	100.0%

Fuente: Poder Judicial, Departamento de Estadísticas: *Juzgados letrados en materia de Adolescentes de todo el país. Estudio de procesos infraccionales concluidos durante el año 2010*, Montevideo: Poder Judicial, 2011.

No surge del trabajo estadístico realizado por el Poder Judicial un estudio sobre el plazo de duración de la medida de internación, pero de los expedientes que llegan del interior en apelación se constata que los montos aplicados en sus sentencias por los magistrados, en muchos casos en infracciones tipificadas como graves, son por lapsos de tiempo bastante más extensos que los fijados por los magistrados de la capital.

No existiendo centros regionales de INAU para el cumplimiento de las medidas de privación de libertad se cumplen en centros de Montevideo o en la Colonia Berro (localidad de Suárez - Dpto. de Canelones) lo que genera

situaciones de desarraigo con la familia, amigos y ciudad. El art. 95 del CNA dispone:

«La internación de los adolescentes fuera de la jurisdicción de su domicilio se limitará al mínimo posible, atendidas las circunstancias del caso»

y el art. 87:

«Se tendrá en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia, y en caso que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, pareja, amigos, referentes afectivos y otros...».

XII. BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro: «Democracia y derechos del niño», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 9, Santiago de Chile, primera edición año 2007
- «Infancia y democracia», en *Derecho a tener derecho*, tomo 4: «Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina y el Caribe», Montevideo, Uruguay, Instituto Interamericano del Niño, UNICEF e Instituto Ayrton Senna, [2004], pp. 207-236.
- CAIROLI, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo. Parte general*, tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985.
- CEREZO MIR, José: *Derecho penal. Parte general. Tercera edición*, Civitas, Madrid, 2001
- FALCA, Susana y PIÑEYRO, FABIÁN : «Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia», en *Infancia y administración de justicia: la importancia de la defensa jurídica*, pp. 123-145. Montevideo, UNICEF , 2010.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2006.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: «Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 9, pp. 27-47.
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel, Jorge BARRERA y Martín PECOY: *Derecho penal. Teoría de la ley penal*, Montevideo-Buenos Aires -Editorial B de F-2008, pp. 83-93.
- PEDERNERA, Luis: «La necesidad del bien jurídico como límite de la intervención punitiva en las infracciones adolescentes», en UNICEF: *Límite al poder punitivo*, Montevideo, UNICEF, 2008, pp. 77-96.
- Poder Judicial, Departamento de Estadísticas: *Juzgados letrados en materia de Adolescentes de todo el país. Estudio de procesos infraccionales concluidos durante el año 2010*, Montevideo: Poder Judicial, 2011.
- PREZA RESTUCCIA, Dardo: *Aspectos penales en el Código de la Niñez y la Adolescencia*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición año 2006

- RODRIGO DEVESA, JOSE MARIA, y ALFONSO SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 18a. edic., 1995.
- URIARTE, Carlos Elías: *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción*, Montevideo, edición Carlos Álvarez, 1999.
- VIVES ANTÓN, Tomás: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal*, págs. 723 a 735, [s.l], [s.n.], [s.d.].

Principio de especificidad penal juvenil

Dr. Johnny Bertinat⁴⁹

Dra. Silvia Sturla⁵⁰

Sumario: *I. Introducción. Lineamientos generales; II. Evolución histórica; III. Concepto y fundamento; IV. Relación del principio de especificidad con otros principios: a. legalidad, b. autonomía progresiva, c. proporcionalidad, d. presunción de inocencia, e. humanidad, f. oportunidad reglada, g. duración razonable; V. La tutela del principio de especificidad en la normativa internacional; VI. La tutela del principio de especificidad en la normativa nacional. El principio de especificidad y el régimen penal adolescente en el Uruguay; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN LINEAMIENTOS GENERALES

El principio de especificidad en materia penal juvenil fue consagrado normativamente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El derecho de las personas menores de edad a recibir un trato especial por la ley penal aparece receptado a su vez en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en sus Artículos 19 y 29 inc. c y a nivel nacional en la Constitución de la República en sus Artículos 43 y 72.

La Convención sobre los Derechos del Niño expresa en su Artículo 1º: «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la

49 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Defensor Público de la ciudad de Pando, Canelones Uruguay.

50 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Defensora Pública de la Ciudad de la Costa, Canelones Uruguay.

mayoría de edad.» Concomitantemente, en su Artículo 40.3.a ordena a los Estados a establecer «una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales»

En cumplimiento a las referidas normas internacionales y constitucionales el Código de la Niñez y de la Adolescencia estableció un régimen penal especial aplicables a todas las personas comprendidas entre los 13 y los 18 años de edad incompletos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La consagración en el plano normativo de un derecho penal juvenil específico ha sido el producto de una larga evolución jurídica; antes de la Convención sobre los derechos de Niño, el Estado y la familia se repartían la competencia y jurisdicción en materia de adolescentes infractores realizando una intervención tutelar, que privaba a las personas menores de edad de las más básicas garantías inherentes al moderno constitucionalismo liberal.

La Convención mandata a los Estados a crear un sistema penal juvenil que ponga fin al sistema de intervención tutelar, imponiéndole límites al despliegue del poder punitivo del Estado confiriéndole a los niños el ejercicio de las garantías básicas.

La Suprema Corte de Justicia en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el país y de lo dispuesto en el Artículo 332 de la Constitución de la República, dictó en el año 1994 la Acordada número 7.236 de 29 de julio la cual estableció un debido proceso legal para la sustanciación de los procesos que tuvieran por objeto la determinación de la eventual responsabilidad de los adolescentes en la comisión de un ilícito penal.

En el año 1995 el Parlamento nacional sancionó la Ley número 16.707 del 19/7/1995, la cual en su Artículo 25 estructuró un proceso especial de responsabilidad penal juvenil, derogando los Artículos que regulaban la intervención punitiva tutelar del Código del Niño de 1934.

En el año 2004 se sancionó la Ley 17.823, Código de la Niñez y de la Adolescencia, en cuyos capítulos IX y X se estableció un régimen penal adolescente que hasta el presente se encuentra vigente.

La Convención fija de manera detallada y clara cuales son las características especiales que debe tener el régimen penal juvenil, y nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA), como la gran mayoría de los cuerpos normativos de América Latina, pretendió seguir los lineamientos de la misma, con relativo éxito.

III. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Uno de los principios fundamentales sobre los que se ha construido el sistema de justicia penal juvenil, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el principio de especificidad, que postula dos grandes lineamientos: el carácter atemperado de la pena y la privación de libertad como último recurso, siendo éste último expresión del primero.

El fundamento del principio de especificidad en el proceso penal juvenil se relaciona con la calidad de sujeto en formación que posee el adolescente sometido a proceso, otorgando al mismo, una serie de garantías extraordinarias que lo distingue del derecho penal de adultos.

En la mayoría de los cuerpos normativos vigentes en la región en esta materia se establece un tramo de edad dentro del cual un joven puede ser sometido a proceso especial, en nuestro país –como ya se mencionó– éste se fijó a partir de los 13 hasta los 18 años de edad incompletos, Artículo 1° del CNA.

Es importante destacar, y aunque parezca redundante, que el derecho penal juvenil forma parte del Derecho Penal, estructurado en los mismos principios jurídicos que el derecho penal de adultos, con la única diferencia, que el sistema propiciado a partir de la Convención, tiene por fin racionalizar el castigo al adolescente infractor atendiendo a su condición de sujeto en formación, siendo por ende la respuesta punitiva atemperada y debiendo utilizarse la privación de libertad como ultima ratio, estando reñido con lo dispuesto en la Convención y demás instrumentos de protección de derechos humanos, concebir al régimen penal juvenil como un sistema de protección al adolescente en razón de su fragilidad.

IV. RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD CON OTROS PRINCIPIOS

a. Legalidad

El aforismo penal de «*nulla pena sine lege et sine iudicio*», establece que no se puede imponer una pena si la misma no se encuentra prevista en la ley.

Esta máxima se ve parcialmente reflejada en el CNA ya que no basta con fijar cuáles son las únicas hipótesis en que puede desplegarse el poder punitivo del Estado, es necesario además que se establezca con que intensidad puede aplicarse el mismo, limitando la discrecionalidad de los jueces a la hora de imponer sanciones.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reciente informe sobre Justicia Juvenil en Las Américas⁵¹ sostiene en el párrafo 61 que:

(61) «La Corte Interamericana ha entendido que, tanto en el caso de los adultos como en el de personas menores de 18 años, la actuación del Estado se justifica: [...] cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado».

b. Autonomía progresiva

El fundamento del principio de especificidad y el principio de autonomía progresiva van unidos, existiendo entre ellos una correspondencia tan importante, que ambos se nutren mutuamente.

La autonomía progresiva es el reconocimiento del joven como sujeto responsable; se plasmó legalmente en nuestro CNA estableciendo el límite de 13 años, a partir del cual se les reconoce capacidad para ser responsabilizado penalmente por infringir la ley.

c. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente conectado con el principio de especificidad; dispone la Regla 5.1 (Reglas de Beijing):

«El sistema de justicia de los menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.»

Esta proporcionalidad establecida en el cuerpo normativo referido y reiterado en el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que la pena debe establecerse en función de la infracción cometida ajustada al grado de la culpa. Para que exista la proporcionalidad, debe existir una cuantificación de límites de las penas, es decir mínimos y máximos preestablecidos, ya que de otra forma este principio se violaría de manera constante dejando paso a la discrecionalidad, como ocurre en nuestro sistema penal juvenil.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, UNICEF y OEA: *Justicia juvenil en las Américas*, [s.l.], UNICEF/OEA, 2011.

d. Presunción de inocencia

Es uno de los más importantes principios en el derecho penal de adultos y por cierto en el derecho penal de adolescentes, en el cual, en razón de la condición del indagado, se le requiere al juzgador extralimitar el rigor con el cual se valoran las pruebas inculpativas.

Incluso, esta especificidad requiere que el Magistrado, aun cuando tenga la confesión por parte del adolescente del delito investigado, necesite de otras pruebas objetivas para avalar la confesión ya que en muchas situaciones, se auto inculpan para encubrir la participación de un adulto.

Por lo tanto, este principio y en consonancia con la especificidad, hace que el Juez no pueda conformarse con la confesión, como único medio probatorio para inculpar un delito a un joven.

e. Humanidad

Este principio se debe manifestar con mayor intensidad cuando el sujeto de la intervención punitiva es una persona menor de edad, esto determina que a la prohibición de ser tratado de manera inhumana, con toda la impronta que este concepto tiene, se le adiciona en la norma la libertad de comunicación con su letrado y familia a partir de la detención, derecho que en la práctica no se cumple ya que tanto el letrado como la familia, toman contacto con el joven en la sede judicial.

f. Oportunidad reglada

Tiene por objetivo desjudicializar ciertas conductas «ilícitas» de los jóvenes, en razón del sujeto que participa, de la escasa entidad del bien jurídico lesionado, basándose en el interés superior del joven.

Este principio establecido en nuestro C.N.A en el Artículo 74 lit. L, otorga nuevamente al Juez la discrecionalidad de aplicarlo de acuerdo a su saber y entender.

Hubiera sido preferible, que el legislador descriminalizara determinados delitos leves y no dejara librado a la discreción del Juez la facultad de aplicar o no la sanción, abriéndole el paso a formas de intervención discrecionales contrapuestas con básicos principios establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sin temor a equivocarnos este principio es otro resabio del sistema tutelar.

g. Duración razonable

Los plazos limitados que rigen el proceso penal juvenil, no solo constituyen garantías del proceso, sino que además limitan la discrecionalidad del Juez. Dicho principio atiende a la particular relación con la temporalidad que poseen las personas menores de edad.

h. A modo de síntesis

Luego del análisis realizado, podemos concluir que especificidad no es especialidad. En el derecho penal juvenil rigen los mismos principios de derecho penal, con mecanismos que permiten garantizar los derechos de los jóvenes, donde la respuesta punitiva del estado debe ser atemperada y la prisión debe utilizarse como último recurso.

V. LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Este principio se encuentra consagrado de manera expresa en diferentes cuerpos normativos internacionales, teniendo a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 como máximos referentes, por lo cual, un apartamiento del mismo por parte de las normas nacionales, como se pretende en nuestro país al modificar la edad de imputabilidad, colocaría a nuestro Estado desde el punto de vista internacional en una posición incómoda, ya que podría ser sometido a responsabilidad ante los organismos internacionales.

El principio de especificidad normativamente consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niños, se encuentra receptado en la Convención Americana de derechos humanos por imperio de lo dispuesto en su Artículo 29 inciso C, disposición que contiene una denominada cláusula abierta mediante la cual se integran al elenco de derechos tutelados por la Convención y por ende judicializable ante la Corte Interamericana todos aquellos derechos que resulten inherentes a la forma democrática republicana de gobierno y a la protección de la dignidad inherente a la personalidad humana. No cabe duda que el derecho de los adolescentes a recibir un trato especial por parte de la ley penal resulta inherente a la protección de su dignidad razón por la cual el referido principio de especificidad está contenido en la Convención Americana.

Además ha sido conteste la jurisprudencia de la Corte Interamericana en sostener que dicho principio se encuentra contenido en el Artículo 19 de la Convención Americana.

Así surge en el referido informe de la Comisión Interamericana cuando expresa que:

«Las obligaciones del Estado en relación a los niños y adolescentes son aquellas que surgen de las disposiciones de la Convención Americana y de los documentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las

diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia [15]»

VI. LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD EN LA NORMATIVA NACIONAL

En nuestra Constitución, en el Artículo 43, se contempla el principio estudiado, creando un marco jurídico adecuado, a efectos de que futuras leyes especiales recojan esta especificidad, preceptuando:

«La Ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial...»

Es importante destacar que el Artículo referido en la carta magna, abre las puertas a leyes especiales que regulen el proceso penal juvenil y garantiza la inconstitucionalidad de normas que violen el principio de especificidad.

Nuestro Código Penal, en su Capítulo II De las causas de Inimputabilidad, en su Artículo 34, recoge el citado principio al excluir del ámbito subjetivo de aplicación del Código penal a las personas menores de 18 años de edad.

El principio de especificidad y el régimen penal adolescente en el Uruguay

Se examinará a continuación el régimen penal estatuido en los Capítulos IX y X del CNA a los efectos de determinar hasta qué punto éste le confiere adecuada operatividad al principio de especificidad penal.

a Derecho Penal

En este aspecto, el legislador se limitó a remitirse a las conductas tipificadas en el Código Penal de adultos, procediendo a distinguir algunas de las figuras en infracciones gravísimas y al resto calificándolas de infracciones graves.

De esta manera, la enumeración y definiciones de las infracciones por las cuales un joven puede ser sometido a un proceso de imputación penal, no se diferencian del derecho penal de adultos; habiendo omitido el legislador descriminalizar determinadas conductas en las que incurren a veces los adolescentes como parte de su proceso de aprendizaje de las reglas de

convivencia social, como puede ser el caso de la conducta que el Código Penal de adultos tipifica como delito de desacato y la eliminación de ciertos grados de culpabilidad como el dolo eventual que parece no encajar o difícil de configurar en la conducta de un adolescente. No contemplando de forma expresa que tanto la posibilidad de predecir un resultado como de obrar prudentemente deben valorarse de acuerdo a estándares específicos formulados acorde a la condición de adolescente.

Si bien se dispone la enumeración de las infracciones por las cuales responde un joven, nuestro cuerpo normativo no define las sanciones específicas correspondientes a cada infracción, por ende, y a diferencia del derecho penal de adultos, no se conoce a priori dentro de qué parámetros puede el Juez fijar la pena, trasgrediendo con ello el principio de legalidad pilar del Derecho penal moderno adulto y juvenil.

Como se aprecia en este somero análisis, no solo no se contempla el principio de especificidad, sino que además se violentan principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico como el de legalidad, igualdad y culpabilidad, siendo impostergable una revisión de la normativa vigente.

b. Derechos y garantías en el proceso

El CNA establece los principios que regulan este proceso. Este capítulo del código pretende adicionar a los jóvenes sometidos a proceso un plus de garantías en relación al derecho penal de adultos, no obstante ello, la parte general de principios, no deja de ser más que un mero enunciado programático ya que en los hechos muchas de ellas no se cumplen.

Análisis del Artículo 74

En el literal A se señala el principio de judicialidad y legalidad, y se vincula con el de especificidad en cuanto que el proceso deberá llevarse adelante con Jueces Competentes, es decir Jueces Especializados. En nuestro país esta normativa no se cumple, solamente la mitad de la población accede a órganos judiciales especializados, recordando aquella división histórica del campo y la ciudad. Sin embargo, la especialización de los Juzgados de la Capital no es total ya que no existe especialización en la segunda instancia, donde son los Tribunales de Familia quienes entienden en la alzada. La falta de especialidad es importante ya que incide en la racionalidad con que la contienda debe ser abordada.

En lo que respecta a lo establecido en el párrafo segundo de este Artículo, en cuanto a asegurar la vigencia de las normas nacionales e internacionales, se comprobará que nuestro código se contrapone en buena medida a las mismas⁵².

El literal B) consagra el principio de responsabilidad, estableciendo una pauta clara del principio de especificidad, al establecer la edad de las personas que pueden ser sometidas a un proceso penal juvenil, de conformidad con las normas internacionales suscriptas por el Estado uruguayo, por lo tanto una modificación en la edad de imputabilidad, como se pretende realizar en nuestro país, acarrearía responsabilidad internacional por parte de nuestro estado.

En cuanto al Literal C) Principio que condiciona la detención. El legislador ha establecido que la detención de un adolescente procede únicamente cuando se haya configurado una de las dos hipótesis previstas en el Artículo 15 de la Constitución de la República, es decir en caso de flagrancia o mediante orden escrita de juez competente. Cabe destacar que en la práctica no se cumple con la citada disposición constitucional, afectando el ejercicio de una de las más básicas garantías constitucionales.

En el literal F) se reconoce el principio de inviolabilidad de la defensa, estableciendo que se debe otorgar «asistencia jurídica gratuita durante todo el proceso». Si bien hay Defensores Públicos asignados a la materia adolescentes infractores, no son especializados. La defensa publica en materia de adolescentes infractores –y en otras materias– ha sido abandonada desde el punto de vista formativo por la Universidad de la República y por el Poder Judicial, y desde el punto de vista presupuestal y jerárquico por el Poder Judicial y Poder Legislativo no otorgando a la Defensa la posición que le corresponde en el proceso, quebrando el principio de igualdad de partes.

El literal G) refiere al principio de libertad de comunicación, otorgando al joven el derecho a comunicarse desde el momento de la detención, con su familia y con su letrado. Generalmente el contacto con la familia y con el defensor lo tiene el adolescente en la sede judicial, por lo cual tampoco se cumple con este enunciado en la práctica.

El literal J) del Artículo 74, de conformidad con lo establecido en otras disposiciones del Código referidas al lapso que deberá permanecer el adolescente en la seccional policial que no podrá exceder las doce horas, debiendo la autoridad policial comunicar de inmediato al juez competente la detención de un adolescente, obedece a la necesidad de acortar los plazos y de

52 Inciso segundo: «Se asegurará, además, la vigencia de las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales, especialmente la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño».

otorgar una mayor celeridad que marcan la especificidad de este proceso; duración limitada que no disminuye las garantías del proceso. Recientemente el Parlamento de la República aprobó una modificación del plazo máximo para la sustanciación del proceso, extendiendo de sesenta a noventa días el lapso para el dictado de la sentencia de primera instancia⁵³.

Por último, el literal L) del Artículo 74, que establece el principio de oportunidad reglada, que tiene por objetivo desjudicializar aquellos asuntos que se entienden irrelevantes. Sin perjuicio ello, entendemos que hubiera sido conveniente la despenalización a modo expreso de determinados delitos leves y no recurrir nuevamente y como nos tiene acostumbrados este cuerpo normativo, a otorgar al Tribunal la facultad discrecional de someter o no a un joven a un proceso penal.

Ingresando al análisis de las disposiciones que regulan específicamente la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad en el CNA se dispone que solo podrá aplicarse si la infracción que se le imputa al adolescente puede ser objeto de una sentencia privativa de libertad, y siempre que sea necesario para asegurar la comparecencia del adolescente al proceso o por seguridad de la víctima, denunciante y testigos, Artículo 76.5.5

En la práctica el uso desmedido e irracional de este tipo de medida cautelar, la ha convertido en una suerte de pena anticipada a la sentencia definitiva dispuesta por el Tribunal, por lo tanto, podemos afirmar que existe un prejuzgamiento del magistrado cuando aplica esta medida.

Además de esa visión futurista que el código asigna al Magistrado, se deberá configurar uno de los dos requisitos adicionales establecidos en el Artículo 76.5.5 lit A) y B) referidos anteriormente.

En cuanto al requisito señalado en el Artículo 76.5.5 lit A) que fundamenta la internación en el hecho de asegurar la comparecencia del adolescente a las próximas etapas del proceso, generalmente se aplica a aquellos jóvenes que no poseen apoyo familiar que puedan responsabilizarse por la comparecencia del joven a las etapas futuras del proceso, puniendo por lo tanto, no el acto ilícito cometido sino a la persona en razón de sus características personales.

La especificidad en el derecho penal juvenil que tiene por fin otorgar al adolescente infractor un plus de garantías, se desmorona totalmente en este Artículo, infringiendo además, el principio de legalidad e igualdad, con una norma que otorga menos garantías que el proceso penal de adultos, en el

53 Ley 18.778.

cual no se valora al momento del procesamiento si el indagado comparecerá o no a las siguientes instancias procesales, para resolver si el mismo será procesado con o sin prisión. Sin temor a equivocarnos nos encontramos ante un resabio del proceso tutelar.

En lo que respecta al contenido de la sentencia regulado en el Artículo 76.12 del CNA, que establece que la privación de la libertad sea utilizada como último recurso, debiendo fundamentar el por qué no es posible aplicar otra medida no privativa, es uno de los pilares base de la especificidad como ya lo señaláramos anteriormente, no obstante, ni se utiliza como último recurso ni se fundamenta la misma.

c. Ejecución de la sanción

Ingresando a la etapa de ejecución de la pena, y en referencia a lo establecido anteriormente, en la medida que no existan alternativas válidas, principalmente en aquellos jóvenes que se encuentran en situación de abandono y vulnerabilidad que cometen una infracción a la ley, la privación de libertad es la primera medida a aplicar .

Es importante aclarar que no estamos reivindicando el no sometimiento a proceso de responsabilidad penal de aquellos jóvenes que encontrándose en situación de vulnerabilidad social o abandono, lo que sostenemos, es que se le aplique una pena proporcional al delito cometido y que la pobreza y el desamparo no sea un agravante que determine la privación de libertad. Circunstancias que deben ser tenidas en cuenta como atenuantes en tanto disminuyen las posibilidades del sujeto de motivarse en la norma.

En otro aspecto de la etapa de ejecución, el Artículo 85 que consagra el principio del *non bis idem* en la fórmula: «*El Juez sólo podrá aplicar una de las medidas prevista en éste Título o en el siguiente*», si bien pasa desapercibido, adquiere real importancia en el proceso penal juvenil. En muchas oportunidades y a solicitud del Ministerio Público en la sentencia se aplica una medida diferente a la dispuesta como medida cautelar, por ejemplo se aplica como medida cautelar el arresto por 30 días y luego se pide en la acusación fiscal la internación del joven por 3 meses. Si el Juez accede a lo solicitado por la Fiscalía se le estaría aplicando al joven dos sanciones por el mismo hecho, situación que contraviene el ordenamiento jurídico.

Por último cabe señalar que el legislador ha denominado a las sanciones aplicadas a los adolescentes como «medidas socio-educativas». No se comparte el *nomen iuris* ya que lleva implícita una confusión acerca de la naturaleza de la pena con la finalidad que debe perseguir el Estado en ocasión de la ejecución de la sanción. Por ello, no puede considerarse como nota característica del principio de especificidad del derecho penal juvenil la aplicación de «medidas socio-educativas», éstas son penas y como tal han de ser

consideradas, la diferencia con las penas aplicadas a los adultos se configura en la cuantificación atemperada del reproche respecto de aquellos. Comparando la pena en ambos sistemas – adultos y adolescentes– la misma finalidad, aquella establecida en el Artículo 26 de la Constitución de la República y específicamente la consagrada en el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, la utilización de este *nomen iuris* «medida socio-educativa» opera en el derecho penal juvenil vigente como una justificación para el desarrollo de una intervención por parte de distintos saberes en la subjetividad del adolescente, que muchas veces en vez de desarrollarse con el objetivo de que aquel aprenda el debido comportamiento legal, las mismas se encaminan a imponerle al adolescente pautas educativas y sociales que integran la concepción valorativa de quien la aplica y no de quién la recibe, siendo una intromisión y restricción a la libertad de la persona, que tiene su basamento en el sistema tutelar.

VII. CONCLUSIONES

De los dos caracteres esenciales en que se expresa la especificidad en el derecho penal juvenil, como lo son: la excepcionalidad de la sanción privativa de libertad y el carácter atemperado del reproche, en la práctica no se tienen presente en el proceso penal juvenil en nuestro país, contraviniendo la Convención. Nuestro cuerpo normativo mantiene un claro contenido tutelar, concediendo al Tribunal un poder discrecional ilimitado, cuestionando la existencia de un auténtico derecho penal juvenil.

La excepcionalidad de la sanción privativa de libertad prevista en el Artículo 76 del CNA, ya sea en la audiencia preliminar como medida cautelar o al momento de la sentencia, adquiere carácter de primera opción en aquellas situaciones en las cuales los jóvenes sometidos a proceso no cuenten con alguien que se pueda responsabilizar por el mismo, sin tener en cuenta la infracción cometida; desgraciadamente la enorme mayoría de los adolescentes que infringen la ley penal se encuentran en esta situación lamentable de desamparo, abandono y por ende la excepcionalidad se transforma en regla, privándolos de libertad, estigmatizándoles como delincuentes, con lo nocivo que esta situación implica para el futuro del adolescente.

En lo que respecta al carácter atemperado del reproche, en la medida que no exista una cuantificación de la pena en relación al delito cometido, estableciendo mínimos y máximos, no se ve reflejado en nuestro ordenamiento, no se puede atemperar una sanción que no existe, a lo sumo se

podrá atemperar la discrecionalidad del Juez, quién es el que establece la pena dentro del límite máximo que le fija la ley.

Es necesario que se respete el principio de especificidad en el proceso penal juvenil, otorgando a los adolescentes que infringen la ley penal una respuesta atemperada, proporcional a la conducta cometida, debiendo existir a tal fin, una cuantificación de la pena correspondiente a cada delito para que la repuesta punitiva sea proporcional y no discrecional, teniendo como finalidad que el joven comprenda el carácter antijurídico de sus acciones.

Cuando el adolescente reincide en sus conductas antijurídicas, lo que se pone de manifiesto es el fracaso del sistema Estatal, el que tiene como objetivo el contribuir al desarrollo de la personalidad del joven, acompañando al mismo en su desarrollo como ser humano miembro activo de la comunidad. Ejerciendo el actual rol inerte, el Estado es el promotor de las vulneraciones de los jóvenes y de los derechos de terceros que se ven afectados por sus conductas antijurídicas.

El Uruguay debe aún cumplir con los compromisos asumidos al Ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño ya que los países que suscribiendo los tratados se someten voluntariamente a las normas que ellos contienen deben cumplirlos y una forma de ello es adecuar las normas de derecho interno. En nuestro país aún no se ha completado el proceso de adecuación legal a los estándares internacionales en materia penal juvenil.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BELOFF, Mary: «¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?», exposición sobre buenas prácticas en la justicia penal juvenil realizada en el Senado de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2007.
- CILLERO, Miguel: «Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño», en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 2, Buenos Aires, 2000, pp. 101-138.
- EL KHOURY, Henry Issa: *El derecho penal sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense*, San José, Editorial Universidad a distancia, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi: «El derecho penal mínimo», Universidad Camerino, Italia Artículo aparecido «prevención y teoría de la pena» Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp 25-48.
- LERNER, Gabriel: *Avances y desafíos de un sistema penal juvenil en construcción*, Publicación realizada por el Ministerio de Desarrollo Social de Argentina, el Ministerio Público de la Defensa y UNICEF sobre el Seminario Internacional so-

bre Sistema Penal Juvenil, realizado en Buenos Aires el 26 y 27 de noviembre de 2009, pp. 15-18.

Manual de derecho internacional de los derechos humanos para defensores públicos penales, Santiago de Chile, Centro de Documentación de la Defensoría Pública Penal de Chile, 2003.

O'DONNELL, Daniel. «Avances y desafíos de un sistema penal juvenil en construcción». Publicación realizada por el Ministerio de Desarrollo Social de Argentina, el Ministerio Público de la Defensa y UNICEF sobre el Seminario Internacional sobre Sistema Penal Juvenil, realizado en Buenos Aires el 26 y 27 de noviembre de 2009, pp. 21-29.

SILVA, Diego, Jorge COHEN, Francisco TERRA y Nicolás BRUNET: *Límite al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil de Montevideo*, Montevideo: Unicef, marzo de 2008.

URIARTE, Carlos *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

III

Mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos del niño

Acción de amparo como mecanismo de protección genérico de los derechos de las personas menores de edad

Clara M. Leite Alvez⁵⁴

Sumario: I. Desarrollo del concepto jurídico del amparo como garantía de protección de los Derechos Humanos; II. Recepción del amparo dentro del ordenamiento nacional e internacional: a) Constitución de la República, b) Convención Americana de Derechos Humanos, c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, d) Ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988, e) Ley 17.823 (Código de la Niñez y la Adolescencia) de 7 de septiembre de 2004; III. El amparo como mecanismo garantizador tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales; IV. Particularidades del instituto en el ámbito de la protección de los derechos subjetivos de las personas menores de edad; V. Conclusiones.

I. DESARROLLO DEL CONCEPTO JURÍDICO DEL AMPARO COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El amparo es un instrumento jurídico de protección de los derechos fundamentales que tiene por finalidad garantizar el goce y el ejercicio de los diferentes derechos humanos, protegiendo jurídicamente contra actos, omisiones o hechos ilícitos de cualquiera de los poderes de un Estado o de los particulares y tomando como base las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones nacionales y en los Tratados Internacionales.

54 Defensora Pública, Defensora Interamericana.

Los antecedentes más remotos del juicio de amparo que se conocen son el interdicto pretoriano del *homine libero exhibendo*⁵⁵ o la *intercessio tribunicia* del derecho romano –instituto previsto con el fin de que algunos magistrados previamente facultados para ello, se opusieran por medio de una *intercesión*, a las decisiones tomadas por un colega o magistrado inferior-. Institutos análogos fueron establecidos en el derecho europeo medieval, verbigracia los procesos forales aragoneses de la edad media⁵⁶, especialmente el proceso de manifestación de personas y de la legendaria figura del Justicia Mayor del Reino de Aragón en el medioevo⁵⁷.

Estos antecedentes se pueden aplicar sin duda al juicio de amparo mexicano que protege también la libertad e integridad personal (conocido como «amparo libertad»), derechos para cuya función en el resto de los países de Iberoamérica se ha recurrido al *hábeas corpus* como el mecanismo para proteger la libertad personal.

El *hábeas corpus* fue consagrado por primera vez en la Carta Magna inglesa (1215) como una garantía contra la prisión indebida o arbitraria, pudiendo considerarse al documento *Hábeas corpus Act* de 1679 como el primer ordenamiento en regular de manera específica y con cierto detalle un procedimiento constitucional.⁵⁸

Progresivamente el *hábeas corpus* fue siendo adoptado con diferentes denominaciones en América como mecanismo para proteger la libertad personal: se le llamó «exhibición personal», «recurso de amparo de la libertad»⁵⁹, o «amparo de la libertad personal»⁶⁰, llegando incluso a producirse confusión de vocablos en Chile en la medida en que el «recurso de amparo» en realidad constituye un *hábeas corpus* al dirigirse a la protección de la libertad personal, y al genuino amparo se le denomina «recurso de protección» a partir de su incorporación en la Constitución de 1980.

55 El Edicto Romano decía «hábeas corpus hominen exhibendo» que significa traed y mostrad el cuerpo del hombre para que lo vea.

56 FIX-SAMUDIO, Héctor; FERRE MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, México: Porrúa, 2006, pág.10.

57 Cfr. FAIREN GUILLEN, Víctor: *Antecedentes aragoneses en el juicio de amparo*, México: UNAM, 1971, en Fix-Samudio obra cit.

58 Cfr. Sagües, Nestor Pedro, «Los desafíos del derecho procesal constitucional, en Bazan Víctor (coord.) *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp-21-41.

59 Códigos penales de las provincias argentinas.

60 Venezuela, 1961.

Lo cierto es que, hasta que nace el proceso de amparo en el siglo XIX, el *hábeas corpus* era el único mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, una especie del género garantías en el que estaba incluido el amparo.

El Constitucionalismo latinoamericano recibió una influencia directa de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789⁶¹ y de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, particularmente de su sistema del control judicial que lleva a la consagración de la acción de amparo en la Constitución de Massachussets, como garantía de orden procesal, establecida en el marco de un sistema político institucional estructurado en base al concepto rígido y topográfico del principio de separación de poderes⁶², en que el juez de amparo no debería invadir la competencia de otro órgano público y, en ese sentido debe actuar con suma prudencia y cautela teniendo presente el carácter excepcional de la acción.

México, ya en su Carta de 1824 –si bien no mencionaba al amparo expresamente– autorizaba a reclamar ante la Suprema Corte de Justicia por las infracciones a la Constitución. En la Carta de 1857 es incorporado el amparo y perfeccionado en la Constitución de Querétaro en 1917, caracterizándose por ser amplio y abarcar el *hábeas corpus*, la casación y la inconstitucionalidad de las leyes.

La penetración del amparo mexicano en algunos países americanos llevó a que a fines del siglo XIX y primera mitad del siglo XX la protección a la libertad personal quedara comprendida en el propio amparo en varias constituciones⁶³.

Esta extensión del ámbito de protección fue objeto a lo largo del tiempo de importantes debates doctrinarios restringiéndose el *hábeas corpus* a su concepción original como mecanismo exclusivo de protección a la libertad

61 Declaración de los Derechos del Hombre, Artículo 16: «Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes esté determinada, carece de Constitución».

62 Art. 30 Constitución de Massachussets « En el gobierno de esta comunidad el sector legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial o cualquiera de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativos y judicial, o cualquiera de ellos, el judicial nunca ejercerá los poderes legislativo o ejecutivo o cualquiera de ellos, con el fin de que pueda ser un gobierno de leyes y no de hombres».

63 Constituciones de Honduras y Nicaragua de 1894. Constitución de Guatemala de 1921, aunque reformas posteriores lo regularon en forma diferente. Brasil, que en un principio amplió la esfera de protección del Hábeas corpus, incorporó en la Constitución de 1934 la institución con el nombre portugués de mandato de seguridad. El mandamiento de seguridad se mantuvo en las sucesivas Constituciones brasileras, incluso incorporando la modalidad del «mandamiento de seguridad colectivo» para la protección de los intereses difusos colectivos e individuales homogéneos.

personal. Fruto de este proceso de evolución teórico, dogmático y normativo, el instituto del *hábeas corpus* se fue perfilando como una garantía específica de todos los derechos de las personas privadas de libertad; expandiéndose el amparo que se ha convertido en el mecanismo de mayor amplitud y de carácter genérico, en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

Con independencia del *nomen iuris* que cada país le ha otorgado al amparo; como acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo; o de las diferentes formas en que el amparo tutela derechos y libertades a saber:

- a. **concepción tradicional:** el amparo protege todos los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del *hábeas corpus* o también denominada exhibición personal.
- b. **tendencia contemporánea:** representado por los países que además de excluir de la protección del amparo a la libertad personal mediante el *hábeas corpus*, excluye la libertad o autodeterminación informática para los datos personales que encuentran su ámbito protector específica en el *hábeas data*.
- c. **concepción omnicomprendensiva:** lo configura México en la medida que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales⁶⁴

Este instituto se consagra constitucionalmente en 18 países interamericanos: se prevé en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela,⁶⁵ (en Uruguay surge de la interpretación sistemática de los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución) o se integra al derecho interno a través de la doctrina y jurisprudencia, expandiéndose también hacia los instrumentos internacionales y particularmente a los que se ha denominado el **derecho internacional de los derechos humanos**.

64 Según FERRER MAC-GREGOR «Breves Notas sobre el amparo Iberoamericano» en Fix-Zamudio obra cit. pp.21-22.

65 Uruguay y República Dominicana son los únicos países que no prevén disposición constitucional específica.

II. RECEPCIÓN DEL AMPARO DENTRO DEL ORDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL

Constitución de la República Oriental del Uruguay

Uruguay no tiene regulación constitucional expresa del instituto en estudio, lo cual no significa inexistencia del amparo en el marco constitucional.

Vigente en la época colonial como amparo administrativo y jurisdiccional, el amparo tuvo un eclipse a partir de la independencia en virtud de una interpretación no armónica del concepto republicano de separación de poderes.

En las sucesivas Constituciones o reformas que se ha dado la República (1830, 1918, 1934, 1942, 1952 y 1966) este instituto de garantía de los Derechos Humanos no ha tenido una referencia o regulación normativa expresa, aunque su existencia se comenzó a invocar por la doctrina desde la década de los 50 del siglo XX sobre la base de la aplicación de una norma constitucional incluida en la Carta desde 1918.

Nuestra primera Constitución (1830) tiene una raíz iusnaturalista la cual realiza un pleno reconocimiento de los derechos humanos, esta teoría ética y con un enfoque filosófico del derecho postula la existencia de derechos del hombre fundado en la naturaleza humana, universales, anteriores y superiores (o independientes) al ordenamiento jurídico positivo.

Esta concepción se ve reflejada en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, y nuestra primera Carta inspirada en estos principios consagra implícitamente en la Sección XI, bajo el título de «Disposiciones Generales» el instituto del amparo, al expresar en su Artículo 132 que:

«Los habitantes del Estado tienen derecho a ser protegido en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes»⁶⁶.

Esta disposición (**actual Artículo 7 de la Constitución de la República**) que encuentra su antecedente en el Artículo 2º de la Declaración de los Derechos del

66 Constitución de 1830, Art. 132 «Los habitantes del estado tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes».

Hombre y del Ciudadano⁶⁷ de 1789, no consagra el derecho a la vida, ni crea ni atribuye el derecho a la libertad ya que estos derechos son propios del ser humano y tan sólo él puede invocarlos. Así pues, la Constitución no consagra los derechos humanos pues no dependen de la voluntad del constituyente, quien solamente los reconoce imponiendo al Estado el deber de proteger el ejercicio de esos derechos, tutelándolos en el goce de los mismos.

La Constitución de 1918 (art.156) previó de manera expresa el recurso de *hábeas corpus*⁶⁸ protegiendo la libertad física en el caso de prisión indebida, esto es, lo que la doctrina denomina *hábeas corpus* reparador y el que se ha mantenido en las sucesivas reformas, estando presente en la Constitución vigente en su Artículo 17. Pero además la Constitución de 1918, dispuso en su Artículo 173:

«La enunciación 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»,⁶⁹

en una declaración en el sentido de que son derechos y garantías -como lo es el amparo- que no dependen de su consagración explícita en normas constitucionales o legales; tienen un valor en sí mismas y rango (o nivel) constitucional.

A partir de la Constitución de 1934, se titula a la Sección II «**Derechos, Deberes y Garantías**»⁷⁰, reconociendo la Carta la existencia de los derechos de los individuos, derechos que son enumerados, declarados, pero no creados o constituidos por la misma, encontrándose implícito en su Artículo 7⁷¹ (cuya redacción proviene del art. 132 de la primera constitución) el amparo,

67 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 2 «La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

68 Constitución Art. 17: « En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de «hábeas corpus» a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado».

69 Actual Artículo 72 de la Constitución de la República.

70 Constitución de la República Oriental del Uruguay, SECCIÓN II DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS; CAPÍTULO III. Art.72 : « 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».

71 Art. 7 Constitución: «Los habitantes de la república tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privados de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general».

al protegerse a todos los habitantes de la República en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad.

Reforzando esta posición – en mérito a una interpretación lógico-sistemática-teleológica - de que hay derechos que no requieren una explícita consagración, el art. 332 de la Constitución dispone:

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

confiriéndoles a los mismos el carácter de derechos subjetivos perfectos y auto ejecutables.

Así, en la Sección de «Derechos, Deberes y Garantías» el amparo se encuentra en el último de estos enunciados, por cuanto se trata de un instrumento para garantizar la defensa de los derechos básicos, esenciales o fundamentales, de los derechos humanos que reconoce y procura garantizar la Constitución.⁷²

Amparo y *hábeas corpus* son los dos procesos esenciales configurados por la Constitución, explícitamente en el segundo caso y de manera implícita en el primero, para garantizar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce.⁷³

Como expresa Gelsi Bidart *«El enfoque «positivista» del Derecho, el exceso legislativo, la tendencia de los profesionales del derecho a exigir para todo un Artículo concreto de ley,...»* conjugada con el predominio de posiciones doctrinarias formuladas a partir de una inadecuada conceptualización del principio de separación de poderes, y *«...la generalizada indiferencia en relación a las normas programáticas, a los estándares jurídicos y a los principios generales del Derecho o de sus diferentes sectores : Todo esto contribuyó al «eclipse» del amparo en nuestra vida jurídica diaria»*⁷⁴, fue lo que llevó a que tan solo alguna tímida jurisprudencia recogiera la existencia del amparo implícito en las normas constitucionales.

72 GELSI BIDART, Adolfo. «Proceso de amparo en la ley de Uruguay» La Ley-LJU, cita Online D2554/2009.

73 *Ibidem.*

74 *Ibidem.*

La aparición y el desenvolvimiento, particularmente en el siglo XX, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos revisten suma trascendencia en cuanto coloca al individuo en el marco de los nuevos sujetos del Derecho internacional, así el Derecho Positivo comienza a mirarse en los derechos humanos reconociendo que «antes que el Derecho positivo está el derecho natural, el que emana de las personas conviviendo en sociedad»⁷⁵.

En esta evolución del Estado de Derecho se ha abierto el abanico de los derechos garantizados, así pasamos del Estado Liberal que garantiza los derechos que se conocen como de primera generación, esto es, la libertad y demás derechos fundamentales, al Estado Social de Derecho que comienza a perfilarse en las primeras décadas del siglo XX y que interviene activamente en la búsqueda del bien común a través de la protección de derechos económicos, sociales y culturales, a los que se le denomina de segunda generación y cuyo efectivo ejercicio es condición *sine quanun* para alcanzar ese bien; para finalmente –en esta continua evolución– surgir los derechos de tercera generación como el derecho al medio ambiente.

Surgen entonces reclamos en pos del establecimiento de un eficaz sistema de garantías y en particular por exigirse una urgente actuación al respecto, y, respondiendo a un reclamo cada vez más generalizado, se dicta la Ley N° 16.011 del 19 de diciembre de 1988- Acción de Amparo, que le confiere regulación legal a alguna de las garantías consagradas en nuestra constitución, estableciendo un rito específico para la sustanciación de las pretensiones que tengan por objeto solicitar la tuición de algunos derechos fundamentales.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

La formulación del derecho y acción de los derechos fundamentales, dentro de un debido proceso o racional y justo procedimiento rápido y eficaz, tiene una dimensión constitucional y supranacional, en la medida que la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales.

El derecho a una acción de amparo, tutela o protección de los derechos fundamentales está asegurado por el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (1969), en concordancia con los Artículos

75 GELSI BIDART, Adolfo. Obra cit. Párr.1.4.

1º y 2º de la misma Convención⁷⁶, que establece una obligación o condición de actuación de los órganos estatales cuyo objetivo es evitar que a través de su actuación u omisión afecten el respeto y eficacia de los derechos asegurados. De esta manera, la acción de protección o amparo de derechos se instrumenta como un derecho a la protección judicial de los derechos, el que debe concretarse en una acción o recurso sencillo, rápido y eficaz a favor de las personas y en el deber de instrumentación que recae en el legislador interno de los Estados Partes de la Convención, el que puede afectarse seriamente si el instrumento procesal no es adecuado.

Esta necesidad de que los países adopten mecanismos de protección de los derechos humanos, se advierte ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que en su Artículo 8 expresa:

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales Nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la Ley»

76 Dichas disposiciones establecen los siguientes:

«Art. 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso»

«Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano»

«Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuere necesaria para hacer efectivos tales derechos y libertades»

Posteriormente en 1966 el Pacto Internacional de la Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (art.2, fracc.tercera) de manera genérica se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, pudiendo interponer cualquier persona un «recurso efectivo».

En virtud que Uruguay –como todos los Estados latinoamericanos- ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica»⁷⁷, el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en este instrumento internacional, debe ser garantizada en la jurisdicción de dicho Estado parte, fundamentalmente a través del amparo constitucional⁷⁸ o de acciones o recursos judiciales especializados.

Este derecho constituye un «estándar mínimo común» para los Estados Partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención, además de sus respectivas Constituciones y leyes, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Como expresa Ayala Corao este derecho es en definitiva una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención de «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción»⁷⁹. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

«La obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Artículo 25) que deben ser sustanciados con las reglas del debido proceso (Artículo 8.1), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.»⁸⁰

77 Seguimos aquí lo expuesto en AYALA CORAO, Carlos: «Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos» Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

78 .En este punto es oportuno retomar los conceptos ya vertidos en cuanto si bien el amparo no tiene una consagración expresa en nuestra Constitución, el instituto surge, sin embargo, implícitamente, y ello en virtud de una interpretación lógico-sistemática-teleológica de los Arts. 72 y 332 de la Carta.

79 Art. 1.1. CADH

80 Corte IDH, caso « Velásquez Rodríguez y Otros, sentencia excepciones preliminares de fecha 26-6-87, párr. 90 a 92.

En relación al derecho consagrado en el Artículo 25.1 de la Convención y su vinculación con el instituto de amparo constitucional, la Corte Interamericana ha sostenido que:

«El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el Artículo 7.6... Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos...»⁸¹

En relación al requisito de efectividad exigido por la Convención a las acciones o recursos de amparo y sus equivalentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha interpretado su idoneidad y naturaleza reparadora, en los siguientes términos:

«No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones del país o incluso por las particularidades de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad ha quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o por cualquier causa, no se permite al lesionado el acceso al recurso judicial.»⁸²

El amparo ha sido catalogado por la Corte Interamericana como una garantía judicial indispensable para la protección de los derechos humanos, en toda época y circunstancia, aún en estados de excepción:

81 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87.

82 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87.

«Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, debe considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.»⁸³

El derecho de amparo consagrado en el Artículo 25 de la Convención Americana, implica como estándar mínimo común para los Estados Partes la existencia real de un recurso judicial breve, sencillo y efectivo en el Derecho Interno, para la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la ley y la Convención Americana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 proclamó un amplio abanico de derechos humanos, inherentes a toda persona sin discriminación de ningún tipo, pero era necesario un instrumento internacional que diera valor jurídico vinculante a los derechos contenidos en ella.

La intención inicial era recoger en un solo tratado internacional los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, pero finalmente en 1966 se aprobaron dos instrumentos diferenciados, uno consagrado a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁴.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵ es un Tratado multilateral que reconoce Derechos civiles y políticos⁸⁶ destinados a la pro-

83 Corte IDH Opinión Consultiva OC-8/87, ratificado en párr 37 y 38 por OC-9/87.

84 El propósito de incluir en un solo Tratado Internacional los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales se frustró ante la diferente visión que tenían el bloque capitalista y el bloque socialista.

85 Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

86 Se les conoce como Derechos de Primera Generación ya que fueron los primeros derechos consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales. Surgieron como respuesta a los reclamos que motivaron los movimientos revolucionarios del siglo XVIII.

tección del ser humano individualmente contra cualquier agresión de algún órgano público, estableciendo mecanismos para su protección y garantía.

Los derechos civiles incluyen la garantía de la integridad física de las personas y su seguridad, la protección contra la discriminación por motivos de discapacidad física o mental, género, religión, raza, origen nacional, edad u orientación sexual; y los derechos individuales como la libertad intelectual y conciencia, de expresión, de culto o religión, de prensa y de circulación.

Los derechos políticos incluyen la justicia natural (la equidad procesal) en la ley y los derechos de participación de la sociedad civil y la política (libertad de asociación, derecho de reunión, derecho de petición, sufragio)

Los derechos civiles y políticos pueden ser reclamados en cualquier momento y en cualquier lugar; por ello del Artículo 2 de la Parte II que regula lo concerniente a la equidad procesal en la ley surge que:

«Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales»⁸⁷.

En mérito al Artículo 2 citado, los Estados Partes en el Pacto asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su jurisdicción,

87 Artículo 2 .1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b. La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos. Esto implica que debe abstenerse de violar esos derechos («respetar») pero también deben adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos («garantizar»), mediante un recurso efectivo, siendo -como hemos expresado- el recurso de amparo una garantía judicial indispensable para garantizar los derechos humanos.

Los instrumentos internacionales en general y los tratados de derechos humanos en particular, se incorporan en los ordenamientos jurídicos de los Estados adoptando una posición dualista o monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno⁸⁸.

En nuestro país y por imperio de lo preceptuado por el Artículo 72 de la Carta Magna que dispone:

«La enunciación 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».

Las garantías consagradas en los instrumentos internacionales poseen rango constitucional, no requiriéndose, por otra parte, explícita consagración en mérito a lo preceptuado por el Artículo 332 de la Carta:

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

que -como se expresara anteriormente- les confiere a los mismos el carácter de derechos subjetivos perfectos y auto ejecutables.⁸⁹

88 Casi todos los tratadistas de derecho internacional público se refieren a estas teorías y hacen un análisis metodológico de autores clásicos como Triepel, Anzilotti, Kelsen, Scelle, Kuns, etc., en Revista IIDH. HENDERSON, Humberto. En el sistema dualista -que predominaba décadas atrás- el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno, son dos sistemas separados. Con la adopción del sistema monista ambos ordenamientos jurídicos se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico

89 En el mismo sentido: Sentencia N° 246 de 6 de septiembre de 2006, Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno: «...pero la cuestión debe ser dilucidada a partir de la validez de la norma en consonancia con las disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los Derechos Humanos, con nivel constitucional en nuestro país (arts. 72 y 332 de la Constitución)».

LEY N° 16.011 de 19 de Diciembre de 1988

Acción de amparo

A pesar que, de acuerdo con los Artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República, no era necesario dictar una ley para que se pudiera otorgar la garantía del amparo «toda vez que cualquiera de los derechos y libertades, expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución (art. 72) se viera lesionado por acto de ilegitimidad manifiesta que causare o pudiera causar el titular del derecho afectado un daño irreparable; y que la falta de reglamentación legal podía ser llenada, conforme con el referido art. 332 de la Carta por recurrencia a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a la doctrina más recibida»⁹⁰, el 7 de diciembre de 1988 se sancionó la ley 16.011 denominada «Acción de Amparo».

Gelsi opina que el requerimiento de un proceso de amparo es, en cierta medida, un cuestionamiento de todo el aparato procesal ya si este funcionara adecuadamente no sería necesario establecer un proceso peculiar para obtener amparo, por lo que se reconoce que en la realidad procesal la lentitud de los procesos no se adecua a la justicia pronta y eficaz que se reclama (Convención Americana art. 25, Código General del Proceso art.9⁹¹). La acción como «derecho al proceso» pone a éste en movimiento (en acto) y así surge el proceso de amparo, un proceso «especial» para la protección de los derechos fundamentales⁹².

De conformidad a los Artículos 1° y 2°⁹³ de la ley 16.911, se puede deducir la acción de amparo contra todo acto, hecho u omisión que lesione,

90 VIERA, Luís, «Ley de Amparo», Ed. IDEA. 1993 pág. 11.

91 CGP Art. 8. Pronta y eficiente administración de justicia – El tribunal y bajo su dirección, los auxiliares de la Jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograra la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.

92 Gelsi Bidart, Adolfo, obra cit., Pág.3

93 40 Ley 16.011 Artículo 1°.- Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (Artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de «hábeas corpus». La acción de amparo no procederá en ningún caso: A) Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano que emanen... B) Contra los actos de la Corte Electoral... C) Contra las leyes y Decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. Artículo 2°.- La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del Artículo 9° o cuando, si existen, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la

restrinja, altere o amenace un derecho a la libertad reconocida, expresa o implícitamente por la Constitución, salvo el hábeas corpus, con manifiesta ilegitimidad, provocando o amenazando provocar al titular del derecho un daño irreparable, y finalmente, que no exista en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado que se persigue con el amparo.

Los derechos tutelados mediante el amparo son, con excepción de la libertad física a que se refieren los Artículos 15 y 16 de Constitución, todos y cualquiera de los derechos humanos y libertades reconocidos expresa o implícitamente en la Carta: los «civiles, políticos, económicos y culturales, conceptualizados como tales en la Sección II de la Constitución (Derechos, Deberes y Garantías) y solo se excepciona el derecho a la libertad física «stricto sensu» (es decir el derecho a no ser detenido indebidamente) situación en la cual cabe el recurso de hábeas corpus.

Del Artículo 3º de la ley se desprende que la acción de amparo solo puede deducirse ante los órganos competentes del Poder Judicial⁹⁴, y podrá ser deducida por cualquier persona física o jurídica, pública o privada de conformidad al Artículo 1º, dentro de los treinta días a partir de la fecha en que el acto que causa daño haya llegado a conocimiento del interesado ⁹⁵, excluyéndose del amparo los actos jurisdiccionales, de la Corte Electoral y las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales, que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.

El hecho de que, para que proceda el amparo sea necesario que no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho; es lo que le da su carácter de instrumento excepcional, residual, heroico o en última suplencia del amparo, reservado

acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones.

94 Artículo 3º.- Serán competentes los Jueces Letrados de Primera Instancia de la materia que corresponda al acto, hecho u omisión impugnados y del lugar en que éstos produzcan sus efectos. El turno lo determinará la fecha de presentación de la demanda. Todo ello de acuerdo con las disposiciones de la ley 15.750, de 24 fr junio de 1985.

95 Artículo 4º.- La acción de amparo deberá ser deducida por el titular del derecho o libertad lesionados o amenazados, pero si éste estuviera imposibilitado de ejercerla podrá, en su nombre, deducirla cualquiera de las personas referidas en el Artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de la responsabilidad de éstas, si hubieren actuado con malicia o con culpable ligereza.

En todos los casos deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el Artículo 1º. No le correrá el término al titular del derecho o libertad lesionados si estuviere impedido por justa causa.

para extremas situaciones en que por falta de otros medios legales peligran derechos fundamentales. La acción de amparo corresponde cuando, dadas las circunstancias los medios normales de protección resultan inoperantes.

En el amparo hay siempre una razón de inmediatez que requiere que se proceda con urgencia frente a una lesión o amenaza inminente de lesión a un derecho constitucional que produce o va a producir un daño irreparable al titular de ese derecho, por lo que no puede esperar que se cumplan los plazos de los trámites normales. Ese actuar sin tardanza determina su procedimiento.⁹⁶ Procedimientos, recursos, contenidos y efectos de la sentencia se encuentran previstos en los Artículos 4 al 12 de la citada ley.

A pesar de la extrema brevedad del proceso de amparo se debe destacar la posibilidad de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión final⁹⁷ otorgándose amplios poderes al Juez para evitar que la demora frustre la finalidad del instituto, y esto en cuanto la cautela procesal tiene como finalidad asegurar que la decisión definitiva ulterior pueda ser eficazmente ejecutada, así mismo el magistrado está facultado para el dictado de medidas de carácter provisorias destinadas a evitar que el accionante padezca en el tiempo en que transcurre el proceso de un daño irreversible.

El contenido de la sentencia que haga lugar al amparo se encuentra fijado en el art. 9⁹⁸, debiendo la misma establecer con precisión las medidas

96 Artículo 6º.- Salvo en el caso previsto en la oración final del Artículo 2º, el Juez convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

En dicha audiencia se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos. El Juez, que podrá rechazar las pruebas manifiestamente impertinentes o innecesarias, presidirá la audiencia so pena de nulidad e interrogará a los testigos y a las partes, sin perjuicio de que aquéllos sean, a su vez, repreguntados por los abogados. Gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia.

En cualquier momento podrá ordenar diligencias para mejor proveer.

La sentencia se dictará en la audiencia o, a más tardar, dentro de las veinticuatro horas de su celebración. Sólo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días.

Las notificaciones podrán realizarse por intermedio de la autoridad policial. A los efectos de lo dispuesto por el literal C) del Artículo 9º, se dejará constancia de la hora en que se efectuó la notificación.

97 Artículo 7º.- Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados.

98 Artículo 9º.- La sentencia que haga lugar al amparo deberá contener: A) la identificación concreta de la autoridad o particular a quien se dirige y contra cuya acción, hecho u comisión se conceda el amparo. B) La determinación precisa de lo que deba o no hacer y el plazo por el cual

concretas a llevar a cabo a fin de que la garantía sea eficaz. Admite recurso de apelación.⁹⁹

Hay que tener en cuenta que en materia de amparo la sentencia ejecutoriada hace cosa juzgada sobre su objeto¹⁰⁰, y que la existencia de una cosa juzgada abre el camino para la ejecución de la sentencia de amparo. Es necesario tener presente, sin embargo que la sentencia ejecutoriada deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder: en cuanto decide sobre el objeto del proceso de amparo, concediendo o rechazando la tutela reclamada, impide que pueda juzgarse en otra acción de amparo el mismo caso.

La ejecución es una etapa que integra el proceso de amparo y debe efectuarse dentro de las 24 horas de notificada la sentencia. La realización pragmática de los efectos de la sentencia ejecutoriada de amparo engendra deberes que ha de acatar y ser cumplidos por parte de la autoridad responsable, si ello no ocurriera puede acudir a las conminaciones, tanto en relación al órgano como a sus agentes si se trata de un órgano público; en los demás casos se deberá acudir a los sistemas de ejecución de hacer o no hacer establecidos en el Derecho común.

dicha resolución regirá, si es que corresponde fijarlo; C) El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podrá exceder de veinticuatro horas continuas a partir de la notificación. Sin perjuicio de lo establecido la sentencia podrá disponer las sanciones pecuniarias conmutativas dispuestas por el decreto-ley 14.978 de 14 de diciembre de 1978.

- 99 Artículo 10.- En el proceso de amparo sólo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El Juez elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El Tribunal resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación.

- 100 Artículo 11.- La sentencia ejecutoriada hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieren corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo.

LEY N° 17.823 de 7 de septiembre de 2004**Código de la Niñez y la Adolescencia**

Al hacer referencia a la evolución constitucional, se mencionaba que la Constitución de 1934, -recogiendo disposiciones que se encontraban ya en las Constituciones de 1830 y 1918- proclama el reconocimiento de la existencia de los derechos de los individuos en la Sección II de la Carta; Derechos, Deberes y Garantías.

En el capítulo II de dicha Sección se consagran los derechos de carácter económico, social y cultural y sus primeros Artículos (hoy Artículos 40, 41, 42 y 43)¹⁰¹ están dedicados a la niñez y juventud. En ese mismo año de 1934 se aprueba el Código del Niño, de carácter tutelar sin reconocer a los niños como sujetos de derecho.

Será luego de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989, que se rompe con el paradigma menorista desarrollado hasta entonces, y en el proceso de adecuación interna a los estándares de la CDN se promulga la ley N° 17.823, Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) el 7 de setiembre de 2004 reconociéndose a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, deberes y garantías, con « derecho a medidas especiales de protección que por su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y al estado» según los Artículos 2° y 3° del CNA¹⁰², e

101 Constitución 1967: Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Artículo 41.- El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Artículo 42.- Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 43.- La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer.

102 Código de la niñez y de la adolescencia. Siempre que este Código se refiere a niños y adolescentes comprende ambos géneros.

Artículo 2°. (Sujetos de derechos, deberes y garantías).- Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.

instituyéndose un procedimiento de protección en la urgencia de los derechos amenazados o vulnerados, con la finalidad de la restitución inmediata de los derechos afectados.

Esta medida de protección inmediata (Artículos 117¹⁰³ y 130), participa de los principios generales del proceso cautelar en materia de familia, debiendo acreditarse *periculum in mora* y *fumus bonis iuris* dado su carácter de medida cautelar.

El Código de la Niñez y Adolescencia, por otra parte, fija en su **Artículo 195** la «**Acción de amparo**», reconociendo el legislador la especialidad en cuanto se trata de un amparo «específico» para la «protección de los derechos de los niños y adolescentes», y, sin perjuicio de las normas generales incluidas en la ley 16.011, se establecen pautas especiales, complementarias en lo que respecta a quienes pueden interponer el amparo, fijación del plazo para su promoción y determinación de la competencia de los jueces de familia.

Es pues este instituto del amparo el **mecanismo establecido para la tutela de los derechos subjetivos de las personas menores de edad**, puesto que el procedimiento previsto en los Artículo 117 y siguientes se encuentra concebido para el dictado de medidas cautelares y provisionales instituidas primordialmente para la defensa de los derechos de los niños y adolescentes frente a las vulneraciones u amenazas provenientes del ámbito familiar.

Artículo 195. (Acción de amparo).- La acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes se regirá por la Ley N° 16.011, de 19 de diciembre de 1988, y por las siguientes disposiciones.

Podrá ser deducida también por el Ministerio Público, cualquier interesado o las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del Tribunal, garanticen una adecuada defensa de los derechos comprometidos.

Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces.

Deberá ser promovida dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre.

Serán competentes en razón de la materia los Jueces Letrados de Familia.

Artículo 3°. (Principio de protección de los derechos).- Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

103 CNA Artículo 17 (Principio General).- Siempre que los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en este Código sean amenazados o vulnerados, se aplicarán las medidas que dispone este título

Como resulta del primer inciso la acción de amparo del CNA se rige por la ley 16.011, con las modificaciones introducidas.

El Ministerio Público como protector oficial de los niños y adolescentes¹⁰⁴ podrá promover la acción, como así también cualquier interesado que demuestre interés en la causa y las personas jurídicas y organizaciones sociales que garanticen una adecuada defensa de los derechos comprometidos, ampliándose la legitimación.

El régimen especial de la Ley N° 16.011 con carácter amplificador flexibilizando que se instituye en el CNA, tiene por finalidad moderar los requisitos de admisibilidad de la acción, con la finalidad de volverla más ágil y ampliar el ámbito de protección a derechos y libertades propias de los niños y adolescentes, las que deben ser las enumeradas en la Parte General del Código de la Niñez y Adolescencia, al igual que los que no fueron recogidas a texto expreso y aparecen consagradas en los Tratados de Derechos Humanos¹⁰⁵.

Mientras que la acción de amparo regulada por la Ley 16.011 es residual ya que sólo procede cuando no existe otro medio judicial o administrativo, o los mismos fueran ineficaces para obtener el resultado; la acción de amparo del CNA, presume la ineficacia de los otros medios jurídicos de protección, desplazándose la carga probatoria.

El último inciso asigna competencia para entender en la acción de amparo a los Jueces Letrados de Familia, en razón de la materia y con apelación ante los Tribunales de Apelaciones de la materia. El legislador partió de la base de que el Juez más adecuado para proteger los derechos de los niños y adolescentes es el Juez de Familia, retrocediendo en relación al mayor alcance de garantías que da el CNA, ya que esta asignación es un retorno a la lógica tutelar de dar igual tratamiento jurídico a la situación de los niños vulnerados en sus derechos como consecuencia de la conducta de sus responsables o de aquellos que padecen las referidas vulneraciones a raíz de una acción u omisión del Estado, al centralizar el poder de decisión en la figura del juez de familia¹⁰⁶.

Esta competencia asignada a los Jueces Letrados de Familia resulta incongruente con la nueva racionalidad jurídica que el CNA pretendió plasmar y que está formulada a partir de la condición de sujeto de derecho del niño.

104 Art. 10, num. 5 del decreto-ley 15.365 de 30 de diciembre de 1982.

105 Balbela, Jacinta y Pérez Manrique, Ricardo: *Código de la Niñez y Adolescencia comentado y anotado*, Ley 17.823 de 7 de septiembre de 2004, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, Pág. 269.

106 Siguiendo en este punto a García Méndez, Emilio; Bianchi, Ma. Del Carmen (Comp.) *Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos*, Buenos Aires: UNICRI, Ed. Galerna, 1991, Pág.15

La referida solución normativa es expresión de la cosmovisión tutelar que concibió a la familia como una instancia de mediación necesaria en la relación del niño con la sociedad.

En interesante sentencia dictada por la Sra. Juez Letrado de Familia de 23° Turno el día 19 de julio de 2011¹⁰⁷ ante la acción de amparo deducida por el Representante del Ministerio Público y Fiscal contra el Servicio Descentralizado del Estado Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay -INAU- y contra el Estado -Poder Ejecutivo- Ministerio de Desarrollo Social -MIDES-, ante la inminencia de reclusión de adolescentes que son privados de su libertad por orden judicial, en módulos o contenedores metálicos inadecuados para la internación o reclusión de menores de edad respecto de los cuales el Estado tiene deberes constitucionales y legales de protección; en relación a la competencia de los jueces de familia, expresa:

Tercero:»...El legislador fue claro cuando distribuyó las competencias en ocasión del dictado de la ley 17.823, en relación a niños, niñas y adolescentes, adjudicando la competencia de urgencia, entre otra la relacionada a niños, niñas menores de 13 años cuyos derechos sean lesionados o que ellos lesiones derechos de terceros, a los Juzgados Especializados de Familia; a los Juzgados Letrados de Familia les adjudicó todas las acciones de naturaleza civil, no urgentes que se derivan de la relación familiar (biológica o legal), y a los Juzgados Letrados de Menores (hoy de Adolescentes) todo lo relacionado con los jóvenes menores de 18 años y mayores de 13 años en conflicto con la ley. Estos Juzgados deberían ser los que velen por los derechos de estas personas, mientras dure la privación de libertad por orden judicial.

Cuarto: que ante la decisión del Tribunal de alzada y considerando la Proveyente que en ella y en este momento reside el poder Judicial garante de los derechos fundamentales de las personas y ante la urgencia del tratamiento del objeto de la acción es que se asumirá competencia.

Quinto: que por todo ello especialmente lo señalado en el párrafo cuarto, también pueden ser competentes los Juzgados Letrado de lo Contencioso Administrativo»

La acción de amparo legislada en el CNA tiene por objeto último hacer eficaces los derechos enunciados concediendo a los legitimados «la posibilidad de exigir una decisión judicial que obligue a las autoridades públicas o a los privados en su caso, a prestar de manera adecuada los servicios necesarios

107 110719 – Sentencia sobre acción de amparo tema contenedores, Juzgado Letrado de Familia de 23° T° autos «Fiscalía de 3° T° c/INAU y Ministerio de Desarrollo Social – Acción de amparo» F. 2-14240/2011.

y a poner en funcionamiento las políticas necesarias para la protección de los derechos de los niños y adolescentes»¹⁰⁸, lo que le da ese carácter amplificador y residual al que hacíamos referencia, sin dejar de tener presente « un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos...»¹⁰⁹ al que se le ha denominado el **principio pro homine** .

III. EL AMPARO COMO MECANISMO GARANTIZADOR TANTO DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS COMO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica se reafirma el propósito de los países americanos de consolidar un régimen de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona; y luego se señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos¹¹⁰.

En este extremo cobra importancia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles y mutuamente complementarios. Todos son el escudo protector del ser humano: se reclaman condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.

Es en este sentido que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador), reafirma que sólo puede concebirse como ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en la vida no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para no vulnerar los derechos de los niños, con grave perjuicio para estos:

108 Ibídem, García Méndez,... Pág. 271.

109 HENDERSON, Humberto, «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine», en *Revista IIDH*, Vol.39, Pág. 87.

110 Convención Americana, Preámbulo, Párr. 4.

*«no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como lo guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes... todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la «diferencia» entre estos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas «especiales» con respecto a los niños».*¹¹¹

Por ello la protección de los derechos de los niños y adolescentes es especial, y diferente por lo tanto, de la protección que se da a los derechos de las demás personas.

En ese sentido las garantías de los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio Pacto de San José ha reconocido en materia de infancia y adolescencia, en el sentido de proteger «reforzadamente los derechos de los niños». Por ello deben leerse transversalmente -y utilizando criterios amplios de interpretación- con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicando los mencionados Artículos tomando en consideración **los principios del interés superior del niño, entre los que se cuenta la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a los recursos judiciales.**

Por ello los Artículos 8¹¹², 19¹¹³ y 25¹¹⁴ de la Convención Americana constituyen un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños, impidiendo que se legisle en detrimento de las garantías.

111 Opinión Consultiva OC-17/2002 voto concurrente Juez Sergio García Ramírez.

112 Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...

113 Artículo 19. Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

114 Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Sin perjuicio de lo anterior, «en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar, y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano»¹¹⁵, a la que se le ha denominado el **principio *pro homine*** –que mencionábamos supra– y el que se puede considerar como «un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos...»¹¹⁶.

Son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación *pro homine*¹¹⁷ tanto en el ámbito universal como en el propio sistema americano; así, el Artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño (20/11/1989) señala que:

«Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado».

Por su parte la Convención Americana en su Artículo 29 expresa:

«Normas de Interpretación; Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho a la libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humanos o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y e. Excluir o limitar el efecto que pueda producir la declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

115 Obra Cit.HENDERSON, Pág. 87.

116 *Ibidem*, pág. 88.

117 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (18/12/1979) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10/12/1984), entre otros.

Este principio se ha trasladado a los derechos internos; en nuestro país aparece implícitamente enunciado en el Artículo 72 de la Constitución de la República:

«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»

Las condiciones específicas del menor y sus correspondientes medidas de protección se recogen en la Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño así como en otros instrumentos del sistema interamericano, teniendo como piedra angular para la interpretación de este sistema de derechos humanos el principio pro persona y la armonización hermenéutico del conjunto de instrumentos aplicables a cada situación.

Se mencionaba supra que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), reafirma que sólo puede concebirse como ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

La parte dispositiva del protocolo de San Salvador comienza determinando la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí contenidos¹¹⁸, asimismo la cláusula más favorable a la persona humana encuentra su recepción en el Artículo cuarto del Protocolo, en virtud de la cual, no cabe alegar ese instrumento para restringir o menoscabar el ejercicio de un derecho reconocido tanto en el plano interno como en otro instrumento internacional.

Teniendo el Estado deberes de protección inmediata de los que no puede eximirse, si se mira la realidad de los menores se observará, en la inmensa

118 Protocolo de San salvador Art. ° Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con **condiciones y expectativas razonables de vida digna**.

En estos casos que corresponden a una cantidad muy significativa de niños, no solo se vulneran sus derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya «progresividad» no ha permitido abarcar, hasta el presente, a millones de seres humanos que en plena infancia, distan mucho de ver satisfechos sus derechos prometidos amparar formalmente.¹¹⁹

En vista que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales¹²⁰. Es en este extremo que cobra importancia contar con un recurso sencillo y eficaz que garantice todos los derechos.

Partiendo de la definición inicial de este trabajo de que el amparo es un instrumento jurídico de protección de los derechos fundamentales que tiene por finalidad garantizar el goce y el ejercicio de los diferentes derechos humanos, protegiendo jurídicamente contra actos, omisiones u hechos ilícitos de cualquiera de los poderes de un Estado y tomando como base las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones nacionales y en los Tratados Internacionales, podemos concluir que el amparo es un mecanismo garantizador tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

El pleno ejercicio de estos derechos es condición de posibilidad fáctica para el ejercicio de los demás y por ello cuentan con la protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Artículo 29 de la Convención Americana dispone que todos los derechos consagrados en el Protocolo¹²¹ cuentan con la protección de la Corte en tanto «establece que el elenco de derechos está formado no solo por los que enuncia expresamente, sino también por todos los que se deriven de la dignidad de la persona humana y de la

119 Siguiendo en este punto la posición de García Ramírez en OC -17/2002.

120 *Ibidem*. En los términos de los principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, ppo 3 (1948).

121 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador».

forma republicana de gobierno, en una fórmula muy similar a la utilizada por el constituyente uruguayo en el Artículo 72 de la Carta».¹²²

IV. PARTICULARIDADES DEL INSTITUTO EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Como ya expresáramos, el derecho a una acción de amparo, tutela o protección de los derechos fundamentales está asegurado por el Artículo 25 de la Convención Americana, en concordancia con los Artículos 1º y 2º de la misma Convención que fija una obligación o condición de actuación de los órganos estatales cuyo objetivo es evitar que a través de su actuación u omisión afecten el respeto y eficacia de los derechos asegurados.

De esta manera, la acción de protección o amparo de derechos se instrumenta como un derecho a la protección judicial de los derechos, el que debe concretarse en una acción o recurso sencillo, rápido y eficaz a favor de las personas y en el deber de instrumentación que recae en el legislador interno de los Estados Partes de la Convención, el que puede afectarse seriamente si el instrumento procesal no es adecuado.

Por imperio de lo preceptuado por el Artículo 72 de nuestra Carta Magna, las garantías consagradas en los instrumentos internacionales poseen rango constitucional no requiriéndose, por otra parte, explícita consagración legal en mérito a lo preceptuado por el Artículo 332 de la misma.

Para garantizar los derechos fundamentales se han configurado en la Constitución de la República dos procesos esenciales: implícitamente en el Artículo 7 la acción de amparo (mecanismo garantizador tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales) y explícitamente en el Artículo 17 el *hábeas corpus* (protegiendo la libertad física en el caso de prisión indebida).

Posteriormente¹²³, la ley 16.011 confirió regulación legal al mecanismo garantizador del amparo consagrado en nuestra constitución, estableciendo un rito específico para la sustanciación de las pretensiones que tuvieran por objeto solicitar la tuición de algunos derechos fundamentales; y el Código de

122 Fabián Piñeyro: *Adecuación de la legislación nacional a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Montevideo: UNICEF, 2010, serie Intercambios n.º2, Pág. 11.

123 Ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988 - Acción de Amparo.

la Niñez y Adolescencia¹²⁴ estableció en su Artículo 195 la «Acción de amparo», reconociendo el legislador la especialidad en cuanto se trata de un amparo «específico» para la protección de los derechos de los niños y adolescentes.

La acción de amparo del CNA es un mecanismo establecido para la tutela de los derechos subjetivos de las personas menores de edad, consagrando expresamente el derecho de todos los niños a contar con la protección social del Estado a fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, requiriendo del trabajo hermenéutico y evolutivo de los órganos establecidos al efecto.

El instituto del amparo como garantía de protección de los derechos humanos adquiere particularidades en el ámbito de la protección de los derechos subjetivos de las personas menores de edad, y ello en cuanto (como se recoge expresamente en la Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño) que el niño no carecerá –puesto que es sujeto de derecho- de los derechos y garantías inherentes al ser humano y a su condición de persona con específicas necesidades de protección.

El primer derecho a garantizar es el derecho a la vida. El concepto de derecho a la vida se debe entender conjuntamente como el derecho a vivir con dignidad y a no ser privado arbitrariamente de la vida¹²⁵. Cuando a los niños se les priva de las mínimas condiciones para una vida digna se les impide el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño:

*«El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles».*¹²⁶

124 Ley N° 17.823 de 7 de septiembre de 2004.

125 Corte IDH Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la calle) Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Párr. 144.

126 Corte IDH, Condición Jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC 17/02. Párr. 81.

Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos así como al de los derechos económicos, sociales y culturales. Es este concepto de vida digna el que da ese carácter reforzado al instituto del amparo, puesto que ofrece, mediante un mecanismo de mayor amplitud y de carácter genérico, una sobreprotección de los derechos y libertades fundamentales a aquellos que requieren medidas específicas.

V. CONCLUSIONES

Raigambre constitucional del instituto del amparo

La raigambre constitucional del amparo surge sin hesitación en mérito a una interpretación lógico-sistemática-teleológica de nuestra Carta Magna.

Desde nuestra primera Constitución de 1830 (de raíz iusnaturalista) y en las sucesivas, se ha postulado la existencia de derechos del hombre fundados en la naturaleza humana, universales, anteriores y superiores (o independientes) al ordenamiento jurídico positivo.

El Artículo 7 de la Constitución de la República no consagra el derecho a la vida, ni crea ni atribuye el derecho a la libertad ya que estos derechos son propios del ser humano y tan sólo él puede invocarlos; simplemente los reconoce imponiendo al Estado el deber de proteger el ejercicio de esos derechos, tutelándolos en el goce de los mismos.

Así se declara en el Artículo 72 que los derechos y garantías –como lo es el amparo– no dependen de consagración explícita en normas constitucionales o legales ya que tienen valor en sí mismos y rango constitucional; confiriéndoles a los mismos el carácter de derechos subjetivos perfectos y autoejecutables en el Artículo 332 de la Carta.

Obligación del Estado uruguayo de protección judicial de los derechos humanos

Nuestro país ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica», y en virtud de dicha ratificación el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en este instrumento internacional, debe ser garantizada en la jurisdicción de dicho Estado parte, fundamentalmente a través del amparo constitucional o de acciones o recursos judiciales especializados.¹²⁷

127 CADH art.25 en concordancia con los arts. 1º y 2º de la misma Convención, Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 8, Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos Artículo 2º.

Este derecho que constituye un «estándar mínimo común» para los Estados Partes de la Convención Americana, consiste en la obligación de los Estados de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención, además de sus respectivas Constituciones y leyes, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos.

Este deber de instrumentación recae en el legislador y en los órganos estatales cuyo objetivo es evitar que se afecten la eficacia de los derechos asegurados, por tal razón, compete al Poder Judicial de nuestro país que el instrumento procesal de la acción de amparo sea «sencillo, rápido y eficaz», pues de lo contrario se compromete al Estado uruguayo.

El amparo es un instituto garantizador tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales

Sólo puede concebirse un ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos¹²⁸, por ello se debe privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar, y por lo tanto adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

Este principio *pro homine*, criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, indica que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. Por ello y en mérito a que la «progresividad» de los derechos económicos, sociales y culturales no ha permitido abarcar hasta el presente a todos los niños y niñas, el instituto de amparo es el recurso más sencillo, rápido y eficaz para garantizar tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

128 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos *Del amparo constitucional al amparo iberoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*. Instituto Americano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.
- BALBELA-PEREZ MANRIQUE *Código de la Niñez y Adolescencia comentado y anotado*, 2005.
- BAZAN VICTOR (Coord.) *Desafíos del control de constitucionalidad*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- FIX-SAMUDIO, Héctor, FERR MAC-GREGOR (coordinadores) *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- GARCIA MENDEZ, Emilio; BIANCHI; María del Carmen (Comp.). *Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos*, UNICRI, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1991.
- GELSI BIDART, Adolfo, «Proceso de amparo en la ley de Uruguay», LALEY, cita Online D2554/2009.
- VIERA, Luis, «Ley de amparo». Editorial IDEA, 1993.
- *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY-1967
- *CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS- 1969
- * CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - 1989
- *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
- Opinión Consultiva OC- 8/1987
- Opinión Consultiva OC- 9/1987
- Opinión Consultiva OC-17/2002
- Opinión Consultiva OC-17/2002 voto concurrente del Juez García Ramírez
- *DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO - 1789
- *PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966
- *PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Protocolo de San Salvador)- 1988
- *LEY Nº 16.011 - ACCIÓN DE AMPARO -1988
- *LEY Nº 17.823 -CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA -2004

HÁBEAS CORPUS como forma de garantía específica de los derechos de los adolescentes privados de libertad

Mónica Gaggero Sanguinetti

Sumario: I. Introducción. II. Genealogía y evolución del instituto. III. Concepto de hábeas corpus. IV. Hábeas corpus como garantía específica de protección de los derechos humanos. V. Hábeas corpus en nuestro ordenamiento jurídico. VI. Alcance del hábeas corpus como forma de protección frente a todas las hipótesis de prisión indebida. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado normas con el propósito de exigir a los Estados la salvaguarda del ejercicio de todos los derechos del privado de libertad, los que no deben verse afectados mientras dure el encierro. Se ha construido un sistema normativo específico con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos.

Los derechos fundamentales son derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas (de todas las culturas y países), inderogables, indivisibles e interdependientes, y para cuya tuición nacen las organizaciones jurídico-políticas.

Este concepto aparece expresado en el art. 7 de la Constitución de la República. Cuando este Artículo consagra el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de determinados derechos preexistentes (vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad), está sentando el principio de protección de esos derechos, la que puede ser reclamada del Estado. Éste deberá asegurar a las personas contra cualquier hecho que impida el pleno goce esos derechos que preexisten a su organización político-jurídica.

En referencia a las personas privadas de libertad, dada la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, de sujeción absoluta a la institución que los alberga, situación que se ve agravada cuando se trata de menores de edad por su condición de sujetos en desarrollo, se han establecido dispositivos normativos específicos para la protección de sus derechos, poniendo especial énfasis en garantizar que los elementos coercitivos de la prisión tengan mínimas consecuencias, buscando la rehabilitación, el desarrollo personal, el derecho a la educación, al esparcimiento, el contacto con la familia y la comunidad de la manera más amplia posible, propugnando que el encierro se ejecute en condiciones adecuadas, que impidan el abuso, los tratos denigrantes, la tortura o el menoscabo de cualquier otro derecho que se viera vulnerado.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales referidos, debe proveerse de un mecanismo efectivo de protección frente a la lesión de los mismos.

La Convención Americana sobre DD HH suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado Uruguayo el 26 de marzo de 1985, dispone textualmente:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;
 - c) a garantizar que la autoridad competente, cumplirá cabalmente toda decisión en que se haya estimado procedente como consecuencia de la interposición del referido recurso.

El derecho consignado en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos es incorporado constitucionalmente por lo dispuesto en el art. 72 de la Carta, adquiriendo el carácter de derecho subjetivo perfecto.

Ante la omisión del Estado uruguayo de establecer un mecanismo con tales características, y por imperio del art. 332 de la Constitución de la República

que expresa que « los preceptos que reconocen derechos a los individuos..., no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas», cabe preguntarse qué instrumento jurídico de nuestro ordenamiento jurídico reúne esas condiciones, y en respuesta, aparece, por múltiples razones, el instituto del «hábeas corpus» regulado por el art. 17 de la Constitución, el que interpretado a la luz de las doctrinas más modernas ha tomado otra dimensión respecto de aquella para la que fuera concebido, ya que como se verá, el accionar por parte de un magistrado que no admita un recurso rápido, eficaz y sencillo es un acto que estaría comprometiendo la responsabilidad del Estado uruguayo.

La responsabilidad internacional no se verá afectada por el tipo de instrumento procesal que se utilice para proteger un derecho, sino cuando no se brinde la inmediata protección del goce del mismo, haciendo cesar la situación de menoscabo del derecho tutelado.

II. GENEALOGÍA Y EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO

La génesis del instituto se encuentra en el derecho romano, en los interdictos, que eran órdenes que dictaba el pretor a pedido de parte, para amparar situaciones que se estimaban dignas de protección y por las que se disponía la exhibición de cosas o personas, la devolución de determinadas cosas, o la prohibición de algún acto.

Así, el interdicto de «*homine libero exhibendu*», era un instrumento jurídico de protección de la persona frente a una privación de libertad ilegítima, en el que se ordenaba la exhibición de la persona que se suponía libre y que el destinatario del interdicto retenía.

Con el mismo fin, durante la Edad Media aparecen en Europa diversos institutos que se asemejan al interdicto romano. En el derecho aragonés, se desarrolló en el juicio de manifestación, ante el órgano denominado el Justicia Mayor, con distintas modalidades: exhibir a una persona en poder de otra, la manifestación de jueces que protegían a los habitantes de Aragón que se encontraran presos sin proceso o por orden de juez incompetente, o que sometidos a proceso, fueran torturados.

Institutos análogos a los previstos en el Derecho Aragonés fueron estructurados en Inglaterra donde el origen del hábeas corpus se encuentra en las actas que garantizan la libertad individual, permitiendo que el ilegalmente preso o cualquier persona, acudiera a la High Court of Justice para que ordenara la presentación del detenido por parte de su aprehensor. El instituto fue reglado en la Carta Magna de 1215, en el acta de 1679 y en el estatuto de 1816.

Es en el Derecho Británico donde va a nacer el concepto moderno de hábeas corpus.

Este instituto que fuera creado como garantía frente a la restricción ilegítima de la libertad ambulatoria, evoluciona ampliando su esfera objetiva de protección alcanzando a todos los supuestos de lesión de derechos ocurrida en cualquiera de las etapas de la intervención punitiva del Estado. Surge así, un instituto específico concebido como garantía de los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad en cumplimiento de una sentencia, y al que se ha denominado Hábeas corpus correctivo. En su redefinición, operada con la emergencia del moderno derecho penal, fue concebido como límite al despliegue del poder punitivo del estado.

Como señalaba Bobbio, los mecanismos constitucionales que caracterizan al estado de derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos de poder.

Si hay un principio que constituye un límite, éste es el principio de legalidad. El hábeas corpus cumple la función de hacer efectivo el respeto de tal principio, principio cardinal que opera como límite al poder punitivo.

III. CONCEPTO DE HÁBEAS CORPUS

Es un instituto de Derecho Público creado como un mecanismo de protección de los derechos subjetivos, en lo que hace concretamente a la protección de la libertad ambulatoria, siendo uno de los aspectos de la libertad en general (derecho que aparece entre los enumerados en el art. 7 de la Constitución), tanto en forma preventiva como correccional.

Se trata de una garantía específica orientada teleológicamente a la protección de los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad, tanto en su modalidad preventiva como correccional.

La interpretación del art. 17 de la Constitución debe hacerse de acuerdo con el principio «*pro homine*», enunciado elípticamente en el art. 72 de la Carta, que es aquel por el cual el intérprete ante la disyuntiva deberá preferir la interpretación que mejor proteja un derecho fundamental, así como seleccionar y aplicar la norma que resulte más favorable a la persona humana, en tanto tiene una función tuitiva dirigida a los derechos y libertades de la persona frente a la conducta del Estado, ya sea por acción o por omisión.

Por aplicación de este principio, y haciendo una interpretación extensiva del mencionado Artículo, concluimos que el hábeas corpus como mecanismo de garantía del goce de los derechos humanos, abarca tanto la detención practicada en contravención de lo dispuesto en el art. 15 de la Carta Magna, así como el sometimiento del detenido a condiciones violatorias de su dignidad

humana, derechos reconocidos en el art. 72 de la Constitución de la República, o sea como remedio frente a toda hipótesis de privación indebida de la libertad.

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ha implicado, en las últimas dos décadas del Siglo XX, el comienzo en América Latina de un proceso de revalorización del Estado de Derecho y la democracia, así como una nueva forma de interpretar la Constitución, a la luz de los derechos esenciales que emanan de la dignidad de la persona humana y los derivados de la forma republicana de gobierno, pre-existentes y reconocidos por ésta en su art. 7.

La interpretación del derecho interno a la luz de los tratados internacionales (art.31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y art.5 del pacto de Derechos Civiles y Políticos), tiene como regla de hermenéutica propia el principio «*pro homine*» o pro persona, y el juez o intérprete deberá optar por recurrir a la norma que mejor proteja el derecho que se reivindica en consonancia con lo dispuesto por el art. 72 de la Carta Magna y el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

IV. HÁBEAS CORPUS COMO GARANTÍA ESPECÍFICA

El hábeas corpus se constituye en una garantía específica de salvaguarda de derechos, frente a la acción de amparo que puede definirse como aquel instrumento genérico por el cual una persona reclama ante un juez que se le ampare el derecho o libertad que por acción u omisión de un particular o de una autoridad se le haya lesionado o restringido en forma ilegítima.

En Uruguay la acción de amparo está regulada por la Ley N° 16011, concibiéndolo como una acción en defensa de los «derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72), con **excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de *hábeas corpus***».

Como consecuencia de la efectiva aplicación del **principio de legalidad** consagrado en el art. 10 de la Constitución, el recurso de hábeas corpus va a adquirir nuevas características, ampliando su ámbito de aplicación objetiva, a todos los casos de «prisión indebida». Este tiene además de una dimensión cuantitativa, una cualitativa.

Ante la comprobación de que una persona ha incurrido en una conducta tipificada como delito, la única sanción que le puede ser impuesta es la prevista taxativamente en la ley.

El tiempo en que la persona se ve privada de alguno de sus derechos es aquel dispuesto con anterioridad por la ley, e importa además, que el sujeto que lo sufre no pueda ver restringido ningún otro derecho diferente de aquel que restringe la ley. Para el caso de la prisión, el derecho afectado es exclusivamente la libertad ambulatoria.

El **principio de legalidad** en su primera dimensión señala la hipótesis donde debe desplegarse el poder punitivo del Estado. En la fase de ejecución de la pena, tiene una doble dimensión, cuantitativa: intensidad de la responsabilidad punitiva, plazo de la privación de libertad dispuesta, y cualitativa: referida a cuáles son los derechos que se restringen durante la misma.

En el plano adjetivo, este principio debe respetarse tanto al dictarse la sentencia, como en su etapa de ejecución, por lo que el ordenamiento jurídico debe contar con un conjunto de garantías que sirvan de remedio ante situaciones en que la persona reclusa vea afectados sus otros derechos subjetivos por las condiciones en que se cumple la pena de privación de libertad. Se trata de mecanismos de protección en tanto garantía específica para tutelar el principio de legalidad.

El incumplimiento de lo dispuesto por las normas internacionales ratificadas por Uruguay, concretamente el art. 25 de la Convención Americana, en tanto establece toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, que pueda presentar ante autoridades competentes, compromete la responsabilidad internacional del Estado, en tanto este se ha obligado a proveer de un recurso con las características mencionadas.

Ante la lentitud de las vías procesales comunes y por ende inoperantes cuando se trata de restablecer los derechos constitucionales de los ciudadanos privados de libertad, se requieren vías más efectivas para fiscalizar la acción de la autoridad que trasgrede las garantías constitucionales.

Encontramos aquí como herramienta hábil para el control del ejercicio de tales garantías, el **Hábeas corpus correctivo**, instituto que es elaborado en la doctrina de los Derechos Humanos, y que se ha plasmado en el derecho positivo de varios países.

Así, en lo que refiere a la ejecución de la pena que impone el Estado en respuesta a una conducta antijurídica, teleológicamente, debe orientarse a la rehabilitación del individuo para lograr la reinserción social, en tanto el art.26 de la Constitución dispone que «... en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y si sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiéndose la reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito». Este fin que debe perseguir la pena adquiere mayor dimensión cuando se trata de adolescentes, por su condición de sujetos en desarrollo.

Es deber del Estado vigilar que se den las condiciones adecuadas de reclusión de menores de edad de acuerdo a estándares internacionales, a lo que está obligado por la ratificación por vía legal de los diferentes tratados y convenciones internacionales que constituyen la normativa aplicable en la materia.

Las razones por las que el recurso de hábeas corpus constituye el mejor instrumento para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los privados de libertad son fundamentalmente, la inmediatez, el control directo que se ejercerá,

en tanto el decisor, comparecerá de inmediato al lugar, disponiendo el cese de la situación de vulneración. Se hará lo que el juez disponga, ya que tiene facultades directas para que se cumpla de inmediato su orden. En tanto la acción de amparo, incluye una audiencia, y requiere instancia de ejecución de sentencia, el hábeas corpus se ejecuta inmediatamente, es más rápido, tal como lo preceptúa el art. 17 al disponer «...estándose a lo que decida el juez indicado».

Otro aspecto no menos importante es la mayor intensidad con que se debe actuar por ser sujetos en situación de vulnerabilidad derivada de la condición de privados de libertad y que se ve agravada porque se trata de adolescentes en pleno proceso de formación de su personalidad.

Las condiciones de reclusión inadecuadas provocan un efecto negativo irreversible de ese sujeto en desarrollo, quien verá cercenado a lo largo de su vida el ejercicio de sus derechos.

El Estado debe garantizar el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de estas personas (art. 32.1 Convención Sobre los Derechos del Niño) en tanto se encuentran en una etapa de maduración en la que se irán incorporando principios y valores que determinarán su futuro en la sociedad.

Otro argumento a favor de la utilización de este mecanismo de protección, refiere a la legitimación activa y pasiva: en tanto para entablar la acción de amparo la legitimación activa pertenece a quien ha visto vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, el hábeas corpus no requiere que coincidan el legitimado sustantivo y el legitimado procesal, resultando de esta forma el **mejor instrumento** para hacer valer los derechos de quienes se encuentran privados de libertad. La legitimación activa por ende alcanza a cualquier persona, no solo al detenido sino a cualquiera que tenga conocimiento de la presunta ilegalidad.

La persona privada de libertad, por la posición de sujeción en la que se encuentra, está colocada en situación de vulnerabilidad, y por lo tanto, la protección de sus derechos subjetivos requiere que se arbitren mecanismos más específicos para la tuición de los mismos.

En Uruguay, la legitimación pasiva, refiere siempre a la aprehensión dispuesta por una autoridad, en tanto la privación de libertad privada constituye delito.

El accionar tuitivo debe poseer mayor intensidad cuando la vulnerabilidad de la privación de libertad se ve exacerbada por la condición de persona menor de edad de quien la padece.

V. HÁBEAS CORPUS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En Uruguay, como garantía de la libertad física de las personas (art. 17 de la Constitución de la República), tiene su origen en la Constitución de 1918,

con la finalidad de protección de la libertad de locomoción, contra la prisión indebida o arbitraria.

El art. 72 de la Constitución de la República establece que a la enumeración de las garantías que se efectúa en la Sección Segunda, se le integrarán todas las otras que resulten **inherentes a la forma Republicana de Gobierno y a la protección de la dignidad de la personalidad humana**. Por esta **cláusula abierta**, adquieren rango constitucional las garantías y derechos recogidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado uruguayo. Así, el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 2º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligan al Estado a garantizar a las personas cuyos derechos o libertades reconocidos por tales instrumentos hayan sido violados, a disponer de un recurso efectivo ante autoridad competente prevista por el sistema legal, que decidirá sobre los derechos de quien lo interponga y hacer cumplir la decisión.

En tanto el art. 332 de la Carta Magna formula un criterio general de interpretación constitucional y métodos de integración del derecho en el plano infra constitucional para cuando no se cuente con adecuadas disposiciones legales que le confieran efectividad a los derechos protegidos en la Carta, al establecer:

«los derechos que la misma protege no dejarán de efectivizarse, porque carezcan de la reglamentación legal respectiva sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas».

La doctrina, tanto nacional como internacional, cuando se trata de interpretar un texto jurídico constitucional, recurre al método teleológico, en tanto el contenido básico de la Constitución es establecer los grandes fines a los que ha de servir la organización político-jurídica del Estado.

Del análisis de los mencionados arts. 72 y 332 de la Constitución se infiere que el constituyente pretendió dar a los derechos tutelados por la misma el carácter de derechos subjetivos perfectos. Estos Artículos deben ser interpretados en consonancia con el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza

En definitiva el ejercicio de tales derechos debe protegerse aún cuando falte la normativa reglamentaria necesaria a los efectos de conferirle plena efectividad.

La omisión del juez en admitir el accionamiento importa el incumplimiento de la función de hacer cesar inmediatamente el menoscabo del ejercicio de un derecho cuya lesión se denuncia. Más allá del tipo de instrumento usado para solicitar la protección de un derecho humano, importa protegerlo efectivamente.

Se ha discutido si se trata de una acción, de un recurso como lo denomina la Constitución, un juicio especial, etc.

Están quienes sostienen que nos encontramos ante un recurso considerando un medio impugnativo tendiente a corregir una decisión contraria a derecho; en tanto otra parte de la Doctrina entiende que no se trata de un medio de impugnación que se tramita en un juicio, sino de una acción que se desarrolla en un proceso de Derecho público constitucional.

VI. ALCANCE DEL HÁBEAS CORPUS COMO FORMA DE PROTECCIÓN FRENTE A TODAS LAS HIPÓTESIS DE PRISIÓN INDEBIDA

- a. **ordinario o preventivo** ante privación ilegítima o antijurídica de la libertad, ya ocurrida o que pueda acaecer;
- b. **correctivo**, cuando la privación de libertad no es antijurídica pero sí lo es su extensión (empleado para denunciar la demora en la resolución del proceso respecto a la situación del encarcelado en forma preventiva), o lo son las condiciones de reclusión (etapa de ejecución).

Al hablar de hábeas corpus correctivo debemos necesariamente detenernos en la interpretación del concepto de **prisión indebida** utilizado en el art. 17 de la Carta Magna. Este Artículo dispone:

«En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el juez competente el recurso de hábeas corpus, a fin de que la autoridad

aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el juez indicado».

De la armonización de las normas constitucionales y las convenciones o tratados internacionales, incorporados por ley a nuestro ordenamiento jurídico, debemos realizar una interpretación extensiva del art. 17 de la Constitución de la República, acorde con la teleología que orientó al constituyente derivada de un conjunto de presupuestos axiológicos, originada en la concepción jusnaturalista que inspira el ordenamiento constitucional de la República (art. 7), así como la aplicación extensiva, no restrictiva de los arts. 7 y 72 de la misma.

Casos en los que existe prisión indebida

- A. Cuando una persona es detenida sin que exista in fraganti delito o sin que haya semiplena prueba del mismo y orden escrita de juez competente (art. 15 Constitución).
- B. Cuando el detenido no es conducido a declarar ante el juez dentro de las 24 horas, y en caso de corresponder, no se inicie sumario dentro de las 48 horas de la detención (art.16).
- C. Cualquier otra hipótesis de privación ilegítima de la libertad ambulatoria. Este es el caso de aquellos que han sido derivados a clínicas por diferentes patologías, generalmente psiquiátricas, y al ser dados de alta existe demora de parte de las autoridades del establecimiento en realizar su traslado a un hogar de medio abierto, permaneciendo en éstas por más tiempo del debido.
- D. **Planteo hábeas corpus correctivo que tiene que ver con las otras hipótesis del principio de legalidad: casos de sometimiento a condiciones de reclusión lesivas de la dignidad humana, que trasgreden el principio de legalidad en su dimensión cualitativa, o inadecuadas para la consecución de la teleología que en ocasión de la pena ha de perseguir el Estado.**
 - a) Cuando exista tortura u otro apremio físico o moral (art.5 de la Declaración Universal de DD.HH.).
Se solicita el cese de violencia física (a vía de ejemplo, malos tratos, falta de alimentos), psíquica (amenazas, perturbación del descanso), o moral (exigencia de conductas deshonestas, impedir las visitas de familiares).
 - b) Cuando el establecimiento de detención no se corresponda con la legislación o la dignidad humana, o cuando el encierro no cumpla con la finalidad para la que fue dispuesto. El art. 26 de la Constitución esta-

blece que «... en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar,...» y refiriéndose a quienes están procesados o penados, dice, «...persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito».

VII. CONCLUSIONES

La falta de implementación de un recurso sencillo, rápido, efectivo ante los jueces o tribunales competentes a la que toda persona tiene derecho con el fin de exigir la salvaguarda de sus derechos fundamentales reconocidos, dispuesta por el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporado a la Constitución por imperio del art. 72, nos lleva a buscar en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo que reúna tales características. Ello se desprende de lo dispuesto por el art. 332 de la Carta Magna, que dispone que «Los preceptos que disponen derechos a los individuos, ... no dejaran de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva,...»

Son múltiples los motivos que llevan a considerar que el mecanismo adecuado de protección de los derechos de las personas privadas de libertad es el instituto del hábeas corpus correctivo, entre ellas: su inmediatez, no se celebra audiencia y no requiere instancia de ejecución de sentencia; la mayor intensidad con que se despliega el accionar tendiente a tutelar los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad por su condición de privados de libertad, y por tratarse de menores con personalidad en desarrollo.

Si bien la acción de amparo regulada por la Ley N° 16.011 cumple en parte con el propósito de tuición de los derechos fundamentales, no cuenta con las características de inmediatez y de eficacia establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, absolutamente necesarias cuando los derechos lesionados los padecen personas recluidas. El recurso de hábeas corpus en su moderna concepción, se nos presenta como el instrumento que cuenta sin dudas con las exigencias que la legislación internacional impone, para que se constituya en una garantía real de contralor del pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

El hábeas corpus correctivo en general debe formularse en forma colectiva. Estas acciones colectivas son expresión del contralor que debe ejercer el Poder Judicial de las políticas penitenciarias. Es inherente al Estado de Derecho que el Poder Judicial controle las políticas públicas y no hay por ello trasgresión del principio de separación de poderes.

VII. SÍNTESIS NORMATIVA

Derecho Interno

Constitución de la República

Derecho Internacional

Carta de las Naciones Unidas, por Ley N° 10.683 de 15 de diciembre de 1945, aprobándose la firmada en San Francisco, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y Acuerdos Provisionales.

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunidas en París el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, ratificados por Ley N° 13.751 de 11 de julio de 1969.

Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Ley N° 18.138 de 28 de setiembre de 1990.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986, ratificado por Ley N° 16.173 de 30 de marzo de 1991.

Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, Ley N° 15.798 de 27 de diciembre de 1985.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 29 de noviembre de 1985.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de la Habana), 14 de diciembre de 1990.

Derecho Interamericano

Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 29 de enero de 1966.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por Ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la OEA el 6 de diciembre de 1985, Ley N°16.294 de 11 de agosto de 1992.

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 17 de noviembre de 1988, Ley N° 16.519 de 22 de julio de 1994.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos: *Del amparo constitucional al amparo iberoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas: Instituto Americano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998.
- BALBELA, Jacinta, y Ricardo PÉREZ MANRIQUE: *Código de la Niñez y Adolescencia comentado y anotado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- BAZÁN, Víctor (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- BELOFF, Mary: «Luces y sombras de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño»», en *Justicia y Derechos del Niño*, Número 6, UNICEF, pág. 27.
- CASTRO, Alvaro; Cillero, Miguel; Mera, Jorge: *Derechos fundamentales de los privados de libertad: guía práctica con los estándares internacionales en la materia*, Santiago, UDP, Andrea Palet, 2010.
- CORREA FREITAS, Ruben, *Derecho Constitucional Contemporáneo Tomo I*, FCU, 3ª edición, Montevideo 2007.
- Derechos Humanos.- Seminario Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Héctor Gros Espiell (Coordinador), setiembre de 1998, AMF, Montevideo, 1999.
- FIX-SAMUDIO, Héctor, y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, 2006.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y María del Carmen BIANCHI (comp.): *Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos*, Buenos Aires: UNICRI y Galerna, 1991.
- GELSI BIDART, Adolfo, «Proceso de amparo en la ley de Uruguay», LALEY, cita Online D2554/2009
- VIERA, Luis: *Ley de amparo*, Montevideo: IDEA, 1993.
- FLORES DAPKEVICIUS, Ruben: *Garantías de los Derechos Humanos; el Hábeas corpus*, Montevideo, 2005, disponible en www.enj.org (tomado de www.ilustrados.com/publicaciones).
- HUERTA GUERRERO, Luis A. (Perú): «El proceso constitucional de Hábeas corpus en el Perú», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12º Año, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer, pág. 557.

LOVERA PARMO, Domingo: «Niño, Adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía», en *Justicia y Derechos del Niño*, Número 11, UNICEF, pág.11.

QUIROGA LEÓN, Aníbal (Perú): «El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional», pág. 377.

RISSO FERRAND, Martín: *Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos*, Montevideo: FCU, 2008.

SAGÜES, Néstor: *Hábeas corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

YORE ISMAEL, Noyme: «El Hábeas corpus como garantía constitucional en la legislación paraguaya», en *Revista Das Defensorías Públicas do MERCOSUL*, N° I, octubre de 2010.

IV

Herramientas de técnica forense

PRIMERA PARTE

El niño como sujeto de derecho

Apuntes sobre la ontología de la función jurisdiccional

Fabián Piñeyro¹²⁹

I. INTRODUCCIÓN

Ha transcurrido ya más de una centuria desde que comenzara a desarrollarse un arduo debate en el campo *ius filosófico* respecto de la naturaleza de la función jurisdiccional, que en un principio estuvo esencialmente pautado por la disputa teórica que se entablara entre los seguidores del denominado «realismo jurídico» y los adeptos al paradigma positivista. Pugna cuya consecuencia fundamental fue la de evidenciar la dimensión axiológica política que es inherente a la función jurisdiccional, obligando a una reformulación conceptual en torno a las fuentes de la legitimidad de las decisiones judiciales.

Determinado el carácter creativo del acto jurisdiccional se evidenció que su legitimidad no dependía exclusivamente de su eventual correspondencia con el tenor de la ley, sino también de la razonabilidad de los presupuestos cognitivos hermenéuticos que han de orientar la labor desarrollada por el magistrado encaminada a la formulación de la sentencia y la congruencia del contenido de ésta con los principios que estructuran el orden jurídico y los valores hacia cuya realización éste se orienta.

129 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Aspirante a Profesor adscripto a la Cátedra de Ciencia Política UDELAR.

La referida reformulación conceptual se proyecta necesariamente sobre la praxis de los operadores judiciales en tanto viene a imponerles a éstos nuevas exigencias argumentativas.

Este trabajo pretende dar cuenta del referido proceso de reformulación de los presupuestos de legitimidad de las decisiones judiciales en sus aspectos más generales, a través del señalamiento de las debilidades e insuficiencias de los presupuestos metodológicos sobre los que se cimentó el paradigma positivista y la descripción de los nuevos constructos teóricos que se han venido elaborando en torno a la naturaleza de la función jurisdiccional y las fuentes de legitimidad de las decisiones judiciales.

Asuntos que por las implicancias que poseen en el ámbito de la técnica forense se entendió necesario abordar al comienzo de este capítulo.

II. POSITIVISMO JURÍDICO. UN PARADIGMA EN CRISIS

Por positivismo jurídico ha de entenderse un conjunto de formulaciones teóricas que han venido desarrollándose en el trascurso de las últimas dos centurias en torno a la naturaleza de la función jurisdiccional, las que se originan en una particular concepción epistémica.

El referido corpus teórico ha inspirado por largo tiempo la praxis cotidiana de los tribunales.

El carácter esencialmente metodológico del positivismo no lo torna un cuerpo teórico carente de significativas implicancias axiológicas. La opción por la concepción epistémica sobre la que se sostiene el paradigma positivista importa también una elección ética, que en el ámbito de lo jurídico se traduce en una concepción particular en torno al vínculo entre el derecho positivo y la moral, entendiendo por esta última al conjunto de proposiciones valorativas portadoras de una vocación universalista derivadas de la racionalidad práctica.

Esta imbricación determina la pertinencia de denominar como positivista no solo a la ya referida concepción metodológica sino también a esa singular concepción en torno al vínculo entre la ley y la moral.

La epistemología positivista

La concepción positivista en torno a la naturaleza ontológica de la función jurisdiccional se sustenta sobre dos pilares conceptuales, uno de carácter epistémico cognitivo que no por ello es neutral en términos políticos y otro de estricta naturaleza político institucional que está referido al rol que según ciertas formulaciones teóricas le cabe cumplir al Poder Judicial y a la forma

en que éste ha de relacionarse con los otros Poderes Públicos y que en última instancia es expresión de una noción comunitarista de la democracia de rai-gambre rousseauniana que tiende a privilegiar al decir de Constan «la libertad de los antiguos sobre la libertad de los modernos¹³⁰». Pilar cuyo análisis excede el objeto de este trabajo.

A la concepción epistémica en la que se sustenta el paradigma positivista resulta pertinente denominarla *empirista*¹³¹ en función de cómo entiende el desarrollo de los procesos de orden cognitivo.

Dicha epistemología concibe al sujeto cognoscente como un receptor de percepciones; la representación de la realidad y ésta se confunden. La realidad se convierte en sinónimo de universo objetivo. En este marco conceptual la realidad posee una relación identitaria con el conjunto de los objetos, por ello ésta pre-existe al sujeto cognoscente al que le corresponde descubrirla; así concebida la *realidad* no se presenta como una construcción cognitiva sino como previa a la actividad que ha de desplegar el sujeto cognoscente. A éste le corresponde únicamente descubrir una realidad ya dada.

Esta manera de concebir el desarrollo de los procesos cognitivos y la relación entre el sujeto y la realidad erige como único método válido de conocimiento al experimental. Es a través de la percepción de la única forma en que puede llegarse a la *verdad*.

Es así como se llega a la conclusión que las únicas proposiciones respecto de las cuales se puede formular un juicio de validez son aquellas que son pasibles de verificación empírica, en tanto la dinámica de los procesos cognitivos debe estar orientada a develar, a descubrir, no a construir, ya que se le confiere estatus de *ilusorio* a toda idea cuya validez no pueda ser contrastada empíricamente.

Ello determina la imposibilidad de formular un juicio de validez en torno a cualquier proposición que no sea pasible de corroboración empírica, lo que posee efectos que se proyectan fuertemente en el campo de la ética o filosofía normativa. Aquellas proposiciones cuyo contenido no está referido

130 La libertad de los antiguos es la que refiere al derecho de los individuos a participar en los procesos de deliberación política de los que emergerán decisiones de cumplimiento obligatorio por todos los miembros de la comunidad. Por libertad de los modernos ha de entenderse el conjunto de derechos subjetivos de los que un individuo no puede ser privado por la comunidad y que refieren a las facultades que le permiten al individuo vivir de acuerdo a su particular concepción del bien.

131 Enrique Cáceres. «Inteligencia artificial, derecho E Justice». Boletín Mexicano de Derecho comparado. Número 116, agosto 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

a la descripción del *ser* sino al establecimiento de un cierto *deber ser*, no pueden ser objeto de un juicio de validez.

Es por ello, que optar por la referida epistemología implica hacer de forma concomitante una elección en el campo de la ética, so pena de incurrir en una grave incongruencia lógica.

La imposibilidad de formular un juicio de validez en torno a las proposiciones deontológicas nos conduce irremediablemente al relativismo moral, en tanto las reglas que una comunidad se da para sí no pueden ser objeto de interpelación ya que se torna imposible determinar objetivamente su validez; lo que a su vez, obsta cualquier ejercicio de estimativa jurídica, impidiéndonos determinar el carácter justo o injusto de una cierta norma jurídica o en qué grado un ordenamiento jurídico se acerca o no al ideal de Justicia.

Si no es posible determinar la validez objetiva universal de una proposición deontológica, entonces se carecerá de cualquier parámetro con el cual juzgar el derecho positivo vigente en una comunidad política determinada.

Sobre los ya referidos presupuestos epistémicos fue adquiriendo forma progresivamente una concepción positivista en torno a los métodos de interpretación del Derecho, la que le confirió status dominante al método exegético literal.

Dicha concepción metodológica fue el basamento sobre el que se erigió la teoría positivista en torno a la naturaleza de la función jurisdiccional.

En el marco de esta concepción el interprete del derecho es concebido como un descubridor, cuya labor principal ha de ser la de develar el contenido de la ley; este deberá atenerse al tenor literal de la norma; cuando de ésta no surja con claridad un mandato unívoco, aquel deberá continuar indagando entre los distintos textos jurídicos potencialmente aplicables al caso concreto a fin de poner al descubierto el verdadero mandato del legislador. La solución del conflicto jurídico ya existe, al intérprete le compete hallarla, aunque ésta no surja en forma prístina. Ella ya existe contenida en la ley; constituyéndose - entonces- el análisis gramatical de los textos legales en el instrumento metodológico principal¹³².

Descubierto el *verdadero* sentido de la ley¹³³ al tribunal le bastará un simple ejercicio de lógica silogística para resolver el conflicto jurídico que se le

132 Gianella Bardazano. «Interpretación del Derecho y discurso jurídico, y sus implicancias en el sistema penal juvenil», en UNICEF: Límite al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema de responsabilidad penal juvenil montevideano, Montevideo: UNICEF, marzo 2008.

133 Gianella Bardazano, obra citada.

plantea. El juez entonces, pasa a ser concebido como un mero aplicador de la ley, vaciando de todo contenido político y axiológico la función jurisdiccional.

Esta misma racionalidad metodológica estructura la labor cognitiva que desarrolla el tribunal con el objeto de determinar la verdad fáctica. La verdadera naturaleza de los hechos que son objeto del proceso está ahí, esperando ser develada.

Para acceder a dicha *verdad* al tribunal le basta observar el acaecimiento de cierto suceso; es mediante la descripción de esos hechos crudos que sin intermediación de ninguna especie el tribunal va a poder calificar adecuadamente los hechos que son objeto del proceso. De esta forma el proceso a través del cual se llega a la calificación jurídica de las circunstancias fácticas planteadas pierde su naturaleza hermenéutica, configurándose una relación identitaria entre los hechos y su calificación jurídica. El tribunal no se topa con acciones u omisiones humanas, sino directamente con contratos, incumplimientos, comportamientos negligentes, etc.¹³⁴, confiriéndole entonces, estatus de *objetivo* a dicha calificación, ocultando el hecho de que lo que nos permite calificar como contrato a una cierta colección de fenómenos es una noción previa, un concepto teórico de contrato, debiendo siempre el tribunal elegir entre más de una formulación teórica al respecto. De esta manera se concibe que el tribunal posee una relación inmediata, directa con los hechos olvidando que en la construcción de la representación de dichos hechos participa necesariamente la subjetividad del magistrado¹³⁵.

Esta manera de concebir la labor cognitiva que desarrolla el tribunal con la finalidad de determinar la naturaleza de las circunstancias fácticas que conforman el objeto del proceso viene a reforzar la noción de que la actividad que a éste le compete está exenta de toda implicancia valorativa.

A partir de los referidos presupuestos de orden metodológico el pensamiento positivista elaboró su particular concepción en torno a la naturaleza ontológica de la función jurisdiccional. El juez tiene por misión la realización práctica de la ley, le debe a ésta una estricta obediencia, no debiendo apartarse nunca del tenor literal de las disposiciones jurídicas. Un magistrado que además ha de actuar con total prescindencia respecto de los efectos prácticos que en el caso concreto acarree la aplicación del mandato abstracto y genérico contenido en la ley. Para el acometimiento de sus funciones a este juez le bastará realizar adecuados análisis silogísticos deduciendo mecánicamente de la ley la solución del caso concreto.

134 Enrique Cáceres, obra citada.

135 Enrique Cáceres, obra citada.

Es así como el paradigma positivista construye el imaginario de un juez ciego, titular de una inmaculada objetividad, casi ajeno en su función a las pasiones del mundo y un legislador omnisapiente constructor de un orden jurídico positivo capaz de responder a todos y a cada uno de los complejos asuntos que llegan a los estrados judiciales.¹³⁶

La crisis del paradigma positivista

Desde los albores mismos del Derecho moderno hasta entrado el siglo XX el positivismo detentó una hegemonía casi incontestada en el ámbito de la reflexión *ius filosófica*, inspirador de una praxis jurisdiccional que fuera por largo tiempo dominante en el mundo y que aún hoy continúa predominando en el Uruguay.

Comenzó a ser objeto de agudas críticas por parte de diversas corrientes *ius filosóficas* desde fines del siglo XIX, las que pusieron en evidencia sus carencias, insuficiencias e inconsistencias lógico racional, lo que ha provocado el ocaso del paradigma positivista en el ámbito teórico, el que sin embargo sigue detentando una gran vitalidad en la praxis.

La andanada de críticas que de distintas trincheras del pensamiento filosófico jurídico se lanzaron sobre el positivismo estuvo esencialmente dirigida a poner en evidencia que al magistrado para resolver el problema jurídico que se le presenta no le basta con meros análisis silogísticos.

Fue a partir de esta crítica a la concepción que en torno al razonamiento judicial habían formulado los teóricos positivistas que fue puesto en entredicho la validez misma de todo el esqueleto metodológico conceptual sobre el que se erigió el positivismo *ius filosófico*.

La naturaleza misma de la norma jurídica - proposición del *deber ser* genérica y abstracta-, la imposibilidad fáctica de que el legislador pueda prever todo el universo de situaciones que puedan originar un conflicto jurídico y el carácter trascendental de todo proceso cognitivo que determina que el conocimiento sea siempre el producto de la interacción entre la realidad objetiva y el sujeto cognoscente, hacen que al magistrado le resulte imposible formular la resolución de un caso concreto mediante el expediente de simples ejercicios silogísticos.

El carácter genérico y abstracto del tenor dispositivo de la norma jurídica obliga al tribunal a desarrollar antes de cualquier ejercicio deductivo una

136 Luis Recasens Siches: Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México, Porrúa, 1973.

labor orientada a conferirle sentido concreto a los dispositivos normativos de contenido indeterminado, debiendo avocarse el tribunal en primer lugar a la construcción de la premisa a partir de la cual podrá deducir la resolución del caso concreto. Conceptos tales como *buen padre de familia*, *diligencia media*, *interés superior del niño*, entre otros, no resultan aplicables sino después de que se les ha conferido un contenido concreto en función de la situación fáctica planteada.

Estos dispositivos abiertos obligan al magistrado a la realización de un juicio estimativo-valorativo en torno a las consecuencias que traería aparejado una cierta preferencia hermenéutica. El pretorio deberá tener en cuenta las consecuencias prácticas de su decisión debiendo siempre preferir aquella que importe la realización en el caso concreto del ideal de justicia, de los objetivos que conforman el horizonte axiológico del orden jurídico¹³⁷. En estas situaciones queda claramente evidenciada que la función del magistrado posee una dimensión axiológica y valorativa y que su actividad no se reduce a la mera praxis de ejercicios silogísticos.

El magistrado debe necesariamente en estos casos proceder a la construcción de una preposición concreta del *deber ser* aplicable a la situación planteada, lo que pone de manifiesto que la resolución del caso no se encontraba como tal contenida en la ley.

La aplicación de los referidos dispositivos jurídicos obliga al juez a desarrollar un razonamiento mucho más complejo que un mero silogismo. En tanto del tenor literal de las referidas disposiciones el juez no puede deducir el contenido dispositivo de la sentencia, ya que las mismas solo le señalan una orientación axiológica de carácter general, que de alguna manera configuran el marco dentro del cual deberá proceder a construir la resolución del caso.

Pero estas no son las únicas hipótesis en las que el magistrado debe desarrollar un razonamiento de tipo estimativo; la aplicación de dispositivos normativos de contenido mucho más concreto debe ser precedida también de un ejercicio orientado a conferirle un contenido aún más específico en función de las particularidades del caso.

Las carencias e insuficiencias del método silogístico se evidencia además cuando el tribunal se topa con una situación fáctica determinada que puede resultar aparentemente comprendida dentro del ámbito objetivo de aplicación de una cierta norma jurídica, pero si el magistrado procede a deducir la resolución del caso partir de dicha norma, se generarían consecuencias

137 Luis Recasens Siches: Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Porrúa, 9na. edición, 1986.

opuestas o disimiles a las que razonablemente pretendía generar el legislador con la sanción de dicha norma¹³⁸ y ello como consecuencia de que no le fue posible al legislador prever la ocurrencia de tales circunstancias fácticas.

En estas hipótesis paradójicamente el celo positivista por la aplicación estricta del tenor literal de la ley puede resultar en la aplicación de soluciones contrarias a los valores que una comunidad pretende realizar a través del Derecho¹³⁹

Antes de determinar cuál es la premisa a partir de la cual se ha de deducir la resolución del caso planteado, el magistrado deberá arribar a una cierta conclusión en torno a la naturaleza de la situación fáctica, en tanto en la norma jurídica se establece que deberá seguirse un cierto mandamiento genérico del *deber ser* toda vez que ocurra una determinada hipótesis de hecho.

Ello requerirá que el juez realice un proceso de aprehensión cognitiva de las circunstancias de hecho, a fin de establecer una calificación jurídica de las mismas.

Al tribunal se le presentara siempre un conjunto de hechos que deberá ordenar y clasificar¹⁴⁰, solo después de haber emprendido dicha labor se encontrara en condiciones de proceder a calificarlo jurídicamente.

Este proceso de carácter cognitivo se desarrolla necesariamente siguiendo un movimiento que va desde la subjetividad del magistrado a los hechos del caso.

El juez deberá efectuar aquel proceso de ordenación, clasificación y selección que resulte más ajustado a parámetros de racionalidad universalmente aceptables. Esto es ceñido a criterios sustentado en la razón pasibles de ser calificados como válido por todo sujeto racional y no derivado de la particular concepción del bien a la que adscriba el magistrado¹⁴¹

Todo ello evidencia las insuficiencias de la metodología positivista y el carácter insatisfactorio de los resultados que trae aparejado una praxis jurisdiccional desarrollada conforme a dicho marco metodológico.

La naturaleza misma de la norma jurídica y la propia ontología de los complejos procesos cognitivos y hermenéuticos que debe desarrollar el magistrado para la resolución de un caso le confieren a la función jurisdiccional una naturaleza mucho más compleja que aquella que le asignaban los teóricos positivistas.

138 Luis Recasens Siches, Obra citada.

139 Luis Recasens Siches, Obra citada.

140 Enrique Cáceres, obra citada.

141 Julio De Zan: *La ética, los derechos y la justicia*. Fundación Konrad Adenauer-Stiftung E.V., 2004 Montevideo.

III. LA NATURALEZA ARGUMENTATIVA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Develada la falsedad de los presupuestos metodológicos sobre los que se cimentó el paradigma positivista la reflexión *ius* filosófica comenzó paulatinamente a orientarse por la senda intelectual que posibilitara la construcción de una nueva concepción en torno a la naturaleza ontológica de la función jurisdiccional.

Esta nueva concepción debió sustentarse en presupuestos epistémicos diferentes a los que sirvieron de base para la formulación del paradigma positivista.

La crisis del positivismo puso en evidencia el carácter complejo de la función jurisdiccional develando la dimensión axiológica y política que es inherente a la misma, lo que trajo aparejado que desde diversos campos del pensamiento filosófico se comenzara a diseñar y a construir nuevos marcos teóricos conceptuales a partir de los cuales abordar el análisis de la naturaleza ontológica de la función jurisdiccional, los que tienen como denominador común principal el señalamiento del carácter esencialmente argumentativo de la misma.

Estos nuevos marcos teóricos se han elaborado a partir de una epistemología de corte racionalista que erige a la razón como parámetro esencial de la verdad. Una proposición será válida en tanto pueda ser demostrada su razonabilidad.

Una epistemología que concibe a la realidad como un producto de la actividad desplegada por el sujeto cognoscente¹⁴², en el que el mundo objetivo y su representación no se confunden; en la que la praxis experimental es concebida como uno de los métodos posibles a través de los cuales demostrar la razonabilidad de una proposición; que admite la posibilidad de formular un juicio de validez en torno a una proposición deontológica permitiendo la formulación de una moral de vocación universalista que sirva de parámetro con el que juzgar la validez de las normas imperantes en una comunidad determinada; parámetros que por su vocación universalista están dotados de una validez transcultural lo que los convierte en un estándar a partir del cual formular un análisis de estimativa jurídica orientado a determinar el grado de validez axiológico- racional de una norma jurídica en particular o de todo un ordenamiento jurídico positivo en general¹⁴³.

142 Enrique Cáceres, obra citada.

143 Julio de Zan, Obra citada.

Sobre estos presupuestos de orden epistémicos fue posible elaborar una nueva conceptualización en torno a la legitimidad de las decisiones judiciales en el marco de los modernos Estados de Derecho.

En el contexto teórico positivista la legitimidad del mandato judicial descansaba en la ciega obediencia prestada al tenor literal de la ley sancionada por los órganos políticos cuyos integrantes habían sido democráticamente electos; pero develado el carácter creativo del acto jurisdiccional, su naturaleza eminentemente axiológica y política se debió proceder a la construcción de todo un nuevo corpus teórico en torno a la fuente de la legitimidad judicial.

¿Sobre qué bases se puede establecer la legitimidad de una decisión judicial cuando el órgano del que emana la misma no es expresión de la voluntad popular? Esta ha sido la pregunta a la que el moderno pensamiento *ius* filosófico ha tratado de dar respuesta.

A través de dos vías distintas se ha venido construyendo un conjunto de conceptualizaciones que han permitido contestar satisfactoriamente dicha interrogante.

Una está referida a conferirle validez a la naturaleza contra-mayoritaria del Poder Judicial, formulada a partir de una conceptualización de la democracia que concibe a la soberanía popular como un poder jurídicamente limitado en tanto se le reconoce a toda persona la titularidad de un conjunto de derechos sobre los que la comunidad no puede válidamente disponer en tanto esta ha nacido para tutelarlos y garantizarlos.

Y la otra, orientada a la estructuración de parámetros que permitan determinar la validez de las opciones axiológicas contenidas en la sentencia a través de la demostración argumentativa de su racionalidad¹⁴⁴. Si la validez de una proposición depende de la posibilidad de demostrar argumentativamente su racionalidad entonces será posible determinar la validez de las proposiciones deontológicas que orientaron el fallo judicial y establecer parámetros que nos permitan discernir cuando el magistrado ha incurrido en una praxis arbitraria o ha tomado una decisión legítima; si es posible determinar argumentativamente la validez universal de una opción valorativa estaremos en condiciones de definir cuando un magistrado se ha atendido a preferencias valorativas universalmente aceptables o ha optado por aquellas que son inherentes a su propia visión de la vida, incurriendo en este último caso en una praxis de poder arbitrario. De esta forma será posible establecer parámetros que nos permitan

144 Julio de Zan. Obra citada. Habermas Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid 1987.

determinar cuando el Poder Judicial o los órganos jurisdiccionales en su condición de poder contra- mayoritario han operado de forma legítima o arbitraria.

La posibilidad de formular un juicio de validez de las proposiciones deontológicas hace concebible la emergencia de una normatividad social cimentada en la razón y no en preferencias meramente subjetivas, permitiéndonos distinguir entre *ethos* y moral¹⁴⁵.

Uno de los logros jurídico-axiológico más importante de la Modernidad ha sido el de reconocer a los individuos su derecho a vivir de acuerdo a su particular concepción del bien, *ethos*¹⁴⁶ o concepción omnicomprendensiva razonable¹⁴⁷, lo que importó una escisión entre el *ethos* y el Derecho. Es inherente a las sociedades democráticas liberales contemporáneas el que el Estado asuma una actitud de estricta neutralidad respecto de las distintas concepciones *del bien*, existentes en la comunidad, lo que no importa una neutralidad moral¹⁴⁸.

El Estado legitima su existencia en el pacto originario; hemos acordado establecer una cierta institucionalidad política con el objeto de ver garantizado el pleno ejercicio de nuestros derechos fundamentales. La institucionalidad política existe para la realización de aquellos principios que al decir de Rawls «dimanan del consenso entre cruzados», esto es, valores aceptables por todos los miembros de la sociedad con independencia de su particular concepción del bien.

Una decisión judicial será legítima en tanto exprese una preferencia axiológica congruente con los referidos principios. Toda vez que un magistrado formula su decisión judicial a partir de una preferencia valorativa subjetiva derivada de su particular concepción del mundo está trasgrediendo una regla básica de la democracia liberal, la que ordena al Estado asumir una actitud de neutralidad respecto de las distintas concepciones del bien, existentes en la sociedad¹⁴⁹.

La naturaleza política de la función jurisdiccional

La praxis deliberativa que se desarrolla en el marco de un procedimiento judicial y el propio acto jurisdiccional posee una naturaleza eminentemente

145 Julio De Zan. Obra citada.

146 Julio De Zan. Obra citada.

147 Johns Rawls. *El Liberalismo Político*. Editorial Crítica 1996, Barcelona.

148 Julio De Zan. Obra citada.

149 Principio que resulta normativamente consagrado en el inciso segundo del Artículo 10 de la Constitución de la Republica.

política. El proceso es un acto político, de características muy peculiares pero un acto político al fin si nos atenemos a una noción de deliberación política congruente con el concepto de Estado de Derecho. La noción de Estado de Derecho nos remite a una configuración política y social en la que la praxis política se encuentra jurídicamente reglada.

El Estado de Derecho es una derivación de la concepción contractualista del orden social, en la que el Derecho pre-existe a la política; un acto de indubitable naturaleza jurídica –el contrato –es el constitutivo de la organización político institucional.

La sociedad deja de ser entendida como el producto del natural instinto gregario del hombre tal como lo entendiera Aristóteles y pasa a ser concebida como una construcción racional.¹⁵⁰

Sobre una nueva antropología en la que el hombre es visto como un fin en sí mismo- Kant- titular de una dignidad intrínseca y de derechos de los que no puede ser despojado, ni siquiera por una decisión democrática, va a adquirir forma el contractualismo como paradigma socio político.

La sociedad emerge de un acuerdo que tiene por contenido esencial establecer una estructura institucional que les garantice a todos los hombres el pleno ejercicio de sus derechos.

El hombre deja de ser el *zoon politikon* solo concebible en el seno de la comunidad para erigirse en el hacedor del orden político y en titular de derechos oponibles a la comunidad.

El contractualismo es la expresión política de una nueva antropología centrada en el concepto de individuo. Antropología que afirma el derecho de todo hombre a ser el hacedor de su propio destino y que re-significará las relaciones del individuo con la comunidad; delimitando claramente las esferas de lo público y de lo privado, estableciendo límites infranqueables a la deliberación política, a la que le está vedado introducirse en la esfera de lo privado; lo que va a definir dos espacios de competencia, uno sobre el que puede desplegarse legítimamente los poderes comunitarios y otro estrictamente reservado al arbitrio individual.

Es así como emerge el Estado de Derecho, una configuración institucional en la que la praxis política esta jurídicamente reglada. Todos los procesos de toma de decisión que se desarrollan en una sociedad democrático liberal han de estar circunscripto dentro de los referidos contornos. La política como praxis encaminada a la toma de decisiones de observancia obligato-

150 Atilio Boron (Compilador): *La filosofía política Moderna de Hobbes a Marx*, Buenos Aires, EU-DEBA, 2000.

ria y cuyo cumplimiento es respaldado con el poder coactivo se encuentra jurídicamente regulada por normas que no solo determinan las reglas, los procedimientos a seguirse para la toma de esas decisiones, sino también por normas que refieren al contenido de las decisiones políticas en tanto vedan a los poderes comunitarios afectar los derechos individuales.

De igual forma en el ámbito de la función jurisdiccional se toman decisiones de cumplimiento obligatorio mediante un procedimiento deliberativo jurídicamente regulado tanto en su forma como en su contenido; sin perjuicio de las notables diferencias existentes entre los procesos deliberativos que se desarrollan en el seno del foro judicial y los que se realizan en el ágora, no ha de perderse de vista las zonas de analogías que entre ellos se configuran.

Es a través del reconocimiento de la dimensión política axiológica inherente a la función jurisdiccional y no a partir de su negación que debe construirse cualquier teorización en torno a los presupuestos metodológicos de los que podrán emerger decisiones judiciales imbuidas de legitimidad política y social.

Las complejidades del razonamiento judicial

Una vez determinado el carácter eminentemente político de la función jurisdiccional y la naturaleza creativa de la sentencia, se hace evidente la complejidad del razonamiento judicial.

La dimensión teleológica de la norma de derecho

El juez no ha de perder de vista – si su pretensión es el dictado de una sentencia legítima- el carácter instrumental de toda norma de derecho, la que tiene por contenido esencial impregnar la vida social de unos ciertos valores¹⁵¹, por ello deberá estar atento a las consecuencias prácticas que acarree su resolución debiendo siempre preferir aquella solución que resulte más congruente con los principios y valores hacia los que se orienta el orden jurídico en su conjunto.

Por ello, cuando la aplicación de una norma frente a una situación determinada, genere efectos diferentes a los que el legislador pretendía alcanzar con el dictado de la misma, se deberá excluir dicha hipótesis del ámbito objetivo de aplicación de la referida norma¹⁵².

151 Luis Recasens Siches. Obra citada.

152 Luis Recasens Siches. Obra citada.

Pero ¿cuáles son los efectos que el legislador pretendió alcanzar con el dictado de la norma?

La única manera posible de responder satisfactoriamente dicha interrogante es mediante la determinación de los efectos que normalmente acarrea la aplicación de dicha disposición en la generalidad de las situaciones comprendidas dentro de su ámbito objetivo de aplicación.

No resultando procedente –en términos lógicos racionales- recurrir al expediente de indagar en la psicología del legislador y ello –entre otras razones- porque ese legislador ideal no existe en la realidad, en tanto la ley no es el producto de un hacedor singular sino el resultado de complejas negociaciones entre diversos actores de poder existentes en la sociedad.

La praxis argumentativa

La legitimidad de una decisión judicial depende en gran medida de la razonabilidad de los presupuestos que guiaron la actividad que el magistrado desarrolló encaminada a la determinación y calificación jurídica de las circunstancias fácticas del caso.

El juez ha de ceñirse a parámetros sustentados en criterios de racionalidad universalmente aceptables y es atendiendo a dichos parámetros de racionalidad que el juez ha de valorar y calificar jurídicamente la situación planteada. Cuando al magistrado le corresponda por ejemplo determinar cuál es el mejor hogar para el desarrollo de un niño lo deberá hacer atendiendo a parámetros axiológicos portadores de una vocación universalista y no en base a su particular concepción de las características que debe poseer un hogar.

La preferencia que efectúe el magistrado debe poder sustentarse en parámetros de racionalidad aceptables para todas las personas con total prescindencia de la particular concepción del bien a la que adhieren. En caso contrario se estaría trasgrediendo un principio esencial inherente a toda sociedad democrático liberal: la neutralidad del Estado frente a las distintas concepciones del bien.

En todos los casos el discurso argumentativo judicial debe deslizarse por lo que Rawls denominó «la razón y el discurso público», orientado siempre de acuerdo a proposiciones deontológicas pasibles de ser universalmente aceptadas; proposiciones cuya validez se pueda reconocer con prescindencia del *ethos* personal¹⁵³.

La labor esencial que le corresponde al magistrado es de naturaleza argumentativa y la misma ha de estar orientada a la creación de un mandato jurídico concreto cuya legitimidad descansa en su congruencia con el derecho positivo y en la razonabilidad de los presupuestos axiológicos y cognitivos que guiaron la creación de ese acto jurídico.

El único mecanismo a través del cual pueden formularse los referidos presupuestos axiológicos y cognitivos es el de la confrontación argumentativa; la formulación de los referidos presupuestos requiere de un ejercicio previo de contrastación que permita determinar que efectivamente existen buenas razones que les confieren validez a los mismos. Sin el desarrollo de esa pugna argumentativa difícilmente pueda arribarse a una decisión judicial imbuida de legitimidad política y social¹⁵⁴.

La legitimidad de una decisión judicial descansa en la existencia de buenas razones que la justifican, fundamentan y por ende legitiman. La sentencia podrá ser legítima solo si es el producto del debate argumentativo racional entre todas las partes del proceso. Ningún sujeto puede por sí mismo determinar la razonabilidad de una proposición, ello solo será posible mediante la interacción argumentativa con otro sujeto¹⁵⁵.

Todo esto evidencia que la posibilidad de arribar a una decisión imbuida de legitimidad política y social depende de la conducta que asuma no solo el tribunal sino todos los sujetos del proceso. Será su disposición a la contrastación de las razones que sustentan sus pretensiones o decisiones, la que determinará que se arribe la formulación de una decisión legítima.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARDAZANO, Gianella. «Interpretación del Derecho y discurso jurídico, y sus implicancias en el sistema penal juvenil», en UNICEF: *Límite al poder punitivo. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema de responsabilidad penal juvenil montevideano*, Montevideo: UNICEF, 2008.

CÁCERES, Enrique: «Inteligencia artificial, derecho E Justice», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, n.º 116, agosto 2006.

154 Julio De Zan. Obra citada

155 Jürgen Haberman. Obra citada

DE ZAN, Julio: *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus 1987.

RAWLS, John: *El liberalismo político*, Barcelona: Crítica, 1996.

RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México: Porrúa, 1973.

— Tratado general de filosofía del derecho, México: Porrúa, 9.ª ed., 1986.

SEGUNDA PARTE

Escritos judiciales

Fabián Piñeyro¹⁵⁶

Seguidamente se presentan una serie de escritos judiciales, todos formulados por distintos operadores judiciales del país, a excepción del referido a la protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales que fuera elaborado específicamente para ser incluido en esta publicación a fin de complementar temáticamente la serie de modelos que se presentan.

I. ACCIÓN DE AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERTAD

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de Turno

El Ministerio Público - *Fiscalía Letrada de la República*, Nacional, en lo Civil, de Tercer Turno, constituyendo domicilio electrónico: FISNALCIV3@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, y con Despacho en la calle Sarandí N° 662, planta baja (ANTEL: 29159566), DICE:

Deduce acción de amparo para la protección de los derechos de adolescentes, contra el Servicio Descentralizado del Estado INSTITUTO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DEL URUGUAY -INAU-, con domicilio en la calle Piedras N° 482, y contra el ESTADO - PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL -MIDES- con domicilio en la Avda. 18 de Julio N° 1453, en razón de las siguientes consideraciones.

156 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Aspirante a Profesor adscripto a la Cátedra de Ciencia Política UDELAR.

Hechos

1. El INAU, con conocimiento del MIDES, se apronta a recluir adolescentes que son privados de su libertad por orden judicial, en *módulos* o *contenedores metálicos*, ya dispuestos esos efectos en un inmueble ubicado sobre la Avda. Gral. Flores, casi Bvar. Artigas, y vecino al edificio del Programa de Medidas Socio Educativas de base Comunitarias - PROMESEC. A todas luces, deviene claro que tal tipo de habitáculos *metálicos* no son recintos adecuados para la internación o reclusión de menores de edad respecto de los que el Estado tiene deberes constitucionales y legales de protección.
 - 1.1. Con ello, la provisión de las referidas *mazmorras metálicas* deviene demostrativa de que las instituciones públicas contra las que se deduce la presente acción de amparo especial continúan siendo inconsecuentes con aquella responsabilidad pública que significa la asunción, por parte de la República Oriental del Uruguay, del denominado *Derecho Penal Juvenil*.

Para bien o para mal-, desde la vigencia del art. 25 de la llamada Ley de Seguridad Ciudadana, 16.707, de 12 de julio de 1995, con la nueva redacción del art. 114 del Código del Niño del año 1934, y, luego, profundizado, con la entrada en vigor de los arts. 69 y ss. del denominado Código de la Niñez y la Adolescencia, la ley 17.823, de 7 de setiembre de 2004, rige en el país un *Derecho Penal Juvenil*. Y con él, tórnanse evidentes sus inexorables consecuencias: la rebaja de la imputabilidad a los trece años de edad, la aplicación a los adolescentes de un Derecho Penal, a través de un proceso penal juvenil y con la posibilidad de la imposición judicial a los mismos de condenas con privación de su libertad. Pues bien, todo ello acarrea, también inexorablemente, que el Estado esté obligado a tener *Centros de Reclusión Juvenil*, *Cárceles Juveniles*, en donde sea posible hacer efectivas aquellas privaciones de libertad de adolescentes decididas en las respectivas decisiones judiciales. Va de suyo que no satisface tal designio legal la provisión de las descritas *mazmorras metálicas*. Podrán servir como *cárceles*, o como *jaulas*, al estilo de las del Parque Lecocq, mas no como recintos adecuados para recluir a una población juvenil, y menos como habitáculos finalísticamente destinados para *rehabilitar* o *reeducar* a ser humano alguno. Más bien, puede decirse que vienen a realizar un propósito ajeno y opuesto: el de *mortificar*, el de *torturar*, o, expresado de otro modo, el de constituirse en una suerte de *horno de*

microondas, donde sólo se recalentarán odios y resentimientos de esa juventud.

Precisamente, de lo que se trata, con la acción de *amparo especial* que se promueve, es conseguir, que, mediante una decisión judicial en protección de aquellos derechos que resguardan a los adolescentes privados de libertad, se prohíba a las instituciones públicas demandadas la utilización o el funcionamiento de los referidos *módulos metálicos* como recinto para la reclusión o internación de jóvenes privados de libertad. Se obra en procura de una adecuada defensa de sus *intereses colectivos* (o *difusos*) comprometidos.

- 1.2. En el Informe del *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*, MANFRED NOWAK, de 21 de diciembre de 2009, ya se observó al Uruguay en cuanto a que *la situación de los adolescentes internados es alarmante, basándose el sistema de internamiento en un enfoque punitivo y en el cual a los adolescentes se los encierra durante 22 horas en sus celdas*. Y con relación a similares instalaciones carcelarias para mayores de edad, sentenció: «*En el penal de Libertad, frente al edificio central, hay un módulo exterior con chapa metálica (Las Latas) en las que los internos se hacinan como animales enjaulados*».

Con los *módulos metálicos* aquí denunciados se perpetúa tal situación. Los recintos metálicos previstos, cual moderna *Bastilla*, son indignos para el encierro de cualquier ser humano. Son peores que *jaulas*.

Contradictoriamente, mientras el mismo Estado demandado, y con loables propósitos, organiza protocolos para combatir la *violencia intrafamiliar contra los jóvenes*, sin embargo, desde su seno, prohija formas similares de violencia, violencia institucional, configurando una notoria *ejemplaridad negativa*. Mientras, con acierto, instaura procedimientos para detectar la violencia de padres respecto de sus hijos, la emplea respecto de los menores bajo su guarda, encerrándolos en *contenedores metálicos*. Su deber de coherencia fracasa.

Y, por ello, además, cuando desde las autoridades públicas se reclama, *que no se avance en procesos de deshumanización, que somos poco amigos de la gente joven, que no hay que crear elementos de segregación ni generar visiones punitivas y sancionadoras, y que los menores infractores se coloquen en el lugar de la víctima*, en ejercicio de idéntica empatía, cabría exigirle a esas mismas autoridades públicas que a la hora de recluirlos en *contenedores metálicos* también se pongan en el lugar de ellos.

Prueba

2. Se ofrecen probanzas.

2.1. Se adjunta la siguiente *prueba documental*: «INAU - Protocolo de Intervención para Situaciones de Violencia para niños, niñas y adolescentes», de noviembre de 2007; «*En un sistema carcelario en «crisis» la rehabilitación de los menores infractores «no tiene solución inmediata», dijo Jouroff*», del Semanario Búsqueda, de 10 de diciembre de 2009; «*Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, Manfred Nowak - Misión Uruguay*», de 21 de diciembre de 2009; «*Uruguay: Nuevo «HOGAR» del INAU para menores infractores*», página digital El Polvorín, de 22 de marzo de 2011; «*INAU estrena 50 nuevas plazas para jóvenes privados de libertad*», del Diario Últimas Noticias, de 24 de marzo de 2011; «*Enlatados*», del Semanario Brecha, de 25 de marzo de 2011; «*DESVIOS EN CONDUCTA JUVENILES SON RESPONSABILIDAD «PURA Y DURA» DEL MUNDO ADULTO*», en la página digital de la Presidencia de la República, www.presidencia.gub.uy, de 29 de marzo de 2011; «*INAU inaugura un «hogar» basado en contenedores*», del Diario El País, de 30 de marzo de 2011; «*Presentan protocolo contra la violencia dirigida a los niños*», del Diario La República, de 30 de marzo de 2011; «*Funcionaria del INAU es investigada por fotos*», de Últimas Noticias, de 30 de marzo de 2011; «*Nuevos espacios para adolescentes en conflicto con la ley*», en página digital del INAU, www.inau.gub.uy, al 30 de marzo de 2011; «*Unifican criterios de actuación en casos de violencia familiar*», de El País, de 31 de marzo de 2011; «*Presentaron protocolo para atender violencia contra niños*», de La República, de 31 de marzo de 2011; «*El FA avala la reclusión de menores en contenedores*», de Últimas Noticias, de 31 de marzo de 2011; «*Módulos «no son latas»*», de La República, de 1º de abril de 2011; «*INAU busca que infractores asuman culpas poniéndose del lado de víctimas*», de La República, de 1º de abril de 2011; «*La manzana envenenada*», del Diario El Observador, de 7 de abril de 2011; y «*Mujica responsabilizó a los padres de jóvenes por consumo de drogas*», de La República, de 7 de abril de 2011.

2.2. Se solicita se INTIME al INAU la agregación, para la audiencia de rigor, de un testimonio completo de todos los expedientes administrativos que refieran a los citados módulos metálicos, bajo apercibimiento.

- 2.3. Se pide requiera al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7º Turno la agregación de un testimonio completo de los autos presumariales ficha 2-40986/2010, oficiándose.
- 2.4. Se impetra que se convoque a declarar en audiencia, en calidad de TESTIGOS y sobre los hechos denunciados, a las siguientes personas, bajo apercibimiento de conducción por la fuerza pública, y cometiéndose la citación al Sr. Alguacil:
 - 2.4.1. Sr. LUIS PEDERNERA, que será citado en el domicilio de Plaza Independencia N° 1376, piso 8, sede del Comité de Derecho del Niño del Uruguay;
 - 2.4.2. Sra. MARIELA ALVARIZA, funcionaria del INAU, quien será citada a través de esa misma institución;
 - 2.4.3. Dr. JAVIER SALSAMENDI, Presidente del Directorio del INAU, quien será citado en el domicilio de dicha institución pública;
 - 2.4.4. Sr. JORGE JOUROFF, Director del Sistema de Ejecución de Medidas a Jóvenes en Infracción - SEMEJI-, del INAU, en cuyo domicilio será citado.
- 2.5. Se pide que el Juzgado realice una *inspección ocular* de los *módulos metálicos* denunciados, pudiendo requerir la Sede Judicial los asesoramientos de los técnicos que entendiere del caso para su diligenciamiento.

Derecho

3. Según el art. 43 de la Constitución de la República, *la delincuencia infantil estará sometida a un régimen especial*.
 - 3.1. Por su parte, para la ley 17.823, ese *régimen especial* consiste en el *sometimiento de aquellos menores que incurran en delito a partir de los trece años de edad a un régimen de responsabilidad penal juvenil* (§ 69 y ss.). Termina de instaurar un *Derecho Penal Juvenil*. Esto entrañó -como ya se dijo-, *la rebaja de la inimputabilidad penal a los trece años de edad* [§ 70, § 71, § 73, § 74 B, § 75, § 77]; es decir, implicó la modificación del art. 34 del Código Penal. [En el pasado, el suscrito Fiscal ya advertía sobre los inconvenientes que ocasionaba, en pos de un supuesto mayor *garantismo*, la asunción, en materia de menores, de un Derecho esencialmente punitivo o represivo como lo es todo Derecho Penal. Lo hacía en una monografía titulada

«LA PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ¿PARADIGMA O PARALOGISMO?. El experimento uruguayo: Hacia la criminalización del proceso de menores (Acerca del Derecho Penal Juvenil o cuando «el discurso pseudo-progresista se junta con el discurso represivo», LJU, T. 125, enero-febrero 2002].

Y la instauración del mentado *Derecho Penal Juvenil*, o de un *sistema penal juvenil*, como algunos dan en llamarlo, conduce a una inexorable posibilidad: a la aplicación judicial de un régimen de privación de libertad, vale decir, *carcelario*, y respecto de los adolescentes que infrinjan la ley penal.

Esto determina qué, entonces, también pasen a ser perfectamente aplicables, deban ser aplicables, los arts. 26 de la Constitución de la República y 286 del Código Penal:

En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y si sólo para asegurar a los procesos y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito (§ 26 cit.). El funcionario público encargado de la administración de una cárcel, de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada que cometiere con ella actos arbitrarios o la sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos, será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría (§ 286 cit.).

Con estos preceptos, asimismo debe tenerse presente lo establecido en el Decreto-Ley 14.470, de 11 de diciembre de 1975 (§ 1º, § 7º, § 20, § 48).

Más recientemente, la Ley 18.026, de 25 de setiembre de 2006, definió a la *tortura* como *todo acto por el cual se inflija dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales, el sometimiento a pena o tratos crueles, inhumanos o degradantes y todo acto tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental aunque no cause dolor o angustia física.*

A su vez, la ley 17.823 prevé una serie de preceptos, que procuran asegurar la protección de los derechos de los adolescentes privados de libertad, para cuando se la ha dispuesto judicialmente al tenor del régimen de *responsabilidad penal juvenil* que ella instala.

A saber:

El adolescente privado de libertad será tratado con la humanidad y respecto que merece la dignidad inherente a la persona humana. Ningún adolescente será sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos y

degradantes, ni a experimentos médicos o científicos [§ 74 D)]. El régimen de privación de libertad consiste en recluir al adolescente en un establecimiento que asegure su permanencia en el recinto, sin menoscabo de los derechos consagrados en este Código, las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales (§ 89 + § 4º). En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor (§ 91). Todos los derechos y deberes establecidos en orden a la ejecución de las medidas socioeducativas, se aplicarán, en lo pertinente, a todo tipo de privación de libertad [§ 102 C)].

La citada ley remite a los instrumentos internacionales, y en tal sentido, entre otros, han de tenerse presentes los siguientes.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por la Ley 16.137, de 28 de setiembre de 1990, edicta análogos preceptos a los antes referidos (§ 37, § 39 y § 40). También son de aplicación la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por la Ley 15.737, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de Ginebra de 1955, las Reglas Mínimas uniformes para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33, de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Resolución 45/112, de 1991, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución N° 45/113, de 1991.

A modo de ejemplo, los citados instrumentos internacionales prevén:

Que todo menor privado de su libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad (§ 37 Conv. D. del Niño). Que respecto de los menores privados de su libertad están prohibidas todas aquellas modalidades que importen un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los encierros y los aislamientos (§ 67 R.M. para el tratamiento de menores privados de libertad, § 5º Decl. NNUU de 1948, § 5º Pacto de S.J. de C.R.). Que en el tratamiento de los mismos se tendrá por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo

en la sociedad. Que recibirán cuidados, protección, y toda la asistencia -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran debido a su edad, sexo, personalidad y en interés de su desarrollo sano (§ 26 R. de Beijing). Que los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la dignidad humana y que el diseño de los centros deberán responder a la finalidad de su rehabilitación (§ 12 R.M. para el tratamiento de reclusos, por remisión del § 27 R. de Beijing, y § 31 y § 34 R.M. para el tratamiento de menores privados de libertad).

- 3.2. Conforme a la ley 17.823, el INAU tiene asignada *la administración de aquellos establecimientos destinados al cumplimiento de privaciones de libertad de adolescentes dispuestas judicialmente.*

El cumplimiento de las medidas de privación de libertad son de responsabilidad exclusiva, irrenunciable e indelegable del Estado (§ 92). El INAU reglamentará el funcionamiento de los establecimientos donde se cumplen las medidas privativas de la libertad (§ 101). Y todo ello teniendo presente que el Estado protegerá a todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción y que las acciones del INAU deberán priorizar a los más desprotegidos y vulnerables (§ 14 y § 68 + 7º, § 15, § 21, § 24).

Asimismo, al MIDES le corresponde la tutela administrativa del INAU, y, con ello, la regulación, promoción, seguimiento y monitoreo de las actividades de las entidades estatales que actúan en materia de juventud (§ 8º y § 9º 17.866, de 21 de marzo de 2005, § 197 y § 198 Const.).

- 3.3. De producirse la reclusión de adolescentes en los *módulos metálicos* denunciados, se los estará sometiendo a rigores no permitidos, a un trato puramente represivo, indigno a su calidad de personas y ajeno y opuesto a todo designio de rehabilitación o socioeducativo. No se estarán respetando aquellas condiciones mínimas que hacen a un centro carcelario y menos se estará cumpliendo con aquella especialidad, que la Constitución de la República reclama que debe orientar a los procesos de recuperación o rehabilitación de los adolescentes infractores.

Entre todos los límites, que el Estado debe respetar en el ejercicio de su poder punitivo existe un conjunto de prescripciones específicamente vinculadas con las condiciones que deben garantizarse para el encarcelamiento de una persona. Este universo de deberes estatales se encuentra expresado, de modo genérico, bajo fórmulas jurídicas esencialmente

idénticas tales como la proscripción de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el reconocimiento explícito de la dignidad del sujeto privado de su libertad; cláusulas cuyo respeto no admite discusión alguna en un Estado de Derecho. (En «Hábeas corpus. H. Vertbitsky en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS-, Rec. de Casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley», ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires).

«Si el Estado, cumpliendo con una función pública como lo es velar por la seguridad ciudadana, aísla y priva de su libertad a personas que han infringido la ley, debe hacerlo dentro del marco del respeto a los derechos humanos, como se ha comprometido, tarea que en el caso de la custodia de las personas privadas de su libertad corresponde al Poder Ejecutivo, siendo la labor del Poder Judicial (...) velar por que así se cumpla» [Sent. 2000-07484 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 25/VIII/2000, cit. en «Hábeas corpus. H. Vertbitsky en (...)»]. *«(...) la actividad del Estado no tiene por qué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a resolver los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para preservar al Estado. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho (...) tratamientos degradantes infligidos a una persona bajo el pretexto de cumplir con una función pública, como lo es entre otras el resguardo de la seguridad ciudadana»* [Sent. 709/91 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, «Hábeas corpus. H. Vertbitsky en (...)»].

Por estas razones, lo que se pretende, con el presente accionamiento de amparo especial, es que, en procura de obtener una adecuada protección de los derechos de los adolescentes privados de libertad, la Justicia le prohíba a la Administración Pública demandada la utilización o el funcionamiento de los referidos *módulos metálicos* como recintos de reclusión para los mismos.

Se trata del ejercicio de lo que MORELLO llama *jurisdicción de protección o de acompañamiento*.

«La pretensión en busca de tutela se aloja en la dimensión social del Derecho Fundamental a la dignidad de la vida y a la consecuente necesidad de abastecer -respecto de todas las personas- en la medida prudente y razonable que indiquen las particularidades y complejas situaciones y matices de nuestras sociedades de riesgo, tales prestaciones» (MORELLO, Augusto M. - El nuevo horizonte del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 140 \ \ - La tutela de los intereses difusos, Platense, Bs. As., 1999, pág. 17).

Se procura que sea el Juez de Familia, siempre más próximo a los derechos de las personas, que hacen a la dignidad de la vida, quien indique y guíe al Poder administrador acerca de cuál es el sendero jurídicamente adecuado por el que debe transitar para proteger a la juventud amenazada en sus derechos. Se promueve una efectiva realización de estos derechos como también de los correlativos deberes de las autoridades públicas (§ 332 Const., § 11 y § 14 C.G.P.).

- 3.4. Con la referida ley 17.823, asimismo y al decir de BIDART CAMPOS, también se prevén *las vías de exigibilidad y de compulsión para impedir la violación del derecho*, y para impeler el cumplimiento de las obligaciones correlativas de protección. (BIDART CAMPOS, Germán - Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, T. I El derecho constitucional de la libertad, Ediar, 1ª reimp., Bs., As., 1995, pág. 336).

Así se prevé la posibilidad de promover una acción *de amparo especial* para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, que procederá en todos los casos, con el expreso otorgamiento de facultades o legitimación *ad causam* al Ministerio Público, -entre otros-, y, también mediante una adecuada defensa de sus intereses difusos o colectivos (§ 195, § 196 + § 42 C.G.P.).

Precisamente, el presente amparo lleva consigo un reclamo colectivo. Es decir, procura la protección de derechos colectivos, *pluriindividuales* e indeterminados, que, a la vez, son fundamentales, intereses generales de la Nación, ergo, no dispensables por gobernados ni gobernantes.

Lo señala FERRAJOLI:

«Todo significa que la dimensión política, aunque es ciertamente una condición necesaria de la democracia sustancial, no es, sin embargo, ni siquiera en el plano axiológico, una condición suficiente; no identifica de forma exhaustiva su significado. Por lo que su dimensión teórica, para ser una definición completa posible, debe incluir, además el límite de la democracia política representado por la indisponibilidad de todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» (FERRAJOLI, Luigi - Los fundamentos de los derechos fundamentales, edit. Trotta, España, 2001, pág. 339).

Y como dice GIL DOMÍNGUEZ:

«La afirmación «los derechos colectivos son derechos fundamentales» implica sin más una ampliación positiva de la sustancia del Estado constitucional de derecho y coadyuva a la convivencia pluralista (...)

Las normas de derecho fundamental son un conjunto de proposiciones que prescriben el «deber ser» establecido por disposiciones iusfundamentales de la Constitución» (GIL DOMINGUEZ, Andres - Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Ediar, Bs.As., 2005, págs. 57-58).

En razón de lo expresado, el amparo que se promueve no consiste en un reclamo individual, *adolescente por adolescente*. La protección de los derechos de los adolescentes que son privados de la libertad importa a éstos, pero también a su familia, y también a toda la Sociedad. Se trata de un interés pluriindividual homogéneo, no divisible. Constituye un interés ideal o un derecho subjetivo público, reflejo o de reacción, exigible al Estado, en tanto es parte de los deberes o fines del mismo. En el caso, el derecho *amenazado* es *plurisubjetivo*. La urgencia en el amparo colectivo que aquí se deduce está en la inminencia de la jurídicamente inadecuada reclusión de adolescentes privados de su libertad en módulos metálicos.

«Suelen llamarse intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación o propagación subjetiva del motivo a defender. Son derechos de la sociedad toda, antes que derechos sociales de pertenencia singular (...) Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus a la protección ya reconocida a ciertas situaciones o intereses» (GOZAINI, Osvaldo Alfredo - Derecho Procesal Constitucional - El debido proceso, Rubinzal-Culzoni, Arg. 2004, pág. 128).

- 3.5. La ley 17.823 ha establecido que, para el conocimiento de esta acción *de amparo especial*, serán competentes en razón de la materia los Juzgados Letrados de Familia (§ 195 cit.).

Según lo ha sostenido la jurisprudencia, la competencia ha sido asignada concretamente a la Judicatura Letrada de Primera Instancia de Familia común, no a la Especializada. Y en situación análoga, así lo resolvió el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno que entendió que la competencia material era de la Judicatura Letrada de Familia común (Resolución N° 652, de 3/X/2006, en autos «MINISTERIO PUBLICO - FISCALIA LETRADA DE LA REPUBLICA, EN LO CIVIL DE 3er. TURNO - ACCION DE AMPARO», ficha 433-890/2006).

Además debe tenerse presente lo establecido en los arts. 21 y ss. de la L.O.J.O.T., 15.750, de 24 de junio de 1985.

- 3.6. Y, asimismo, la legitimación *ad causam* de esta Fiscalía, obrando en ejercicio del Ministerio Público, se justifica en la defensa de los

intereses generales de la Nación comprometidos (§ 168 Const., § 27, § 28 y § 42, § 1º, § 2º, § 3º y § 10 L.O.M.P.F., 15.365, de 30/XII/1982), y que, específicamente, en el caso, le incumbe ante la Judicatura Letrada de Familia (§ 42 C.G.P., § 195 y § 196 ley 17.823).

Petitorio

4. Por lo expuesto, y de acuerdo a los arts. 7º, 26, 40, 43, 44, 72 y 332 de la Constitución de la República, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 14, 15, 18, 21, 68, 89, 91, 92, 101, 102, 195 y 196 de la ley 17.823, 1º y ss. de la Ley 16.011, de 19/XII/1988, y 11, 14 y 42 del C.G.P., y demás normas citadas y concordantes, PIDE:

- 1º Se le tenga por deducida la presente acción de amparo, por constituido domicilio electrónico y por agregada la prueba documental adjunta.
- 2º Se convoque a la Fiscalía, al INAU y al MIDES a la audiencia de rigor, con noticia personal.
- 3º Se diligencie la prueba ofrecida en el capítulo respectivo.
- 4º En definitiva, se haga lugar al amparo especial impetrado, prohibiéndose al INAU y al MIDES la utilización o el funcionamiento de los módulos metálicos descriptos como recintos de reclusión para adolescentes privados de su libertad.

Fiscalía Civil 3º, 11 de abril, 2011.

II. HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO COLECTIVO

A la Suprema Corte de Justicia de la República:

Infancia Adolescencia Ciudadana (IACi), con domicilio real en Reconquista 619 constituyendo domicilio a los efectos procesales en el real y en la casilla de correo xxxxx@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, a los Señores Ministros Dice:

Que viene a formular acción de Hábeas corpus Correctivo Colectivo, respecto de los adolescentes que se encuentran cumpliendo una pena de privación de libertad, en dependencias del Instituto Nacional del Niño y el Adolescente del Uruguay, en consideración a los fundamentos fácticos y jurídicos que seguidamente se pasan a exponer:

Capítulo I

Consideraciones generales

Las condiciones en las que cumplen la providencia de privación de libertad los adolescentes reclusos en los centros penitenciarios dependientes del Instituto Nacional del Niño y Adolescente del Uruguay, importa una grave vulneración a sus derechos fundamentales, los mismos que el Estado de la República se ha obligado internacionalmente a proteger y garantizar.

El hábeas corpus correctivo colectivo, garantía de los derechos subjetivos de las personas que se encuentran privadas de libertad en cumplimiento de una sentencia con forma legal, está recogido con jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de la República por imperio de lo preceptuado por el art. 72 de la Carta Magna, en atención a que el referido instituto resulta inherente a la forma Democrática Republicana de gobierno y a la protección de la personalidad humana.

El presente accionamiento posee una naturaleza colectiva; está dirigido a obtener por parte de la Suprema Corte de Justicia una efectiva tuición de un amplio elenco de derechos subjetivos de los adolescentes privados de libertad. Este carácter, encuentra su etiología en la necesidad de disponer de un remedio eficaz a esa grave situación de vulneración de derechos. La formulación de accionamientos encaminados a obtener la referida tuición jurisdiccional de carácter individual, resulta – en razón del objeto- ineficaz e improcedente, por estar referido a la situación fáctica en que están colocadas una categoría de personas; los accionamientos de tipo individual- seguramente- traerían aparejados cada uno de ellos, distintos pronunciamientos judiciales que importarían una lesión al principio de igualdad estatuido en el Artículo 8º de la Constitución de la República y en el Artículo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe considerarse además que un accionamiento de carácter colectivo es el único que podría operar como un mecanismo efectivo de protección de todos los adolescentes incluidos en dicha categoría. No resultando fácticamente posible que todos y cada uno de ellos puedan formular accionamientos individuales y esto como consecuencia de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, privados del ejercicio efectivo de sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales.

Cuando un accionamiento de carácter colectivo es el único instrumento de protección eficaz, su admisibilidad es preceptiva por imperio de disposiciones de rango y jerarquía constitucional; el Artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa el derecho

de todas las personas de contar con un instrumento rápido, sencillo y eficaz para la protección de sus derechos. Este derecho tiene naturaleza *self executing* en atención a lo que preceptúa el Artículo 332 de la Carta. En tanto este accionamiento colectivo es el único recurso eficaz, sencillo y rápido con que cuentan los adolescentes privados de libertad para la tuición de sus derechos es que se formula el mismo.

El Estado uruguayo está obligado por el tenor de lo que dispone el Artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a disponer las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por parte de todas y cada una de las personas. En este sentido, cualquier acción omisiva por parte de cualquiera de los órganos del Estado configurará una hipótesis de responsabilidad internacional.

Competencia

El órgano competente para la sustanciación del presente accionamiento es -sin hesitación alguna- la Suprema Corte de Justicia de la República. En atención a que el mismo está referido a circunstancias fácticas que configuran una hipótesis de responsabilidad internacional del Estado Uruguayo. La referida competencia le es conferida al máximo órgano jurisdiccional de la República por el art. 239.1 de la Carta constitucional, en el que se preceptúa: «... *en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados...*»

Concomitantemente con ello, el inciso 4º del Artículo 100 del Código de la Niñez y de la Adolescencia en forma expresa dispone la competencia de la Corte para atender aquellos asuntos que estén referidos a graves irregularidades acontecidas en la etapa de ejecución de sentencia. Surge implícitamente que frente a tales situaciones la competencia de la Corte subsume la de los Juzgados Letrados de Adolescentes. En tanto se trata de un mecanismo adjetivo recogido en el ordenamiento jurídico del país, para cuya sustanciación no se ha designado expresamente órgano alguno, debe entenderse que la competencia le corresponde al órgano jerarca del Poder Judicial, ya que ésta es la única solución admisible en términos lógicos jurídicos, todo lo cual se analizará y detallará oportunamente en el cuerpo de este libelo.

Exégesis

Los criterios que han de orientar la praxis hermenéutica, de los dispositivos normativos en los que se dispone la protección de los derechos fundamentales en la República Oriental del Uruguay son:

1. *Pro homine*: En atención a la finalidad que ha inspirado la consagración normativa de los derechos humanos, se ha elaborado el criterio de interpretación denominado *pro personae* o *pro homine*; por aplicación del cual las disposiciones que consagran derechos humanos deben ser interpretadas en forma de amplificar sus efectos debiendo preferirse siempre dentro de todos los significados posibles aquel que proteja con mayor amplitud y de la mejor forma a la persona.

Se entiende por ello que no resultan procedentes las interpretaciones restrictivas de las referidas disposiciones. Este criterio ha de guiar la hermenéutica, no solo de los textos que consagran normativamente los derechos de las personas, sino también en los que se establecen los distintos mecanismos adjetivos destinados a la tutela de dichos derechos, como lo es el instituto del Hábeas corpus Correctivo, garantía específica de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

2. *Principio Democrático*: la Nación se ha dado para sí como forma de gobierno la Democrática Republicana art. 82 de la Carta Magna. Por imperio de ello, todo el ordenamiento jurídico de la República debe de interpretarse de forma congruente, con el elenco axiológico propio de una sociedad democrática, cuya institucionalidad política tiene como fin esencial la promoción y protección del libre desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de los habitantes de la República, art. 72 de la norma suprema del Estado.
3. *Criterio Dogmático Normativo*: La accionante se adhiere al criterio hermenéutico que entiende que los derechos humanos que aparecen recogidos en instrumentos jurídicos internacionales poseen jerarquía constitucional en la República, como así lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 365 de diecinueve de octubre de dos mil nueve: «La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, «El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)», en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604). El citado autor sostiene: «En el Uruguay, los principios generales de derecho 'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y genérico reconocimiento

constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario» (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15).

Capítulo II

Fundamentos de la acción

Fácticos

Las condiciones en las que cumplen los adolescentes la sentencia en que se ha dispuesto una medida de privación de libertad, importan una grave vulneración de sus derechos fundamentales, que el estado de la República se ha obligado internacionalmente a proteger y a garantizar y de los que son titulares dichos adolescentes por su condición de habitantes de la República por imperio de la Carta. Tal como fuera constatado por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en oportunidad de su misión al Uruguay, que tuvo lugar del 21 al 27 de marzo de 2009, habiéndolo consignado en su Informe que fuera elevado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sesión 13ª.

En el mismo expresa en el párrafo 57:

«La situación de los adolescentes internados es alarmante» (sic).

Mientras que en el párrafo 60 manifiesta que:

«Los adolescentes internados en instalaciones de máxima seguridad en la Colonia Berro o en régimen cerrado en el centro de transferencia de Las Puertas, en Montevideo, se encuentran en condiciones extremadamente malas. El sistema de internamiento se basa en un enfoque punitivo. En general, los adolescentes no tienen posibilidades de estudiar, trabajar o realizar ninguna otra actividad de rehabilitación, y se los encierra durante hasta 22 horas en sus celdas. En Las Puertas, el patio del módulo cerrado estaba cubierto por un tejado, con lo que se limitaba el acceso a la luz solar. Las condiciones sanitarias en esos centros son también muy malas. No hay retretes en las celdas, con lo que a veces los internos han de esperar horas hasta que un trabajador social les deje salir para ir al baño. En el Hogar Las Piedras, los internos tienen que satisfacer sus necesidades fisiológicas en botellas y bolsas de plástico que después arrojan por la ventana, con lo que todo el edificio queda inundado por un olor nauseabundo. Algunos de los menores entrevistados

dijeron que tenían que patear las puertas y «ladrar como perros» para que los guardias les hicieran caso»

El relato transcrito es la expresión cruda de las aberrantes condiciones en la que se cumple la privación de libertad en el país. Lo que resulta una verdadera afrenta a los valores y principios fundamentales cimientos de nuestra institucionalidad político jurídica.

Análogas descripciones a las del Relator Especial, surgen de los informes del Comité de los Derechos del Niño de Uruguay y del Comité de Observadores del Consejo Nacional Honorario Consultivo de los derechos de los niños y adolescentes del Uruguay.

En el caso de este último organismo nos vemos eximidos de transcribir o adjuntar los informes respectivos en tanto la alta corporación a la que nos dirigimos integra dicho Consejo y en consecuencia tiene por sí la posibilidad de acceder directamente a dichos informes.

Como se desprende de lo que se viene de consignar esta situación importa – como ya fuera expresado- ilegítimas vulneraciones a un amplio elenco de derechos fundamentales de los adolescentes. Y el desconocimiento del principio de la especificidad que ha de vertebrar toda la estructura del sistema penal juvenil, que ha de manifestarse en todas las etapas de la intervención punitiva del estado, en este ámbito subjetivo de aplicación, que aparece preceptuado en el Artículo 43 de la Constitución de la República y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Uno de los aspectos que opera como un factor causal determinante de la conculcación de los derechos que sufren los adolescentes está referido al número de horas en las que se le somete a un encierro compulsivo en sus celdas en algunos centros de reclusión que funcionan bajo la órbita del Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay.

Consideraciones normativas

La realidad de las condiciones de privación de libertad de los adolescentes en el país, contrastan nítidamente con lo establecido por las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General de la ONU, por Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, que en sus Reglas 12, 32, 33, 38, 39, 41, 47 y 59 preceptúan que:

12. La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores reclusos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar

su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

32. El diseño de los centros de detención para menores y el medio físico deberán responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores en tratamiento de internado, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades de esparcimiento. El diseño y la estructura de los centros de detención para menores deberán ser tales que reduzcan al mínimo el riesgo de incendio y garanticen una evacuación segura de los locales. Deberá haber un sistema eficaz de alarma en los casos de incendio, así como procedimientos establecidos y ejercicios de alerta que garanticen la seguridad de los menores. Los centros de detención no estarán situados en zonas de riesgos conocidos para la salud o donde existan otros peligros.

33. Los locales para dormir deberán consistir normalmente en dormitorios para pequeños grupos o en dormitorios individuales, teniendo presentes las normas del lugar. Por la noche, todas las zonas destinadas a dormitorios colectivos, deberán ser objeto de una vigilancia regular y discreta para asegurar la protección de todos los menores. Cada menor dispondrá, según los usos locales o nacionales, de ropa de cama individual suficiente, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de aseo.

38. Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial.»

39. Deberá autorizarse y alentarse a los menores que hayan superado la edad de escolaridad obligatoria y que deseen continuar sus estudios a que lo hagan, y deberá hacerse todo lo posible por que tengan acceso a programas de enseñanza adecuados.

41. Todo centro de detención deberá facilitar el acceso de los menores a una biblioteca bien provista de libros y periódicos instructivos y recreativos que sean adecuados; se deberá estimular y permitir que utilicen al máximo los servicios de la biblioteca.

47. *Todo menor deberá disponer diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre si el clima lo permite, durante el cual se proporcionará normalmente una educación recreativa y física adecuada. Para estas actividades, se pondrán a su disposición terreno suficiente y las instalaciones y el equipo necesarios. Todo menor deberá disponer diariamente de tiempo adicional para actividades de esparcimiento, parte de las cuales deberán dedicarse, si el menor así lo desea, a desarrollar aptitudes en artes y oficios. El centro de detención deberá velar porque cada menor esté físicamente en condiciones de participar en los programas de educación física disponibles. Deberá ofrecerse educación física correctiva y terapéutica, bajo supervisión médica, a los menores que la necesiten.»*

59. *Se deberán utilizar todos los medios posibles para que los menores tengan una comunicación adecuada con el mundo exterior, pues ella es parte integrante del derecho a un tratamiento justo y humanitario y es indispensable para preparar la reinserción de los menores en la sociedad. Deberá autorizarse a los menores a comunicarse con sus familiares, sus amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, a salir de los centros de detención para visitar su hogar y su familia, y se darán permisos especiales para salir del establecimiento por motivos educativos, profesionales u otras razones de importancia. En caso de que el menor esté cumpliendo una condena, el tiempo transcurrido fuera de un establecimiento deberá computarse como parte del período de cumplimiento de la sentencia.*

Es evidente que el ejercicio de los derechos de los que son titulares los adolescentes privados de libertad enunciados en la Reglas recién transcritas resultan fácticamente imposible de ejercer cuando permanecen 22 horas diarias encerrados en sus celdas.

Como surge implícitamente del tenor de lo establecido por las referidas Reglas, tal como aparece enunciado elípticamente pero indubitablemente en la Regla número 32, el tiempo de encierro compulsivo no podrá superar en ningún caso el de las ocho horas de descanso nocturno. Debiendo entenderse por encierro compulsivo la permanencia forzosa del adolescente en su celda, resultando el número de -horas celdas- el único indicador válido que permita mensurar el tiempo de sometimiento compulsivo del encierro.

Dichas Reglas, fueron formuladas con la finalidad de dotar de contenido específico a los dispositivos normativos protectorios de los derechos de las personas privadas de libertad, de carácter más genérico, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño y todos los otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Debe entenderse que las Reglas poseen carácter vinculante conformando el corpus iuris del Derecho internacional, en tanto emanan del máximo órgano deliberativo que en la faz jurídico-institucional se ha dado la humanidad. Las que con su dictado – además – han pretendido colmar de significado concreto y específico a disposiciones contenidas en diversos Tratados y Convenciones internacionales. Poseen también valor de dispositivo jurídico vinculante a nivel internacional en tanto expresan el ánimo de la comunidad internacional de establecer cierta costumbre.

Es conteste la doctrina de Derecho internacional público que una manifestación de voluntad expresada por los estados del orbe -representados en la Asamblea General- adquiere con prescindencia de las formalidades con las que fuera dictada el carácter de norma vinculante integrante del corpus iuris del Derecho Internacional público, en calidad de norma consuetudinaria. En este sentido, el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga expresa:

«ciertas disposiciones de un convenio multilateral o incluso una propuesta en una conferencia diplomática que ha logrado un amplio grado de apoyo puede llegar a convertirse en modelo guías de las conductas de los Estados, ejerciendo tanta influencia o poseyendo tal fuerza de persuasión que la práctica de los Estados es atraída hacia dichas disposiciones «como las limaduras de hierro a un imán»(Baxter ob. Cit. 73)» (Eduardo Jiménez de Aréchaga, La fuentes del Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Público, Fundación de Cultura Universitaria)

La situación en la que cumplen su tiempo de prisión los adolescentes importa además, el desconocimiento del principio de la especificidad que por mandato expreso de la Constitución ha de regir en la República. A la genérica referencia efectuada por el constituyente ha de otorgársele un significado más concreto mediante un ejercicio interpretativo - cognitivo que atienda una interpretación integral de la norma constitucional, tal como lo sostiene la Dra. Susana Falca cuando expresa al respecto:

«El contenido con lo que hay que dotar de significado al Artículo 43 de la Constitución de la República, se deriva de la interpretación teleológica del texto constitucional, entendiendo que este es el método de mayor rendimiento hermenéutico, cuando se trata de interpretar las normas que consagran los grandes lineamientos jurídicos políticos sobre los que se organizará la

sociedad. La teleología de la Constitución es regular la vida de la comunidad en base a una racionalidad fundada en el respeto a la libertad y dignidad de las personas. Por ello, la especificidad establecida en el Artículo 43 no puede ser otro que aquel que proteja la libertad y la dignidad de las personas menores de 18 años de edad. Que contemple su condición de persona en desarrollo, tanto en lo que refiere a la oportunidad para la formulación del reproche como en la mesura de la respuesta sancionatoria. Por vía de la cláusula abierta del Artículo 72, se integran las disposiciones que consagran a este respecto libertades y garantías que se encuentran en distintos instrumentos jurídicos internacionales de protección de derechos humanos, particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos son los contenidos de la fórmula genérica del Artículo 43.» («La especificidad penal juvenil, una cuestión constitucional en el Uruguay», Susana Falca. Informe Anual de Derechos Humanos en el Uruguay. 2009. SERPAJ).

El referido principio de especificidad – que como se expresara – ha de vertebrar todo el sistema de atribución de responsabilidad penal juvenil en cada una de sus etapas, entre ellas la etapa de la ejecución de la sanción, que cuando tiene por contenido, la privación de libertad, expone al adolescente a una posición de mayor vulnerabilidad.

En esta faz, la vigencia efectiva del mencionado principio de especificidad ha de reflejarse en las características que ha de asumir el despliegue punitivo. En este plano este principio opera estableciendo muros que debieran ser infranqueables ante el despliegue de aquel, atendiendo a la condición de sujeto en desarrollo de quienes se encuentran en su ámbito subjetivo de aplicación, que impida que los adolescentes vean de forma irreversible afectadas las posibilidades de desarrollo de su personalidad comprometiendo su desarrollo futuro.

Como corolario de lo cual y expresión del principio de legalidad en su dimensión cualitativa en la faz sancionatoria, las condiciones en que se cumple la privación de libertad de los adolescentes deberán garantizar que los mismos vean únicamente restringido el derecho a la libertad ambulatoria. Las condiciones que fueran constatadas por el Relator Especial de las Naciones Unidas, resultan indiscutiblemente inapropiadas para el cumplimiento del referido objetivo, importando un desembozado desconocimiento del principio de la especificidad.

También resultan inadecuadas para la obtención de la teleología de la sanción, cuya finalidad también está determinada por el principio de especificidad. El aprendizaje del debido comportamiento legal, fin último de la sanción, es imposible de alcanzar en el marco fáctico descrito por el informe del Relator Especial. El referido aprendizaje es un presupuesto

cognitivo subjetivo indispensable a la hora de encausar la convivencia social por las vías que permitan el pleno desarrollo de todas y de cada una de las personas que componen la sociedad.

Estos fines han de enmarcar la sanción, así lo disponen expresamente distintos dispositivos normativos de jerarquía constitucional en la República, Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículos 26 y 43 de la Carta, Artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros de rango legal, Artículos 74.C, 89 y 102 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

La praxis del sometimiento de los adolescentes a un régimen de encierro compulsivo que importa en algunos casos la permanencia de éstos en sus celdas durante lapsos de 22 horas diarias, continuas, desencadena la conculcación de la mayoría de sus derechos fundamentales, viéndose privados de acceder a la educación, a la recreación, a niveles aceptables de salud física y psíquica, restringiendo ilegítimamente su comunicación con el mundo exterior, en suma privándolos de interactuar con el medio social, obstaculizando el desarrollo de su personalidad y limitando sus posibilidades de relacionamiento con la comunidad. Aspectos todos ellos básicos que le permitirían su integración positiva a la sociedad, finalidad última que persigue la pena, que es la expresión en este particular ámbito, de los fines superiores que guían el accionar del Estado de la República.

Capítulo III

Fundamentos jurídicos de la acción

Cuestiones sustantivas

El escenario factual en que cumplen los adolescentes las sentencias en que se dispone a título cautelar o condenatorio, la privación de libertad importa la vulneración por parte del Estado de los derechos subjetivos de aquellos. Derechos subjetivos que el Estado de la república se ha obligado a respetar, proteger y a garantizar internacionalmente por haber suscripto y ratificado distintos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos fundamentales, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, y sus Protocolos Adicionales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales, entre otros.

El sometimiento de los adolescentes a las condiciones que se describen en el Informe elaborado por el Relator Especial Manfred Nowak,

importa en sí mismo un trato cruel y degradante. Reducir a una persona a 22 horas de encierro continuo en su celda máxime si se trata de un adolescente, resulta una praxis intolerable. Y el acometimiento por parte del Estado de actos que inequívocamente comprometen su responsabilidad internacional.

Los adolescentes tienen derecho al ejercicio de todas y de cada una de las actividades que se reseñan en las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y que ya fueran consignadas en este escrito. Privarlos de ello importa una conducta ilegítima por parte del Estado, como único responsable de la gestión de los centros de privación de libertad de las personas menores de edad.

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 2 de setiembre de 2004, en el caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay *«Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna»*.

Los adolescentes privados de libertad son titulares de los derechos subjetivos inherentes a su condición de persona humana; resultando únicamente legítima la restricción de su libertad ambulatoria en los términos dispuestos por la sentencia, dictada conforme a la ley. Como titulares de los referidos derechos subjetivos los adolescentes que se encuentran recluidos en los centros que funcionan bajo la órbita del INAU, tienen plena legitimidad sustantiva en los derechos que aquí se reclaman. La conducta desarrollada hasta el presente en este ámbito está comprometiendo su responsabilidad jurídica internacional.

Cuestiones procesales

El Hábeas corpus, como garantía de los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad, forma parte sin hesitación alguna del acervo jurídico cultural de la humanidad. Su génesis es el producto de milenios de evolución jurídica. Su antecedente más remoto en el tiempo, es el interdicto de Homine Libero Exhibendo, instrumento jurídico de protección de la persona frente a las privaciones ilegítimas de la libertad, establecido en el derecho Romano que aparece recogido en

el digesto. En el transcurso de la edad media en varias regiones de Europa van a establecerse diversos institutos jurídicos, que con algunos rasgos análogos al interdicto romano, tendrán como aquél la teleología de proteger a las personas de las privaciones arbitrarias de la libertad. Verbigracia el proceso de manifestación de personas previsto en el fuero de Aragón.

Pero será en el transcurso de los últimos tres siglos que el instituto adquirirá sus rasgos definitivos como instrumento fundamental en la protección de la libertad y la integridad física de las personas y como tal será recogido en los textos constitucionales de los modernos Estados de Derecho.

Instituto concebido originalmente como una garantía frente a las restricciones ilegítimas a la libertad ambulatoria, fue ampliando progresivamente su esfera objetiva de protección, hasta abarcar todos los supuestos de lesión de derecho acaecidos en cualquiera de las etapas de la intervención punitiva del Estado, dando forma así a un Instituto específico concebido como garantía de los derechos subjetivos de las personas que se encuentran reclusas en cumplimiento de una sentencia de privación de libertad, denominado Hábeas corpus correctivo.

Con la consagración normativa del denominado principio de legalidad este instituto del hábeas corpus va a adquirir nuevas características. Su ámbito de aplicación objetiva se va a ver ampliado y ello como corolario de la efectiva aplicación del principio de legalidad el que se encuentra consagrado en el art 10 de la Constitución. Este tiene además de una dimensión cuantitativa, una cualitativa.

La única sanción de la que puede ser objeto una persona como consecuencia de haberse comprobado su responsabilidad en la comisión de un acto tipificado como ilícito penal, es aquella que aparece taxativamente prevista en la ley. Significa - no solo- que el tiempo en que la persona se encuentre privado de alguno de sus derechos es aquel que se encuentra previsto en *legge previae*, sino que además importa que la persona no pueda ver restringido ningún otro derecho, distinto del que restringe la ley. Si ello no se cumpliera se configuraría una hipótesis de uso indebido de la facultad punitiva del estado, en el entendido que el referido principio debe respetarse tanto a la hora de la formulación de la sentencia, así como también en la etapa de su ejecución.

De esta forma se plantea la necesidad de contar en el ordenamiento jurídico con un elenco de garantías que sirvan de remedio a aquellas situaciones en que por las condiciones en que se cumpla una pena de privación de libertad, la persona reclusa sufra la afectación de otros de sus derechos subjetivos. Es así que comienza a ser recepcionado en la

doctrina de los derechos humanos siendo positivizado en diferentes ordenamientos jurídicos, el instituto del Hábeas corpus Correctivo.

Como consecuencia de la nueva racionalidad política y jurídica con la que el movimiento de la ilustración va a imprimir la vida social, primero en el plano doctrinario y luego en el normativo, se va a consolidar la noción de que la punición que desencadena el estado en respuesta a una conducta antijurídica debe estar orientada al cumplimiento de una finalidad de rehabilitación y reinserción social, principio que aparece recogido en el art. 26 de la Constitución de la República.

Esta finalidad adquiere rasgo particular en el ámbito del sistema de responsabilidad penal adolescente derivado de la condición de sujeto en desarrollo a quienes se dirige, sirviendo entonces el instituto del Hábeas corpus Correctivo como mecanismo de corrección para ajustar las condiciones en que se cumple la privación de libertad a la teleología que por imperio de la Constitución de la República debe perseguir la pena.

El contenido de la señalada finalidad debe, en un Estado Republicano y Democrático consistir en el aprendizaje del debido comportamiento legal, en tanto este es el único contenido legítimo posible a otorgar a la referida teleología en un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos fundamentales de las personas como lo es el de la República.

Del análisis ontológico del instituto del hábeas corpus resalta nítidamente un aspecto por demás peculiar que le confiere una particular eficacia como garantía de los derechos de las personas que se encuentran privadas de libertad. El mismo está referido a una de sus peculiaridades más importantes que tiene relación con los legitimados para la acción, a diferencia de otros dispositivos adjetivos de protección de los derechos fundamentales, el hábeas corpus no requiere que exista coincidencia entre los legitimados sustantivos y los legitimados procesales, lo cual como resulta natural y obvio lo vuelve el único instrumento eficaz para la protección de los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad.

En lo que tiene relación con la naturaleza colectiva procede desarrollar lo que fuera expresado en el capítulo de consideraciones generales. Por una parte, el presente accionamiento está dirigido a la tuición de derechos subjetivos de personas privadas de libertad, la que para efectivizarse deberá implicar una modificación en las condiciones en las que se encuentran privados de libertad los adolescentes. Este colectivo conforma una verdadera categoría de personas, colocadas todas ella en una situación singular.

Repugna a la vigencia efectiva del principio de igualdad estatuido en el Artículo 8º de la Constitución, que se verificaran diferencias en las condiciones en que cumplen la privación de libertad los adolescentes. Lo cual im-

portaría además lesionar el principio de no discriminación. Si la resolución de esta situación se dejara a la suerte de accionamientos de carácter individual formulados ante cada magistrado de la causa, nos veríamos seguramente frente a una gran diversidad de soluciones. Dependiendo además, de un cumulo de circunstancias aleatorias, viendo probablemente, reproducido en la diversa suerte de los accionamientos un complejo de inequidades previas. Todo esto traería aparejado una grave lesión al principio de igualdad. Determinaría además, la proliferación de acciones a formular en vía administrativa y jurisdiccional dirigidas a ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de aquellos proveimientos judiciales que hubieran resultado más eficaces para la tuición de sus derechos, fundado en el referido principio de igualdad.

Por ello, es que en atención a la vigencia efectiva del principio de igualdad, de jerarquía constitucional en la República y porque así además, lo requieren las reglas de economía procesal, el caso *sub examine* exige la formulación de un accionamiento de naturaleza colectivo. Todos y cada uno de los habitantes de la República, poseen el derecho a contar con un recurso rápido, eficaz y sencillo, que remedie aquellas situaciones en que han visto vulnerado algunos de sus derechos fundamentales. Estos, por expresa mención del Artículo 25 de la Convención Americana y 72 de la Constitución de la República, poseen la máxima jerarquía jurídica. Estas condiciones respecto de la situación que se viene examinando, sólo la cumple el presente accionamiento.

Únicamente a través del acogimiento del presente, podrá obtenerse una modificación sustantiva en las condiciones de la privación de libertad, a los efectos de poner fin a una situación que implica la vulneración continuada en el tiempo de los derechos fundamentales de los adolescentes que compromete la responsabilidad del Estado. Como ya fuera consignado no resulta fácticamente posible que cada uno de los adolescentes formule un accionamiento individual, y ello encuentra su etiología en la propia situación de vulneración social en la que se encuentra la abrumadora mayoría de ellos.

De esta imposibilidad fáctica deriva una consecuencia jurídica obvia: el único recurso eficaz, rápido y sencillo con que cuentan los adolescentes para poner fin a la conculcación de sus derechos tiene por ello naturaleza colectiva.

Recepción en nuestro ordenamiento jurídico del instituto

El Artículo 72 de la Carta Magna al establecer que la enumeración de las garantías que se efectúa en la sección 2da. De la Constitución ha de

integrársele con todas las otras que resulten inherentes a la forma Republicana de Gobierno y a la protección de la dignidad de la personalidad humana. Consagra de forma indubitable el instituto del Hábeas corpus Correctivo con jerarquía constitucional en el País, en tanto el referido instituto cumple la función de ser un mecanismo eficaz de contralor y corrección de la conducta de las autoridades públicas resultando por ende inherente a la forma Republicana de Gobierno y es además una garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas orientado a posibilitar su pleno desarrollo.

Por la cláusula abierta del art. 72 adquieren rango constitucional garantías y derechos recogidos en instrumentos jurídicos internacionales entre los cuales se encuentran los preceptuados en el Artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los Artículos 2do. y 25to. De la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por el Estado de la República.

El Artículo 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos donde se preceptúa que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*
- b. La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;*
- c. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

Asimismo, el mencionado Artículo 2do. del más importante instrumento de protección de los derechos humanos de carácter regional en el ámbito interamericano, consagra el derecho de todas las personas de exigir al Estado que este disponga de instrumentos eficaces de protección de sus derechos. Obligando correlativamente a los Estados, quienes verían comprometida su responsabilidad internacional si algunos de sus órganos no dieran debido cumplimiento a ello, denegando el acceso a un instrumento eficaz de protección a sus derechos.

El Artículo 17 de la Constitución dispone:

En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de «hábeas corpus», a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado.

Del tenor de la referida disposición constitucional se desprende la admisión del hábeas corpus correctivo formando parte el mismo del elenco de garantías de rango constitucional. Desarrollada la práctica hermenéutica necesaria para una correcta interpretación del texto, ceñida a los criterios de exegesis que fueran señalados en el capítulo de consideraciones generales, y analizada la referida disposición en su encuadre teleológico del texto constitucional se desprende que procede el instituto del hábeas corpus frente a toda hipótesis de prisión indebida entendiendo por ésta, todas aquellas situaciones en la que una persona es privada de su libertad sin que se configuren los presupuestos taxativamente enunciados en el Artículo 15 de la Carta.

Así como también, el sometimiento a condiciones de reclusión en el cumplimiento de sentencias en la que se disponga la privación de libertad que importen someter al encausado o condenado a una vulneración ilegítima a sus derechos.

El derecho a contar con las referidas garantías no puede dejar de verse respetado en los hechos por la conducta omisa del legislador a la hora de dictar la reglamentación legal necesarias a los efectos de dotarlo de plena operatividad y ello porque por imperio de lo dispuesto por el Artículo 332 de la Constitución de la República: los derechos que la misma protege no dejarán de efectivizarse, porque carezcan de la reglamentación legal respectiva sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a la doctrina generalmente admitida.

La doctrina tanto a nivel nacional como internacional es conteste que el método de exégesis de mayor rendimiento hermenéutico cuando se trata de interpretar un texto jurídico de la naturaleza de la Constitución de la República, es el teleológico en tanto el contenido básico esencial de la Constitución de la República es establecer los grandes fines a los que ha de servir la organización política jurídica del estado y fijar los grandes lineamientos dentro de los cuales ha de encausarse la vida social.

El Artículo 18 de la carta, disposición, por la cual el constituyente reserva a la ley el establecimiento del orden y las formalidades de los juicios, deberá ser interpretado en forma armoniosa con otras disposi-

ciones de la Constitución de la República, Artículos 72 y 332. Del análisis meramente exegético de los Artículos 72 y 332 de la Constitución se desprende -sin hesitación de especie alguna- que el constituyente patrio pretendió dar a los derechos consagrados en la Constitución el carácter de derechos subjetivos perfectos

El Artículo 332 es una disposición de naturaleza compleja, en la que se preceptúa un criterio general de interpretación constitucional y se dispone la procedencia y admisibilidad de un elenco de instrumentos de integración del derecho, a aplicarse cuando el legislador ha sido omiso en dictar las normas legales necesarias para una correcta y plena efectivización de los derechos consagrados en la Constitución (integración en el plano infra constitucional)

Deberá entenderse entonces que, cuando el legislador ha incumplido con su obligación de dictar las disposiciones legales necesarias para dotar de eficacia práctica a los derechos consagrados por la Constitución, habrá que recurrir a algunos de los métodos de integración previstos en el Artículo 332. En este caso, la reserva que respecto de la materia procesal efectúa el Artículo 18, deberá ser interpretada como un deber impuesto al legislador para que dicte las disposiciones necesarias para efectivizar los derechos que la Carta ampara.

De forma paralela al contralor de constitucionalidad de las leyes, previsto en el Artículo 256, 257, 258 y 259 de la Constitución, el Artículo 332 de la carta magna de la República ha establecido un verdadero mecanismo sui generis de control de la constitucionalidad de la actividad del legislador. Disponiendo un adecuado remedio ante las infracciones a la Constitución generadas por las conductas omisas del legislador, sirviendo de esta forma como un método de protección de la Constitución.

El Poder Judicial en cuanto órgano encargado de la aplicación del derecho, es titular del poder deber de aplicar los derechos amparados por la Constitución, aun cuando estos no cuenten para su plena efectivización con adecuadas disposiciones legales; debiendo en este caso el aplicador recurrir a los mecanismos de integración del derecho previstos en el Artículo 332 de la Carta. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia, cuando en el año 1994 dictó la Acordada número 7236, por la cual se procedió a dar forma al proceso de atribución de responsabilidad penal de los adolescentes, a los efectos de dotar de efectividad a un amplio espectro de derechos y garantías de jerarquía constitucional en la República, referidas en su texto y en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos jurídicos internacionales emanados de la Asamblea General de la ONU respecto del sistema de justicia de menores.

En atención a ello se entiende que en cumplimiento de sus altos deberes, tendrá la Suprema Corte de Justicia que proceder a la sustanciación del presente accionamiento.

Cuestiones de procedimiento

Como ya fuera expresado, la omisión del legislador en dictar las normas de rango legal que den forma a mecanismos objetivos específicos para la realización de las garantías constitucionales no es óbice de su plena operatividad. Debiendo recurrirse para ello a los fundamentos de las leyes análogas y de las doctrinas más recibidas y a los principios generales del Derecho.

Determinada la admisibilidad del instituto del hábeas corpus correctivo como garantía constitucional de los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad, procede determinar a los efectos de su plena efectivización, cual es el rito procesal que más se ajusta para la sustanciación del presente accionamiento. Ello será labor a emprender por parte de los miembros de la Corporación a la que nos dirigimos. La que estará enmarcada necesariamente por las particulares características ontológicas del accionamiento. Debiendo ajustarse a los requisitos de ser un mecanismo sencillo, rápido y eficaz.

Criterios de orientación del análisis de la prueba

Las personas privadas de libertad se encuentran en una particular situación de sujeción frente al Estado en tanto agente administrador del Centro de reclusión; en atención a ello es que la doctrina es conteste en afirmar que sobre el sujeto estatal pesa la responsabilidad de acreditar de forma fehaciente que las personas que se encuentran reclusas no han visto vulnerados sus derechos. Por fehaciencia ha de entenderse un medio probatorio objetivo independiente no resultando ajustado a este requerimiento ningún instrumento probatorio emanado de la entidad administradora del encierro

Competencia

En esta sección se desarrollarán los conceptos que fueran enunciados en el capítulo de consideraciones generales.

El órgano competente para entender en la sustanciación del presente accionamiento es – sin abrigo de dubitación alguna– la Suprema Corte de Justicia de la República.

Como ya fuera expresado, el presente accionamiento está referido a circunstancias derivadas del incumplimiento por parte del Estado de la República de varias de las obligaciones que ha contraído con la

comunidad internacional. El Artículo 239 de la Carta expresa que la Corte entenderá en los asuntos referidos a convenios y tratados con otros estados. En el mismo sentido dispone que es competencia originaria de la Corte conocer en los asuntos de carácter diplomático y en los referidos a los delitos contra el derecho de gentes y en las causas de almirantazgo. Analizada la expresión «cuestiones relativas a pactos, tratados y convenciones con otros estados», en el marco dado por el conjunto del texto de la referida disposición aparece claramente determinada la competencia de la Corte, para atender un accionamiento que como el presente se deriva del incumplimiento del Estado de la República de sus obligaciones internacionales.

Resulta imposible admitir otro contenido al referido giro, en tanto expresamente le otorga competencia a la Corte para entender en otros asuntos referidos al ámbito del Derecho Internacional público. Expresamente se consigna que la Corte tendrá competencia en los litigios que se originen en el campo de las relaciones diplomáticas entre ellas, todo lo que tiene relación con los actos y conductas de los diplomáticos extranjeros acreditados en el país y la actividad de sus sedes, embajadas y oficinas consulares.

Así como también, expresamente la Constitución le otorga competencia exclusiva y originaria a la Suprema corte de justicia para atender al juzgamiento de quienes cometan delitos contra el derecho de gentes, que en la actualidad denomina la doctrina como de lesa humanidad y crímenes de guerra. En el entendido que el referido giro no puede interpretarse en el sentido de que la Corte es competente para atender un litigio entre el estado de la República y otro estado soberano, que resulte fundado en algún tratado o convención en tanto es un principio esencial del Derecho Público Internacional, que ningún estado puede ser juez y parte de la causa de otro y obviamente mucho menos de su propia causa. Estos son principios universalmente reconocidos del Derecho internacional público y de vigencia más que centenaria.

Por todo ello, el único significado posible del referido giro es que la Suprema Corte de Justicia es el órgano jurisdiccional competente para entender aquellas acciones que se fundamenten en el incumplimiento por parte del Estado de la República de alguna de sus obligaciones internacionales. Sabio fue el constituyente al disponer tal solución. No hubiera sido procedente que el conocimiento de tan altos y graves asuntos hubiera quedado en manos de algún otro órgano judicial ordinario. Solo el máximo órgano judicial de la República en tanto, titular último del poder jurisdiccional, es naturalmente el órgano competente para atender tales asuntos.

El Artículo 100 inciso 4 del Código de la Niñez y de la Adolescencia dice «*Dar cuenta a la Suprema Corte de Justicia en los casos que se constaten irregularidades graves*» interpretada lógicamente y racionalmente la presente disposición en su contexto normativo, surge que la misma le está otorgando a la Corte competencia para entender en aquellas situaciones de graves vulneraciones de derechos tal como las que son objeto de este accionamiento. Esta disposición se encuentra en sede de ejecución de sentencia, en ella se estatuye una estructura procedimental de conocimiento sumario y se mandata en otro inciso a los Magistrados con competencia en materia penal adolescente a efectuar visitas trimestrales a los centros de reclusión. Luego de lo cual, en el inciso final se expresa el deber de informar a la Corte cuando se constaten situaciones graves.

Del análisis holístico de la referida disposición y atendiendo a su propio tenor literal, en aquellas circunstancias de graves vulneraciones – acontecidas en etapa de ejecución de la pena—será de competencia de la Suprema Corte de Justicia. No puede ser otro el significado a conferir al referido inciso. Rigiendo en la República el principio de separación de poderes por mandato del constituyente la intervención a la que daría lugar la mencionada comunicación por parte del Poder Judicial no puede ser otra que de carácter jurisdiccional, no resultando admisible en términos lógico-jurídico otra conclusión.

Determinada la admisibilidad del presente accionamiento, la que viene dada por normas de rango y jerarquía constitucional, es deber del poder judicial proceder a su sustanciación, en tanto titular del poder jurisdiccional. Si a contrario sensu, se entendiera que no existen normas que de forma expresa le otorguen a la Corte competencia para entender en el presente, debe concluirse que la misma le es conferida implícitamente en el ordenamiento jurídico de la República, en tanto órgano jerarca del poder del Estado que tiene la facultad y el deber de ejercer la función jurisdiccional. A dicha conclusión debe arribarse además teniendo presente que el referido accionamiento es el único recurso rápido, sencillo y eficaz con que cuentan los adolescentes para poner fin a la situación de vulneración en la que se encuentran. Es deber del Estado de la República darle andamio al mismo.

De la legitimación

En tanto titulares de los derechos subjetivos para cuya protección se formula el presente accionamiento, la legitimación sustantiva le corresponde a las personas menores de edad que se encuentran privadas de libertad.

En lo que refiere a la legitimación procesal corresponde precisar que uno de los rasgos típicos del instituto del hábeas corpus es el que refiere a que cualquier persona se encuentra legitimada para interponer el referido recurso. Cabe consignar además que el Artículo 42 del Código General del Proceso y 196 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, ha admitido la legitimidad procesal de las organizaciones sociales a los efectos de promover acciones dirigidas a la tutela de intereses colectivos.

En atención a los referidos presupuestos normativos en su calidad de organización abocada a la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños y adolescentes la accionante se encuentra procesalmente habilitada para promover el presente.

Contenido de la acción

El objeto de la pretensión que aquí se formula está referido a la limitación de las horas diarias de encierro compulsivo.

Se viene a solicitar que se disponga por parte de la Suprema Corte de Justicia que las mismas no podrán de exceder de las ocho horas requeridas para el descanso nocturno. Solicitándose además que se proceda a la conformación de una comisión encargada de supervisar el cumplimiento del referido proveimiento, en el que esté representado el poder Judicial, la accionante y el INAU.

Tal como fuera constatado por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en oportunidad de su misión al Uruguay, que tuvo lugar del 21 al 27 de marzo de 2009, habiéndolo consignado en su Informe que fuera elevado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sesión 13^a.

Prueba

Prueba Documental -Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en oportunidad de su misión al Uruguay, que tuvo lugar del 21 al 27 de marzo de 2009, el cual se adjunta. Si lo entendiere pertinente solicitamos a la Corporación que disponga el libramiento del oficio correspondiente a los efectos de que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República remita copia fiel del informe citado. -Informes emanados del Comité de Observadores del Consejo Honorario, los cuales se encuentran en poder de la Alta Corporación a la que nos dirigimos, por las razones que ya fueron expresadas en el cuerpo de este libelo.

Petitorio

Por las razones expuestas en el presente escrito a la Suprema Corte de Justicia Solicitamos:

1. Nos tenga por presentados, constituido el domicilio legal y por promovida la presente acción.
2. Cumplidas las actuaciones procesales correspondientes a la sustanciación de un recurso rápido, sencillo, y eficaz.
3. En definitiva se decrete que las horas de encierro compulsivo en el interior de las celdas no podrán exceder de las ocho horas requeridas para el descanso nocturno.
4. Se decrete la conformación de una comisión que tendrá como único objeto supervisar el cumplimiento del referido proveimiento, en el que esté representado el poder Judicial, la accionante y el INAU.

Montevideo,IACI

III. ACCIÓN FORMULADA POR LA ADOLESCENTE

Se entabla Acción de Amparo. Código de la Niñez Artículo 195.
Antecedentes Juzgado Letrado de Familia 4º. Ex.xxxx/ xxxx

Sra. Jueza Letrado de Familia de 4º turno.

C.I. , domiciliada en, constituyendo domicilio electrónico en la casilla electrónica XXX a todos los efectos, ante usted se presenta y dice:

Que vengo a presentar **acción de amparo** para el ejercicio de mis derechos a la libertad personal, a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, contra mi padre, domiciliado en, en virtud de las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho.

1. Consideraciones de hecho

- 1.1. Está en conocimiento de la Sede la dificultad que en estos últimos tres años, (2006, 2007, 2008) he tenido para obtener la autorización para viaje por parte de mi padre, dada su acérrima oposición a otorgar la misma fuera de la Sede judicial. Circunstancia que surge probada de los diversos expedientes tramitados ante la Sede a tales efectos, durante los años 2006, 2007 y 2008.
- 1.2. Las razones esgrimidas en los expedientes, archivados con los números y, respectivamente, resultan por demás ilustrativas. En efecto, en am-

bos expresa su voluntad de que sea la Sede quien resuelva esta situación: En el expediente -, a fojas 14 expresó: «En tanto la actora efectuó el planteamiento que nos ocupa, sin necesidad de hacerlo, me allano en la pretensión, esto es que sea la Sede quien resuelva la autorización para el viaje de Florencia, (...)»

Voluntad que ratificó nuevamente a fojas 13 del expediente: «Como expresé oportunamente ante una solicitud de viaje anterior con los mismos acompañantes, solicité que fuera el juzgado quién determinara la viabilidad de la misma que asumiera la responsabilidad de dicha autorización».

Allanándose en ambas oportunidades a la pretensión de la actora, mi madre.

- 1.3. Durante el año 2008, mi madre volvió a solicitar autorización de viaje, (pieza separada), que no se pudo utilizar hasta el mes de enero del presente año 2009; dada la extemporaneidad de la misma, se vieron limitadas las posibilidades de uso de la referida autorización, en razón de los compromisos curriculares que debí priorizar. Frustrando de esta manera, la oportunidad del disfrute de un viaje familiar anhelado por mí.
- 1.4. Corresponde precisar que estoy habituada a efectuar viajes al exterior del país; habito que adquirí desde muy temprana edad, durante el tiempo que mis padres se encontraban unidos en matrimonio. Aún viajando en compañía de éstos, siempre conté con un pasaporte personal para facilitar los trámites de migración de estilo. Se adjunta prueba documental.
- 1.5. Durante este año 2009 y a pesar de la conducta de mi padre, en mantener su negativa de autorizarme a viajar, fuera del ámbito de un proceso judicial, le planteé en múltiples oportunidades y con el tiempo suficiente, mi deseo de viajar a la ciudad de Buenos Aires en compañía de mi madre en las vacaciones de setiembre. Como consecuencia de este pedido que especialmente le hiciera y que fuera objeto de muchas conversaciones en meses anteriores, mi padre me prometió –en términos juramentales- y consignándolo en escrito de su puño y letra y bajo su firma, a concederme la autorización de viaje, esta vez sin necesidad de iniciar un trámite judicial. Se acompaña documento original.
- 1.6. Consecuentemente, organicé mi viaje para esta semana de vacaciones de primavera. A realizar los trámites de migraciones concurrió mi madre; el día 16 de setiembre se dirigió a la Dirección General de Migraciones a los efectos de tramitar el permiso correspondiente. En esta oportunidad, me comuniqué con mi padre para transmitirle que concurriera a esta dependencia estatal a firmar la autorización. Grande fue mi sorpresa y mi dolor cuando éste me niega la misma, sin ninguna argumentación que sustente su negativa, rompiendo su promesa; sin importarle que durante

todo ese tiempo transcurrido, fuera programando tan anhelado viaje, en la certeza que esta vez sí, ya contaba con el permiso de mi padre. Con lo cual, mi madre no tuvo posibilidad de iniciar en forma puntual el proceso judicial correspondiente, que eventualmente me hubiera posibilitado contar con la referida autorización para la fecha en que había planificado mi viaje.

- 1.7. Por todo ello, resulta de mi interés iniciar la presente acción de amparo para la protección definitiva – durante todo el lapso que ello resulte necesario hasta el cumplimiento de mi mayoría de edad -de los derechos que reiteradamente vienen siendo vulnerados por parte de mi padre.

2. Fundamentos de Derecho

2.2. Procedencia de la acción

- a. La consagración normativa de los derechos subjetivos requiere siempre la existencia de medios eficaces a través de los cuales, las personas que resulten vulneradas en el goce y ejercicio de sus derechos, encuentren medios idóneos para la protección y el amparo de éstos. So pena que los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico se transformen en una mera enunciación carente de efectividad práctica.

La norma de derecho es desde el punto de vista ontológico un juicio de deber ser, un mandamiento por el cual se establece la conducta debida. Ello, en el ámbito de los derechos subjetivos fundamentales, se manifiesta en el deber universal que tienen todas las personas de abstenerse de realizar acciones u omisiones que perturben el goce y el ejercicio de los derechos del otro.

Es por esta naturaleza de lo jurídico que el derecho requiere de medios, de instrumentos sencillos, rápidos y eficaces, a través de los cuales lograr su efectiva protección.

Esto adquiere particular relevancia, cuando la amenaza de vulneración en sus derechos, se cierne sobre una persona menor de edad; especialmente cuando la acción vulneradora es ejecutada por quién está obligado primariamente a su protección.

El principio del Interés Superior del Niño consagrado normativamente en el Artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Artículo sexto del Código de la Niñez y Adolescencia, impone la obligación de atender primordialmente el interés de la persona menor de edad, que no es otra cosa que la tutela en el goce y ejercicio de sus derechos. Este principio está ordenado teleológicamente en el entendido de que un sujeto en desarrollo requiere de una protección prioritaria de sus derechos, en tanto

cualquier afectación a su goce efectivo podría determinar un grave perjuicio al pleno desarrollo de su personalidad. Repercutiendo no solo, en el presente sino determinando negativamente en todo el curso de su periplo existencial.

- b. Esta garantía de que son titulares todas las personas de contar con recursos sencillos y eficaces para la protección de sus derechos, aparece recogido en el ordenamiento jurídico nacional con rango constitucional en el Artículo 72 de la Carta Magna, el que reza que:

«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.»

Disposición por la cual, a través de una cláusula abierta, se integran al orden jurídico del país, con rango y fuerza constitucional, todos aquellos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos. En varios de ellos, se consagra la obligación de cada Estado de establecer mecanismos sencillos, rápidos y eficaces para la tutela de los derechos de las personas.

Artículo octavo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que expresa:

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.»

El Artículo 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos donde se preceptúa que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a. *Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*
- b. *La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;*
- c. *Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

El Artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que *«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.»*

Este amplio elenco de preceptos de rango constitucional que consagran diversos mecanismos de garantía, concebidos como verdaderos derechos subjetivos, perfectos, y que han de ser desarrollados por el legislador, en atención a lo dispuesto en el Artículo 18 de la Constitución, en tanto dispone que le corresponde a la ley establecer el orden y las formalidades de los juicios. Cabe precisar que, la omisión de éste en dar adecuado orden procesal a las referidas garantías, no obsta a la efectividad de las mismas por imperio del Artículo 332 de la Constitución. En caso, que las referidas garantías no cuenten para su plena efectivización con las correspondientes disposiciones de orden procesal de rango legal *«No dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.»*

Con la sanción de la ley N° 16011, el legislador vino a dar cumplimiento a su obligación de fijar un mecanismo procesal para la efectivización de algunas de las garantías constitucionales; sin que esto pueda interpretarse en el sentido de que solo encuentran plena efectivización aquellas garantías que cuentan con un orden procesal específico para su sustanciación. De ninguna forma esa fue la intención del legislador.

En un sistema jurídico como el de la República, en el cual el poder normativo de modificar el texto constitucional está radicado en la Nación, que se expresa a través de su órgano Cuerpo Electoral, el legislador ha de desarrollar su actividad dentro del marco de lo establecido por la Constitución y no está facultado para modificar ésta en ningún aspecto ni aun por vía interpretativa. Por ello, el elenco de garantías con las que cuenta los habitantes de la República para la protección de sus derechos no se agota en las hipótesis contempladas en las leyes procesales sancionadas al respecto, sino que incluye otros que se derivan de los instrumentos internacionales con rango constitucional, para cuya efectivización en el plano procesal se recurre a las leyes análogas y demás instrumentos de integración del derecho previstos en el Artículo 332 de la Carta Magna.

En este sentido, el Código de la Niñez y de la Adolescencia vino a ampliar el elenco de garantías que cuenta con vías procesales específicas para su sustanciación, en tanto estableció la presunción de la ineficacia de los demás medios de protección, inciso 3º del Artículo 195. Con lo cual dio forma a un proceso de amparo especial con una regulación más flexible en cuanto a los requisitos de admisibilidad que el que estableciera la ley N° 16011 y ello en atención al plus de protección que requieren los derechos de las personas menores de edad.

- c. Plazo. Como hiciera mención en el capítulo de hechos, el día 16 de setiembre mi madre concurre a la Dirección Nacional de Migraciones a realizar el trámite correspondiente, y ese mismo día me comunico con mi padre para avisarle que ya podía ir a firmar la autorización; fue en ese momento que me respondió que no iría a firmar. Por lo tanto esta es la fecha a partir de la cual se ha de contar el plazo de los treinta días establecidos por la ley.

De todas formas es de precisar que como surge de las circunstancias relatadas en el capítulo de hechos, la actitud que asumiera mi padre en estas circunstancias importa colocarme en un estado de situación permanente de la que se derivan la vulneración de mis derechos. Ante lo cual, estoy jurídicamente habilitada para entablar la presente acción sin consideraciones de plazo alguno.

2.3. Ilegitimidad Manifiesta

La conducta asumida por mi padre resulta manifiestamente ilegítima y ello en atención a dos órdenes de razones.

- 2.3.1. Por un lado, está incurriendo en un flagrante incumplimiento de sus deberes que emergen de la patria potestad. Estatuto que ha sido reformulado en el marco del nuevo paradigma de la infancia establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La condición jurídica de los niños y adolescentes como sujeto de derechos es el fundamento de esta reformulación; la Convención sobre los Derechos del Niño vino a establecer un nuevo orden de relacionamiento entre los niños y los adultos en general, y en especial con la familia, la comunidad y el Estado. En este marco, el elenco de derechos y deberes que pautaban la relación de sumisión de los hijos con sus padres, han sido sustancialmente modificadas; los padres ya no tienen la potestad de ejercer en nombre de sus hijos, los derechos de los que estos son titulares. Sino que ahora tienen el deber primordial de orientar y guiar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, como lo dispone el Artículo 5º de la Convención.

Este Artículo quinto, debe leerse conjuntamente con el Artículo 18 de la misma Convención, que luego de reconocer el derecho y el deber de los padres a la crianza y educación de sus hijos, así como la obligación del Estado de garantizarlo y apoyarlos, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (Artículo 18.1) Como bien expresa el Profesor Miguel Cillero, «al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.» (Justicia y Derechos del Niño. Número 9. Página 140. UNICEF. Noviembre 2008).

Por tanto, la negativa sistemática de mi padre a otorgarme la autorización para viajar, fuera del ámbito judicial, ha importado un desconocimiento de mis derechos y por ende, un incumplimiento en su deber de orientarme y guiarme en el ejercicio de los mismos. Coartándome – además- el goce de una amplia gama de derechos fundamentales que fueron enunciados en el exordio.

- 2.3.2. El otro orden de razones refiere a la inexistencia de un argumento racional alguno que sustente su negativa. Lo que denuncia un ejercicio de poder ilegítimo por su parte, reñido con los principios estructurantes de la nueva configuración del estatuto que regula la relación entre hijos y padres. En tanto, los poderes o las potestades que a éstos le otorga el ordenamiento jurídico están necesariamente racionalmente fundados y sujetos al cumplimiento de ciertas funciones; estas potestades se le otorgan para que los padres contribuyan al pleno desarrollo de sus hijos. Cualquier ejercicio de estas potestades que no esté en consonancia con esa finalidad, deviene ilegítimo.
- 2.3.3. En último término, corresponde establecer un tercer orden de razones referidas a un conjunto de circunstancias que determinan que deba iniciar un proceso judicial cuando aparentemente ello resultare – paradójicamente- ocioso, en tanto mi padre -que una y otra vez- se ha negado a otorgarme fuera de la sede judicial su autorización para viajar, cuando recibe la notificación de la acción judicial correspondiente, comparece ante la sede expresando que se allana en su pretensión y delega en la Sede la potestad – que ésta ya tiene- de resolver la situación.

Obligando a mi madre, ante cada oportunidad de viajar que se me presentara, a la promoción de un proceso judicial de autorización de viaje, que por su propia regulación legal ha resultado en la mayoría de las veces, ineficaz para la protección de mis derechos. Proceso judicial, cuya tramitación no hubiera sido necesario si mi padre hubiera prestado su consentimiento fuera de la Sede judicial y no como lo hizo implícitamente cada vez que compareció en los juicios entablados al respecto.

2.4. Inexistencia de otra vía procesal idónea.

Cabe reiterar que el Artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia en su inciso tercero dispone, que se presume, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces.

El proceso denominado de autorización de viaje, regulado en el Artículo 191 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia, opera como un mecanismo de protección de los poderes – deberes que a los padres les atribuye la patria potestad. Cuando se presenta un disenso entre los padres respecto a otorgar o no la autorización para viajar a uno de sus hijos, se pone en manos de la justicia la dilucidación del conflicto. Como surge de la naturaleza que la ley le otorgara a estos procedimientos, la finalidad del mismo es tutelar el ejercicio de los derechos que la patria potestad les atribuye a los padres respecto de sus hijos.

No es objeto del referido proceso de autorización de viaje, amparar, tutelar los derechos que las personas menores de edad son titulares, a viajar, a conocer otros pueblos y culturas, y al ejercicio de su autonomía personal. Tutela que sí es el objeto de la presente acción de amparo.

A este respecto cabe precisar, que si bien – en ocasiones anteriores – se obtuvieron las correspondientes autorizaciones de viaje, ello no ha importado una efectiva tutela del amplio elenco de derechos a los que se ha hecho mención y que han sido reiteradamente vulnerados.

Para mayor abundamiento, es necesario efectuar ciertas puntualizaciones respecto de algunos efectos derivados de haber entablado los accionamientos de autorización de viaje que fueron mencionados. La ineptitud de este medio procesal para tutelar mis derechos, conjugados con las obvias expectativas que abrigara y las consecuentes frustraciones aparejadas, terminaron generando afectaciones y vulneraciones a otros de mis derechos, como por ejemplo el de mi autonomía en el ejercicio de decidir viajar y programar los viajes conforme a mis tiempos, mis calendarios, mis preferencias y mis obligaciones curriculares, entre otros. Lo que redundara además en la afectación a mi estado de ánimo y a mi derecho a la tranquilidad personal.

El derecho de viajar está protegido por la Convención Iberoamericana de los Jóvenes en su Artículo 32 y aunque se entendiera que el medio para tutelar este derecho sea efectivamente el procedimiento de autorización de viaje previsto en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, la apreciación de un conjunto de elementos que rodean al proceso y que se derivan de su propia ritualidad, han determinado que el mismo resulte un mecanismo no idóneo para la tutela de este derecho.

En tanto el mismo posee un tiempo de tramitación indeterminado, por lo cual no resulta fácticamente posible ajustar adecuadamente el lapso que ha de mediar entre el momento de formular la solicitud y el momento en que se pretende viajar. La posibilidad de efectuar un viaje surge muchas veces repentinamente, o son determinados por circunstancias aleatorias que se derivan de mis obligaciones curriculares, como el calendario de exámenes y las vicisitudes que se derivan de éstos. La ocurrencia de estas circunstancias hace difícil prever la oportunidad procesal del accionamiento. Como ya se ha expresado, cada vez que se ha presentado la oportunidad de viajar, se ha intentado obtener de mi padre la respectiva autorización para evitar la acción judicial, factor que se ha de tener en cuenta para valorar la eficacia del medio procesal porque influye en el lapso que lleva decidir la presentación de la acción, que puede resultar por ello inoportuna. Quedando presa y víctima de circunstancias que trasvasan mi esfera subjetiva.

La realización de un viaje de paseo con mi familia, que ha de ser motivo de regocijo, se transforma en un periplo de incertidumbres y de congoja que termina vulnerando otro orden de derechos, causándome más frustración en cuanto a la imposibilidad de conocer otros lugares, otras personas y de aprender, sumiéndome en una situación de pesadumbre.

Todos estos elementos están determinando que la única forma efectiva de tutelar mis derechos en forma definitiva por el lapso que resta hasta cumplir la mayoría de edad, es el accionamiento por vía del amparo para obtener la efectiva tutela de mis derechos vulnerados a los que se hiciera referencia *ut supra*.

3. Capacidad para el ejercicio de actos procesales de las personas menores de edad

En cumplimiento de parte de las obligaciones asumidas por nuestro país con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y como desarrollo de algunas de sus disposiciones, que en tanto instrumento de protección de derechos fundamentales inherentes a la personalidad humana había ingresado con rango constitucional la ordenamiento jurídico interno de la

República- el legislador procedió a sancionar el Código de la Niñez y Adolescencia en cuyo Artículo octavo se dispone que:

Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.

Del mero análisis exegético del texto de la disposición se puede concluir que con la sanción del Código se ha establecido como principio general el reconocimiento de la capacidad de los niños y adolescentes para estar en juicio; aserto que aparece relativizado por la referencia que se efectúa al grado de evolución y madurez de sus facultades. Esto impone la necesidad de someter a un análisis lógico sistemático de la referida disposición que atienda por una parte a los principios que la inspiran y al contexto general de la ley en la cual se reconoce a los adolescentes entre 13 y 18 años de edad su capacidad para ser parte de un proceso especial de naturaleza penal, por tanto debe entenderse la relativización referida solo alcanza a los niños y niñas menores de 13 años siguiendo la definición dada en el Artículo primero del Código.

Contando actualmente con 16 años de edad, tengo derecho a comparecer legítima y debidamente patrocinada, ante la Sede a promover la presente acción que ampare mis derechos.

4. Naturaleza de los derechos que se pretenden amparar y rango constitucional de los mismos

La Convención sobre los Derechos del Niño vino a reconocer normativamente la condición jurídica de sujetos de derechos de las personas menores de edad, que de forma creciente vamos adquiriendo mayor autonomía en el ejercicio de nuestros derechos. El reconocimiento de estos derechos importa una manifestación del principio del respeto a la dignidad de la personalidad

humana, principio fundante de todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos y fundamento esencial de nuestra organización institucional como lo preceptúa el Artículo 72 de nuestra Carta Magna.

Como expresión de los referidos principios y derechos, la Convención Iberoamericana de los Jóvenes- aplicable a las personas entre 15 y 24 años de edad- estableció en su Artículo 32, el derecho de estos:

«a la recreación y al tiempo libre, a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, como mecanismo para promover el intercambio cultural educativo, vivencial y lúdico, a fin de alcanzar el conocimiento mutuo y el respeto a la diversidad cultural y a la solidaridad. 2. Los Estados Parte se comprometen a implementar políticas y programas que promuevan el ejercicio de estos derechos y a adoptar medidas que faciliten el libre tránsito de los jóvenes entre sus países.»

Surge sin hesitación alguna, del mero análisis exegético gramatical, de la disposición que la misma está, por una parte, consagrando el derecho de los jóvenes a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, como mecanismo para promover el intercambio cultural educativo, vivencial y lúdico.

Por otra parte, está estableciendo la obligación positiva del Estado de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar el libre tránsito de los jóvenes de la región. Lo que es un claro mandamiento a los Estados a que establezcan instrumentos jurídicos adecuados para la protección de esos derechos.

En esta Convención Iberoamericana de los Jóvenes, se profundiza el principio de la autonomía progresiva consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho a viajar es el reconocimiento del derecho de los jóvenes a la participación activa en la vida social, no solo de nuestro país, sino de otras comunidades, que nos permite el conocimiento de otras formas de organización social y cultural, el intercambio con otros jóvenes, enriqueciendo nuestro acervo intelectual y el de nuestra comunidad más cercana (amigos, compañeros de estudio, familiares, etc.), con lo cual redundará en un impacto positivo a la comunidad en general. En suma, contribuye a la promoción de una cultura de paz, libertad y hermandad.

De alguna forma, ya en anteriores instrumentos jurídicos internacionales, se había expresado que las personas menores de edad adquieren en algún momento de su desarrollo psico-social, la autonomía suficiente para decidir por sí algunas cuestiones que directamente afecten su vida. Como por ejemplo elegir el domicilio donde residir.

Esta solución se consagró en la Convención Sobre Los Aspectos Civiles De La Sustracción Internacional De Menores aprobada de La Haya, aprobada por el Parlamento uruguayo, por Ley 17. 109 de 12 de mayo de 1999. Esta Convención que refiere al establecimiento de un mecanismo para la restitución internacional de las personas menores de edad, preceptúa en su Artículo 4 que:

«El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.»

Con esta solución vino implícitamente a reconocer a las personas mayores de 16 años su derecho a elegir libremente su lugar de residencia. Teniendo en cuenta que esta Convención viene a regular restituciones de menores de edad que se encuentran en un país diferente del padre o madre reclamante. La potestad que les otorga a los jóvenes mayores de 16 años, de decidir libremente en que domicilio vivir, implica el derecho a decidir cuál será el país de su residencia. Y por ende implícitamente se le reconoce el derecho de viajar entre los distintos países. Por aplicación del viejo aforismo «de quien puede lo más puede lo menos» se puede concluir que esta Convención ha venido a reconocer a las personas mayores de 16 años de edad, el derecho a viajar libremente por el mundo. Sin que para esto sea necesaria la concurrencia de la voluntad de ninguna otra persona.

Estos derechos recogidos normativamente en los recién mencionados instrumentos internacionales están referidos a la protección de la dignidad de la persona humana. Porque importan un reconocimiento de la condición jurídica de sujetos de derechos de los jóvenes, porque consagran el derecho al pleno ejercicio de su libertad personal. Por lo cual, estos derechos son inherentes a la protección de la personalidad humana, ingresando directamente con rango constitucional al ordenamiento jurídico del país.

Como se refiere la ley 16.011 en su Artículo 1º el elenco de derechos constitucionalmente tutelados no se agota con los que la Constitución enuncia explícitamente, sino que éste se integra además con todos aquellos derechos implícitamente referidos en el Artículo 72 del texto constitucional. Para la tutela de todos estos derechos, explícitos e implícitamente amparados constitucionalmente, el legislador vino a estructurar la denominada acción de amparo.

Teniendo en cuenta las reiteradas manifestaciones efectuadas por mi padre en los expedientes de autorización de viaje iniciados por mi madre, acerca de su voluntad que fuera la Sede la que dirimiera cada autorización planteada, la Sede, ante el eventual conflicto que esta acción de am-

paro –de ser acogida– genere entre los intereses de mi padre y los míos, atenderá a que la Convención sobre los Derechos del Niño establece una especial tutela al Interés Superior del niño que no es otra cosa que la satisfacción de sus derechos, en el sentido que bien explicita el Prof. Miguel Cillero cuando expresa que este principio «es una garantía para la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos» Y en caso de conflicto de intereses, deberá atenderse prioritariamente al interés del niño. Esto es así, «(...) no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen»

El Artículo 6º del Código de la Niñez y de la Adolescencia, consagra este principio y lo define como el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.

La medida de amparo solicitada

Corresponde precisar que la Ley 16.011, que estableciera el proceso de amparo, dispone que para la protección de los derechos a amparar, el Magistrado podrá disponer aquella medida que entienda que de manera más eficaz cumpla con la tuición del derecho. En tanto, elípticamente le otorga amplísimas potestades al respecto. Disponiendo en su Artículo 9º literal B, que «La sentencia que haga lugar al amparo deberá contener:

La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo»

En este sentido, la medida que más eficazmente me ampararía en el ejercicio de mis derechos es que la Sede se supla en la voluntad de mi padre para el otorgamiento del pasaporte.

Prueba

A. Documental.

A.1. Testimonio de la partida de nacimiento donde surge acreditada mi edad.

A.2. Pasaporte personal, donde surge acreditada la habitualidad de viajar.

A.3. Carta redactada y firmada por mi padre, donde jura que me autoriza a viajar.

B. Expedientes tramitados en esta Sede, identificados con los números y, archivados con los números. Con ellos se acreditan los dichos de mi padre y que deberán ser tenidos en cuenta como prueba de las acciones entabladas por mi madre, la Sra. en los años anteriores.

Petitorio

Por lo expuesto a la Sede solicito:

1. Que me tenga por presentada, con los documentos que acompaño, y por entablada la acción de amparo.
2. Que se admita la presente acción.
3. Que en definitiva me ampare en el ejercicio de mis derechos a la libertad personal, a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, en forma definitiva por el lapso que me resta hasta cumplir la mayoría de edad, supliéndose la Sede en la voluntad de mi padre procediendo a la firma del pasaporte. Oficiándose a la autoridad correspondiente.

1er. OTROSÍ DIGO: La Profesional patrocinante, renuncia al cobro de sus honorarios profesionales.

2º. OTROSÍ DIGO: La Sra., domiciliada en, firma de conformidad este escrito.

3º. OTROSÍ DIGO. Autorizo al Procurador en atención a lo dispuesto por los Artículos 85, 90, 105, 106 y 107 del CGP.

IV. FORMULA ACCIÓN DE AMPARO

Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de Primer Turno

AA CI y BB, CI (...), ambos con domicilio real en xxxxx y constituyendo a los efectos procesales domicilio en Calle Uruguay (defensoría de familia) Montevideo Uruguay, ante el Juzgado se presenta y dice: Que viene a formular acción de amparo en protección de su derecho constitucional a la vivienda y al desarrollo de su vida en un marco de dignidad y decoro contra el Ministerio de Desarrollo Social domiciliado en la calle 18 de julio (...) Montevideo Uruguay y el Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente domiciliado en la calle (...), en virtud de los fundamentos facticos y jurídicos que seguidamente se pasan a exponer.

Capítulo I

Circunstancias fácticas

Los comparecientes junto con sus dos hijos se encuentran en situación de calle tal como ha quedado acreditado en expediente IUE xxxx sustanciado en el Juzgado Letrado de Familia Especializado de cuarto turno; las referidas actuaciones judiciales fueron incoadas a solicitud del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay organismo que compareció ante el citado tribunal impetrando se dispusiera la internación de los dos hijos de los comparecientes

fundando su pretensión en la situación de extremo desamparo material en la que ambos menores se encuentran. Como ha quedado acreditado de forma fehaciente mediante instrumentos públicos agregados en el expediente judicial ut supra referido emanados del Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay y de varios testigos llamados a deponer en los referidos obrados, los comparecientes se encuentran desde hace seis meses desocupados, contando la familia como únicos ingresos los provenientes de la asignación familiar y los que ocasionalmente obtiene AA mediante la realización de changas en la vía pública (cuida coches) los que resultan sin hesitación alguna insuficientes para atender las más elementales necesidades materiales.

Tal como surge de la prueba diligenciada en los ya referidos obrados los dos menores concurren regularmente a la Escuela Pública N° (...) sita en la calle (...) Los comparecientes han arribado recientemente a la Capital de la República proveniente del interior del país luego de perder sus empleos como consecuencia del cierre de una empresa agrícola forestal; ambos poseen como escolaridad la primaria completa.

La defensa de ambos comparecientes a cargo de curiales públicos se opuso con éxito a la solicitud de internación formulada por el Instituto del Niño y del Adolescente anunciando la formulación de la presente acción y en virtud de lo dispuesto del Artículo 12 inc. Segundo del Código de la Niñez y de la Adolescencia «*Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas.*» Precepto legal que fuera sancionado en virtud de lo dispuesto del Artículo 40 de la Constitución de la República y del Artículo 27 numeral tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los comparecientes realizaron numerosas gestiones ante los Ministerios de Desarrollo Social y de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, sin obtener respuestas positivas a su solicitud. Como consecuencia de ello se dirigieron al Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay, obteniendo en este caso como única respuesta de solución a sus reclamos la institucionalización de sus hijos, a lo que los comparecientes no se avinieron, circunstancia que diera lugar a la iniciación de los procedimientos judiciales sustanciados ante la Justicia Especializada a los que ya se hizo referencia.

Fundamentos jurídicos de la acción

Aspectos sustantivos

Los comparecientes se encuentran privados del ejercicio de un amplio elenco de derechos económicos sociales y culturales lo que compromete el ejercicio de alguno de sus más básicos derechos humanos. Los derechos humanos imperativos axiológicos y jurídicos del accionar político encuentran su

fundamento último en la inalienable e indivisible dignidad de la persona humana que se sostiene en la premisa deontológica kantiana de que cada hombre o mujer es un fin en sí mismo, un ser titular del derecho inalienable a desarrollar con plenitud y en libertad su particular personalidad.

Con la teleología de hacer efectiva dicha premisa axiológica los hombres han acordado dotarse de un conjunto de instituciones que conforma la estructura política jurídica del Estado. El estado ha nacido para la tutela efectiva de los derechos humanos los que existen antes de que este emergiera, Artículo 7 de la Constitución de la República, derechos para cuya tuición hemos acordado dotarnos de una cierta organización política institucional. El constituyente patrio se expresó con meridiana claridad en este sentido al disponer que todos los habitantes de la república tienen el derecho a ser protegidos en el goce...

Estableciendo que los referidos derechos no son conferidos sino meramente reconocidos por la Constitución preceptuando concomitantemente que es deber del estado la tutela efectiva de los mismos. La protección de los referidos derechos es la orientación teleológica que informa nuestra Constitución lo que como corolario viene a determinar que dicha tutela es el más esencial imperativo político jurídico del Estado.

La Constitución de la República ha dispuesto que la protección de la dignidad humana es la finalidad esencial que ha de perseguir el estado -Artículo 72 de la Carta- en concordancia con ello preceptúa que es deber del estado velar por la estabilidad material de la familia, ámbito que define como el propicio para el desarrollo de las personas menores de edad, Artículo 40; en consonancia con lo establecido en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, «*Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, (...)*»

No resulta pasible de hesitación alguna que del ejercicio efectivo del derecho a la vivienda digna depende en grado sumo la estabilidad material de la familia, institución básica de nuestra sociedad, Artículo 40 de la norma suprema de la República.

La afectación del derecho a la vivienda implica la vulneración de otros derechos fundamentales conexos e interdependientes como la vida, igualdad, el desarrollo social, la dignidad, la educación, la identidad social, salud, seguridad, entre otros. Solo una efectiva protección de la estabilidad material de la familia podrá garantizar a los niños el ejercicio de sus derechos, que por su condición de sujetos en desarrollo merecen una protección especial para el efectivo goce de estos derechos.

En consonancia con la racionalidad jurídica que la informa, la Constitución preceptúa en el Artículo 45 que todo habitante de la República tiene derecho a una vivienda digna y decorosa, norma cuya mera exegesis literal permite

concluir que el derecho a la vivienda es un derecho constitucional con carácter subjetivo perfecto autoejecutable. No resultando en ningún sentido dogmáticamente procedente calificar a la citada disposición como de naturaleza programática y ello sin perjuicio de que la misma contiene además de la consagración del referido derecho una disposición en la que ordena al legislador el dictado de la normativa de rango legal necesaria a fin de conferirle efectiva tutela al derecho que reconoce. Pero debe tenerse presente que el constituyente patrio por imperio de lo dispuesto en el Artículo 332 de la Carta ha establecido que en ningún caso las normas en las que se consagran derechos dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación legal respectiva, estableciendo como certeramente lo ha señalado el Dr. Profesor Martín Riso un verdadero mecanismo de protección de la Constitución frente a las omisiones del Poder Legislativo.

El cumplimiento de los mandatos constitucionales no puede quedar a merced de la voluntad política de quienes detentan la conducción de los organismos públicos que tienen el deber de ejecutar los planes y programas necesarios para atender la emergencia social de aquellas personas que se encuentran en una situación de absoluto desamparo material.

El poder constituyente le ha sido conferido a la Nación Artículos 4 y 331 de la Carta, por ello el cumplimiento de los referidos mandatos no puede quedar a merced de órganos políticos que poseen inferior poder normativo como el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo.

La exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) durante largo tiempo fue uno de los objetos centrales del debate doctrinario en el ámbito del Derecho Público.

La negativa de admitir la procedencia de la exigibilidad judicial de tales derechos se sustentaba en tres órdenes de razones fundamentales: por una parte el ejercicio y goce de estos derechos llevaba implícito la imposición de correlativas obligaciones de hacer al Estado y la sociedad toda. En el marco conceptual del pensamiento político-jurídico del primer liberalismo, no resultaba concebible que el Estado asumiera respecto de las personas, obligaciones de hacer, en tanto solo concebían al Estado como titular de obligaciones de no hacer cuyo fundamento estaba fincado en el respeto inalienable que este debía observar de la esfera privada de las personas.

Todo esto, en el entendido de que el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana era fácticamente realizable, siempre que el estado se abstuviera de interferir en una amplia esfera de asuntos que delimitaban una verdadera zona de clausura al accionar político dentro de la cual se encontraba todo lo referente a la producción y distribución de bienes y servicios.

Dentro del universo conceptual de la doctrina tradicional respecto a la división de poderes y funciones entre los distintos órganos del Estado, se entendía que no era procedente que el Poder Judicial dictara mandatos jurí-

dicos encaminados a la protección de esos derechos porque ello suponía la usurpación de funciones de los que era titular otro órgano del Estado.

Y por último el tercer orden de razones estaba referido a la forma en que fueron reconocidos estos derechos, básicamente en normas de rango constitucional de tipo programática.

No obstante, progresivamente se ha venido admitiendo que ante situaciones que generen su vulneración es procedente acceder a la tutela judicial de los mismos, y ello por fundamentos de orden teórico-conceptuales referidos a la conformación de un entendimiento respecto de que el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos tiene un presupuesto de posibilidad fáctica en el goce y ejercicio efectivo de los derechos económicos y sociales.

Para que se configuren las condiciones que posibiliten el desarrollo pleno de la personalidad de cada uno de los individuos de una sociedad, no basta con que el Estado se abstenga de interferir en la esfera individual de las personas, sino que además es necesario que el Estado garantice el goce efectivo de los DESC.

Los derechos económicos y sociales fueron alcanzando su progresivo reconocimiento normativo a lo largo del trascurso del pasado siglo como consecuencia de los impactos que provocara en el plano jurídico normativo la universalización del derecho al sufragio y la admisión jurídica y política del actor sindical.

La consagración normativa de los DESC fue determinando que progresivamente fuera admitida la posibilidad de su exigibilidad judicial en tanto derechos subjetivos perfectos ya que los mismos admiten -al igual que los derechos políticos y civiles- la tutela judicial; esto es así en tanto integran el mismo orden normativo y poseen la misma fuerza vinculante; y comparten un mismo fundamento esencial al que debe servir todo el ordenamiento jurídico: el principio del respeto a la dignidad de la persona humana.

En este sentido se expresó el Doctor Víctor Bazán en su trabajo «Los Derechos Económicos Sociales y Culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e internacionales», publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II:

«Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos en «categorías» pretendidamente diversas y estancas solo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan a favor de la indivisibilidad, la universalidad, la interdependencia de los derechos humanos, sean estos civiles, políticos o económicos, sociales y culturales»

Estas construcciones efectuadas por la dogmática jurídica respecto de la procedencia de la exigibilidad judicial de los DESC encontró expresión en el

plano normativo a partir de la sanción por parte de la comunidad internacional, del Pacto De Derechos Económicos Sociales y Culturales; instrumento que le confirió a los derechos económicos sociales y culturales el carácter de verdaderos derechos subjetivos perfectos a los que les corresponden correlativos deberes del Estado, de la sociedad y de la comunidad internacional. En tanto en el primer inciso del Artículo 2º del mencionado instrumento jurídico internacional se expresa:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

Esto significó un verdadero giro copernicano en lo que a la exigibilidad judicial de los DESC refiere. Las formulaciones normativas que los positivizan no pueden desde entonces seguir siendo visualizadas como meras expresiones de buena voluntad carentes de eficacia jurídica ni meras formulaciones en torno a la teleología que han de ser perseguidas en el plano político. La procedencia jurídica de la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el ordenamiento jurídico de la república no resulta un asunto pasible de hesitación de especie alguna en razón que todo el elenco de derechos que cuentan con la tuición constitucional poseen el carácter de subjetivos perfectos tanto los que la dogmática tradicional ha denominado como civiles y políticos como los que las referidas corrientes doctrinarias refieren con el *nomen iuris* de económicos, sociales y culturales.

Objeto de la acción

La concesión a los actores del derecho real de habitación y uso de un inmueble ubicado dentro de los límites de la ciudad de Montevideo que reúna las condiciones necesarias para servir de casa habitación al núcleo familiar que ellos conforman.

Aspectos adjetivos de la acción

El presente accionamiento tiene por objeto la tuición de un derecho constitucional para cuya tutela efectiva el legislador ha estructurado el denominado proceso de amparo en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 72 de la Constitución de la República y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este sentido corresponde señalar que los Artículos 1°, 2° y 25° de la Convención Americana obligan al Estado uruguayo a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el acceso a un recurso rápido eficaz y sencillo para la protección de sus derechos humanos. Cualquier omisión en este sentido de un órgano de algunos de los poderes del Estado comprometería su responsabilidad ante la Comunidad Internacional.

En cumplimiento de las referidas obligaciones el legislador dictó la Ley número 16.011, dispositivo normativo por el que no se puede restringir el ejercicio del referido derecho a contar con un recurso rápido, eficaz y sencillo en tanto el mismo está consagrado en normas supra legales. Dicha disposición legal debe interpretarse siempre en el sentido de ser un instrumento para la sustanciación de las referidas garantías. El derecho a contar con un recurso de esta naturaleza es un derecho constitucionalmente establecido en la República ya que el tenor de lo dispuesto en el Artículo 25 de la Convención Americana se integra por lo dispuesto en el Artículo 72 de la Constitución al elenco de derechos que cuenta con la tutela constitucional, tal como lo ha entendido la más reciente jurisprudencia de nuestro máximo órgano jurisdiccional la Suprema Corte de Justicia.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, en la hipótesis de marras se han configurado todos los presupuestos de admisibilidad previstos en la ley numero 16.011: - rango constitucional del derecho cuya tuición se pretende; - inexistencia de otro procedimiento rápido y eficaz para la tuición de dicho derecho; no resulta pasible de discusión que en el ordenamiento jurídico de la República no cuenta con otro procedimiento que pueda servir de mecanismo de protección del derecho que aquí se invoca. Resultando por demás ineficaz las acciones de naturaleza administrativa que con este objeto se pudieran emprender, cabe resaltar además que los gestionantes formularon solicitudes ante los organismos demandados sin obtener respuesta y de ello ha trascurrido un tiempo más que prudencial. - Plazo. Los accionantes se encuentran en un estado de vulneración de sus derechos que se ha venido dilatando en el tiempo configurando un estado de duración indefinida por lo que se encuentran en plazo de impetrar la presente acción.

Prueba

1. Testimonio de partidas de nacimientos y de matrimonio.
2. Solicitud fundada al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.
3. Solicitud fundada al Ministerio de Desarrollo Social.
4. Testimonio del expediente tramitado en el Juzgado Especializado de 4° turno.

Petitorio

Por lo expuesto a la Sede solicitamos:

Que nos tenga por presentados y por admitida la prueba que se agrega y en definitiva previo al rito legal de estilo acoja la pretensión incoada amparándonos en el ejercicio constitucional a la vivienda, obligando a los demandados a concedernos el derecho real de habitación y uso de un inmueble ubicado dentro de los límites de la ciudad de Montevideo que reúna las condiciones necesarias para servir de casa habitación al núcleo familiar que ellos conforman.

Este libro es el resultado de un trabajo colectivo de un grupo de profesionales del Derecho que integran la Defensa Pública nacional. Este grupo se abocó a reflexionar en torno a los mecanismos establecidos para el efectivo ejercicio de los derechos de las personas menores de edad en el ámbito jurisdiccional y al papel que le corresponde desarrollar a la defensa técnica dentro del mencionado entramado institucional.

La defensa técnica jurídica ha transitado un largo camino, concebida originariamente como un obstáculo, como una traba a la concreción del bienestar de la infancia y hoy entendida como un actor fundamental en el sistema de administración de justicia en materia de infancia. Que el niño cuente con una adecuada defensa técnica jurídica es concebido hoy como criterio central para determinar la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia.

La publicación constituye un material de trabajo imprescindible para avanzar en la inequívoca dirección que establece la Convención sobre los Derechos del Niño el efectivo reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de las personas menores de edad.