

Ediciones del CIEJ (Montevideo).

Sistema penal juvenil.

Gómez Heguy, Carina y Fessler, Daniel.

Cita:

Gómez Heguy, Carina y Fessler, Daniel (2008). *Sistema penal juvenil*.
Montevideo: Ediciones del CIEJ.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/daniel.fessler/3>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pugn/Tcx>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

SISTEMA PENAL J U V E N I L

DANIEL FESSLER | CARINA GÓMEZ HEGUY
(COMPILADORES)

MARIANA MALET VÁZQUEZ
DR. DANIEL SAYAGUÉS LASO
EMILIO GARCÍA MÉNDEZ



Primera edición: abril de 2008
EDICIONES DEL CIEJ - W. Ferreira Aldunate 1280
Montevideo – Uruguay
e-mail: ciejpublicaciones@gmail.com

Diseño de colección: Pablo Baneira
Cubierta: Comedor de la Colonia Educacional de Varones - Archivo del SODRE

A MODO DE PRESENTACIÓN

La preocupación del Centro de Investigación y Estudios Judiciales - AFJU sobre el sistema penal juvenil tiene larga data en la corta vida del instituto. Con motivo de los 70 años del Código del Niño y la instrumentación de los juzgados de menores el CIEJ invitó a destacados panelistas para reflexionar sobre el tema. Más allá de esos aportes iniciales las premisas de la convocatoria a ese encuentro siguen presentes y con ella nuestra disposición a poner nuestro “granito de arena”.

El presente trabajo reúne en cinco enfoques el pasado, el presente y el futuro del sistema penal juvenil procurando aportar claves para una mejor comprensión de su desarrollo y transformaciones.

Un primer estudio desarrollado por Daniel Fessler pretende visualizar algunas líneas del proceso que culminó en el Código del Niño. Sancionado en 1934, marcará largamente el tratamiento de la infancia en nuestro país dejando una impronta que muchas veces parece trascender su propia vigencia.

El artículo de Carina Gómez Heguy estudia el proceso que en las décadas siguientes llevó a las modificaciones legales consagradas finalmente en el actual Código de la Niñez y la Adolescencia.

La incorporación de una visión histórica del tema aspira a minar la idea tan extendida en el campo jurídico de un derecho eterno, aséptico y alejado de la realidad social.

Posteriormente, el trabajo de Mariana Malet se introduce en el andamiaje del Código de la Niñez y la Adolescencia contemplando, como señala la autora, avances y retrocesos que encierran la nueva legislación.

A continuación Daniel Sayagués, propone posibles reformas a este Código en lo que hace a adolescentes infractores, enriqueciendo la discusión ante la eventualidad de nuevas modificaciones en lo que hace al proceso infraccional.

Finalmente, el aporte de Emilio García Méndez, especialista en temas de la infancia y consultor de UNICEF, incorpora el tema de los derechos de la niñez y la adolescencia en Argentina que con sus semejanzas y diferencias puede resultar también un espejo en el “*donde estamos y para donde vamos*” como señala el propio autor.

Los articulistas, de cierta forma, comparten el estar o haber estado ligados en la práctica a los juzgados de menores. Quienes conozcan las características de esas sedes saben que resulta casi imposible que la actividad en una materia tan sensible no deje una profunda huella. Ello seguramente marcó su interés por el tema aunando a su impronta profesional la que resulta de la praxis.

SUMARIO

Daniel Fessler

EL SIGLO DE LOS NIÑOS

Carina Gómez Heguy

DEL “NIÑO” A LA “NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”. EL PERÍODO INTERCÓDIGOS

Mariana Malet Vázquez

PERSPECTIVA CRÍTICA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. DESDE LOS
PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Daniel Sayagués Laso

ALGUNAS DE LAS REFORMAS PROPUESTAS AL C.N.A. EN MATERIA DE
ADOLESCENTES INFRACTORES

Emilio García Méndez

DERECHOS DE LA INFANCIA EN LA ARGENTINA: DONDE ESTAMOS Y PARA DONDE
VAMOS

EL SIGLO DE LOS NIÑOS¹

Daniel Fessler

“LOS MÁS TEMIBLES DELINCUENTES FUERON TAMBIÉN NIÑOS”²

En la actualidad, reiteradamente, se tiende a percibir a una franja de la niñez, particularmente a la proveniente de los sectores populares, como un problema. Si bien su ligazón con la delincuencia, especialmente a partir de la fuerte presencia de la criminología positivista, es un fenómeno tradicionalmente aceptado como un hecho, el aumento de la criminalidad suele describirse como una situación reciente.

Por factores, cuya explicación excede al marco de este trabajo, frecuentemente suele plantearse como una realidad que se desarrolla luego de finalizada la dictadura militar y que se generó fundamentalmente a raíz de la relajación de los mecanismos coactivos. La defensa de la sociedad determinaría la necesidad del aumento de la represión. Esta interpretación sumaría argumentos para la baja de la edad de inimputabilidad ante el crecimiento de los casos de criminalidad juvenil y la desprotección de la que sería presa la población.

Contrariamente a estos planteos, los llamados de alerta ante el crecimiento de la delincuencia infantil aparecen de forma regular por lo menos desde la segunda mitad del siglo XIX. Junto a ellos la idea de una amenaza para la sociedad y la necesidad de tratamientos rehabilitatorios (fundamentalmente por la vía del trabajo y el aprendizaje de oficios) o lisa y llanamente por la segregación.

Citaremos algunos ejemplos al respecto de los que si omitiésemos la fecha podrían llamar a engaño sobre su contemporaneidad.

En 1887 el gobierno de Máximo Tajes resolvió establecer un “*contrato*” entre el Estado y los padres para el encarcelamiento de menores que cometiesen delitos o faltas. Ante una eventual negativa a aceptar el ingreso a una correccional los tutores podrían ser responsabilizados legalmente. Motivó la resolución la nota presentada por el Jefe Político y de Policía de la Capital ante la

¹ “*Siglo de los niños ha sido llamado este siglo, en que tantas veces parecieron fracasados y rotos los más nobles valores de lo humano. Y así queremos que sea en el seno de esta América nuestra*”. Discurso de E. Rodríguez Fabregat en la inauguración del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, 9/6/1927 en BOLETÍN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, 1927, pp. 37 y 38.

² BOLETÍN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, T. VII, N° 4, pp. 366 y 367, abril de 1934.

reiteración de robos cometidos por menores y la falta de una respuesta judicial adecuada. Es que *“aprehendido un menor en in fraganti delicto de hurto ó robo y sometido á su juez correspondiente, pocas horas ó días después se le pone en libertad, lo que es causa de que sea ineficaz el castigo y por lo mismo que el hecho del robo cometido por menores de edad vaya tomando proporciones alarmantes en esta capital”*.³

Poco más de quince años después las preocupaciones se reiteraron en términos casi idénticos sumando a la *“conveniencia social”* razones humanitarias:

“es alarmante el número de pequeños vagabundos que pululan por la calles, plazas y suburbios de la ciudad, viviendo de la mendicidad, de raterías e inmoralidades”.⁴

Sólo dos años más tarde el presidente Batlle y Ordóñez en su mensaje a la Asamblea General del 15 de febrero de 1906 caracterizó como *“cada día más grave”* la delincuencia y el abandono material y moral de los menores.⁵

La propia sanción del Código del Niño estuvo pautaada por este marco de preocupación que se extiende en los ámbitos panamericanos ante *“el número y la audacia de los crímenes contemporáneos”*... *“La edad de los acusados permite afirmar que la precocidad en el crimen, se agrava en nuestros días en proporciones alarmantes”*... *“La marea roja del crimen –nos dice Juan P. Ramos- ha llegado ya entre nosotros, como en las viejas sociedades europeas, a apoderarse del alma, fácilmente moldeable para el mal, de la infancia”*.⁶

Por otra parte, esta sensación de un aumento constante en la delincuencia juvenil parece ir preparando el clima para la concreción de medidas concretas y que cuajaron en las reformas legales sancionadas en 1934.

EL TIEMPO DE LA NIÑEZ

Las décadas finales del siglo XIX y las iniciales del XX marcaron el auge de un importante movimiento reformista en el terreno de la niñez. En materia legal tuvo sus avances más significativos en Estados Unidos y su concreción más trascendente fue el primer Tribunal de Menores (1899) con sede en Chicago. En poco tiempo estos se expandieron a varios países de Europa (Inglaterra, Alemania, Hungría, Portugal) y de América.

Su instalación partió de una especialización básica que diferenciaba a niños y adolescentes de mayores, separando a los jóvenes delincuentes de lo que se consideraba como influencias corruptoras de los adultos criminales.

Pese a la multiplicación de esos tribunales su importancia era todavía objeto de controversias en foros internacionales. Con presencia testimonial de una delegación uruguaya, el Primer Congre-

³ ALONSO CRIADO, Matías; “Colección legislativa”, Tomo XI, pp. 390 a 392, 29 de octubre de 1887. La prensa parece no haber sido ajena en la generación de la idea de crecimiento de la criminalidad. Numerosos artículos reiteraban el problema de los *“menores celebres por sus muchísimas entradas en la policía”*. “EL SIGLO”, año XXVI 2ª época, 6 de abril de 1889.

⁴ *Ibidem.*, Tomo XXVII, pp. 543 a 545, 26 de diciembre de 1904.

⁵ “Mensaje del Presidente de la República ciudadano don José Batlle y Ordóñez á la honorable Asamblea Gral. al inaugurarse el Segundo Período de la XXII Legislatura”, Mdeo., El Siglo Ilustrado, 1906, p. 8.

⁶ DE ARENAZA, Carlos; *“La infancia abandonada y delincuente”* en BOLETÍN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, T. IV, N° 2, p. 189, octubre de 1930.

Sistema Penal Juvenil

so Internacional de Tribunales de Menores realizado en París en 1911 debatió sobre la pertinencia de una jurisdicción específica en la materia. Su declaración final confirmó esa necesidad, promoviendo la designación de un juez único apartado del resto de la magistratura, con conocimiento y aptitudes especiales para ocuparse de la infancia

En forma cada vez más extendida se empezó a cuestionar la rigidez del derecho penal, que entre otros elementos imponía la determinación de la condena, dificultando la labor de represión/protección que debía definir la legislación de menores.

Los primeros congresos panamericanos del niño avanzaron en esa dirección. El encuentro efectuado en Montevideo en 1919 propuso nuevas definiciones que marginen el examen del acto delictuoso sustituyéndolo por un estudio de la categoría antropológica de delincuente. Conformando un sector de individuos con una caracterización preliminar de “*débiles*”, el nuevo marco legal asignaba al Estado el papel de entidad dispensadora de la asistencia, promoviendo la instalación de organismos específicos.

El niño se convertía en una masa maleable que las influencias del medio modelaban. Siguiendo las grandes líneas de la Escuela Positivista los reformadores del continente señalarán que el hecho criminal es fundamentalmente un llamado de alerta que interesa en cuanto se presenta como una manifestación o síntoma del “estado peligroso” en que el menor se encontraba. Si el delito era un “accidente” en la vida del niño, se debía propugnar el conocimiento de las causas que lo habían llevado a tomar ese camino. Esto sería posible gracias al optimismo que despertaba el arsenal científico con el que contaban los técnicos.

De esta forma, como señala la Dra. Sofía Álvarez, integrante de la Comisión Redactora del Código del Niño, el delito pasa a ser un indicio, un elemento más que sirva para clasificar al menor permitiendo su estudio psíquico y antropométrico, posibilitando un verdadero diagnóstico⁷. La propia Nota y Exposición de Motivos del futuro Código pondría de manifiesto esa definición al señalar que la gravedad del delito no tiene mayor importancia, pues la ciencia ha demostrado que el “*crimen es un índice engañoso de la temibilidad*”. En menores cuya causa de ingreso han sido ilícitos de escasa entidad se puede evidenciar una “*carencia absoluta de sentido moral*”, mientras que otros que han cometido delitos graves sólo responden al fruto de la pasión o circunstancias ocasionales⁸.

Las consecuencias prácticas de este principio sería una disminución de la trascendencia del delito al reconocerse como suficiente la concurrencia de factores como el abandono o el peligro para empujar al Estado a intervenir en la toma de medidas. De esta forma, aceptada una definición laxa de material o moralmente abandonado, no existiría nadie que potencialmente pudiese ser excluido de esa condición.

Ello no significa desconocer el carácter altamente selectivo del derecho penal que hace que el reclutamiento de la clientela del sistema se efectúe casi exclusivamente entre las clases populares⁹.

⁷ ALVAREZ VIGNOLI, Sofía; “*Los Derechos del Niño*”, Mdeo., Talleres Gráficos de Institutos Penales, 1942, p. 36.

⁸ Cit. en D’ALESSANDRO HALTY, Nora y otro; “*Código del Niño de la República Oriental del Uruguay*”, Mdeo., Editorial Universidad, 1995, pp. 31 y 32.

⁹ BARATTA, Alessandro; “*Principios del derecho penal mínimo*” en “DOCTRINA PENAL, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales”, año 10 N° 37 a 40, Depalma, Bs. As., 1987, p. 625.

Así por ejemplo, si estudiamos los motivos de ingreso al Asilo Larrañaga se confirmará como causal preponderante los llamados factores sociales. Según datos del ejercicio 1927 – 1928 un 65% de las internaciones se debían a la “*falta absoluta de recursos*”. La descripción de sus núcleos familiares reafirmaba esta idea al determinarse que sólo un 3,5% provenían de “*hogares completos suficientes (padre, madre y regulares medios de vida*”¹⁰.

Este origen de la mayor parte de los justiciables confirmará que su accionar se realiza casi en forma exclusiva sobre los sectores desposeídos, sabiendo que es “*entre los más pobres de los pobres donde se agazapa el futuro peligro social*”¹¹.

Autores como Vicente Borro, caracterizado por la rigidez de sus posturas, al extremo de defender el mantenimiento de los castigos corporales por la bondad de sus resultados disciplinarios, sustentaba en su ponencia al Segundo Congreso Panamericano del Niño realizado en Uruguay:

“la mente del legislador al sancionar la ley de protección de Menores, fue de que a los pequeños delincuentes no se les considerase como tales, sino apartarlos en un todo de la ley penal, dejando de lado la mayor o menor importancia del hecho criminoso, tomándolo sólo como factor demostrativo de inadaptabilidad al medio social y no bajo el punto de vista de delito para aplicar según su gravedad las duras e inflexibles disposiciones del Código Penal”.¹²

Contrariamente, las legislaciones de menores ampliaron el margen de tolerancia a la impunidad para el tratamiento de naturaleza típicamente penal. Basándose en sus propias definiciones que declaraba irrelevante el hecho ilícito, se otorgaban resquicios que viabilizaban la exclusión del castigo de los niños y adolescentes que no provenían de los sectores populares.

Esto era posible por la voluntad del ambiente reformador de dotar a la magistratura de menores de la más amplia libertad de acción lo que lo transforma en un “*no juez toda vez que no resuelve desde una posición imparcial un conflicto jurídico*”.¹³ Este marco le facilitaría la toma de las medidas que entienda como más eficaces para la readaptación del menor sin que este tenga aseguradas las garantías procesales y una clara determinación de sanciones. Estas se encontrarán en manos del juez con la más amplia discrecionalidad.

EL NUEVO ORDENAMIENTO

El viejo Código Penal, vigente hasta 1934, se limitaba a una práctica diferenciadora por edad, al igual que ya lo había hecho el Código de Instrucción Criminal de 1879. Este había marcado la imposibilidad de imputar a menores de 12 años siempre y cuando justifiquen la falta de edad en el

¹⁰ BERRO, Roberto; “*El Asilo “Dámaso Larrañaga”, su funcionamiento en el ejercicio 1927 – 1928 e ideas de futuro: Institución Larrañaga*”, Mdeo., Asistencia Pública Nacional, 1928, p. 17. Con 4.922 pupilos (2440 varones y 2482 niñas) era considerada en su tipo una de las mayores instituciones del continente. En 1927 un tercio de los ingresos se debían al abandono de sus padres.

¹¹ MUEL, Francine; “*La escuela obligatoria y la invención de la infancia anormal*” en FOUCAULT, Michel y otros; “*Espacios de poder*”, Madrid, La Piqueta, 1991, 2ª edición, p. 129.

¹² BORRO, Vicente; “*Situación cívica de los internados en la Colonia Educativa de Varones ante la ley*” en SEGUNDO CONGRESO PANAMERICANO DEL NIÑO, Mdeo, 1919, carpeta 14, pp, 48 y 49. Carpetas originales en Instituto Interamericano del Niño,

¹³ CAIROLI, Milton y otro; “*Reflexiones sobre la ley de seguridad ciudadana*”, Mdeo., Ed. Universidad, 1996, p. 38.

Sistema Penal Juvenil

momento de los hechos. Se utilizará como criterio exclusivo para determinar la inimputabilidad la cuestión del discernimiento¹⁴.

Así se refleja también en el artículo 17 del Código Penal de 1889 que declaraba exentos a todos aquellos entre 10 y 14 años siempre y cuando no se pruebe que obraban con discernimiento lo que debía ser declarado por el magistrado¹⁵. La condición de menor de 18 años se conservaba como atenuante.

La ley de Protección de Menores del 24 de febrero de 1911, redactada por la comisión integrada en 1905 por Gabriel Terra, Eugenio Lagarmilla y Juan José de Arzaga, significaría una inflexión con la normativa anterior como lo destacarán los autores del Código de 1934. En ella se disponía la instalación de un organismo especializado en el tratamiento de la niñez al prever la creación del Consejo de Protección a la Infancia. Se trataba de una institución centralizadora destinada a la administración y vigilancia de todo lo relativo al amparo de los menores “*material y moralmente*” abandonados. Sin embargo, la ley sobre Patronatos de Delincuentes y Menores del 13 de abril de 1915 lo fusionará con el viejo Consejo Penitenciario argumentando razones económicas y administrativas.

Si bien la ley de 1911 incorporaba tratamientos “*educativos*” en establecimientos públicos o fuera de ellos “*por el tiempo que establezcan los reglamentos y hasta la mayoría de edad*”, mantenía la jurisdicción y el procedimiento de mayores. Los menores de 16 años que cometiesen delitos castigados con pena de penitenciaría y los reincidentes serían puesto bajo la guardia de la “*autoridad pública*”.¹⁶

Finalmente, se destaca el proyecto presentado en 1925 y redactado por una Comisión integrada por José Irureta Goyena, Melitón Romero, Ernesto Llovet, Julio Guani, Carlos M. Prando y Manuel Pérez Maggiolo que sirvió de base para el Código aprobado en 1934. Esta recogerá elementos del “Proyecto de Ley de Protección de Menores” de Teófilo Arias que planteaba la necesidad de una magistratura unipersonal que trate todo lo atinente al menor abandonado material y moralmente. Se pretendía desterrar todo aspecto de corte penal, siendo sus resoluciones inapelables.

EL CAMINO AL CÓDIGO DEL NIÑO

Más allá de estos antecedentes legales inmediatos que consigna la Dra. Sofía Alvarez¹⁷, existen dos instancias previas particularmente importantes.

La primera data del 21 de abril de 1930 y no ha sido considerada en las cronologías realizadas por los investigadores en la materia. En el marco de los festejos por la conmemoración del Centenario de la jura de la Constitución, el diputado García Selgas presentó en la Cámara de Representantes un proyecto de ley sobre libertad condicional y suspensión condicional de penas. En su artículo segundo se considera eximente el hecho de tener menos de dieciséis años siendo el infrac-

¹⁴ Artículo 180 del CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL anotado por Eustaquio TOMÉ, Mdeo., Claudio García editor, 1926, p. 104.

¹⁵ VÁSQUEZ ACEVEDO, Alfredo; “*Concordancias i anotaciones del Código Penal de la República O. del Uruguay*”, Mdeo., Barreiro y Ramos, s/d, p. 18.

¹⁶ LEY DEL CONSEJO DE PROTECCIÓN DE MENORES, DECRETO REGLAMENTARIO, REGLAMENTO INTERNO DEL CONSEJO CENTRAL, Mdeo., Tip. de la Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1911, p. 16.

¹⁷ ALVAREZ, Sofía; “*Los derechos del niño*”, Mdeo., Talleres Gráficos de Institutos Penales, 1942, p. 7.

tor primario. No obstante, este permanecería bajo la responsabilidad del Patronato de Menores “*aunque no en la calidad de procesado o condenado*”.

Su exposición de motivos retomaba la práctica tradicional del empleo de “*alegrías*”, procedimiento por el que se apelaba a una conmemoración para la promoción de indultos o en este caso a la flexibilización de la aplicación de la ley. Vale destacar en este proyecto el reconocimiento explícito de la necesidad de una rápida modificación de la normativa vigente:

“Entendemos que cabe bien, dentro de los actos conmemorativos del Centenario, la sanción de una ley de emergencia, amplia y generosa que atempere, en cuanto sea posible con la defensa social, la aplicación de las leyes penales en vigor. Sabido es que la ciega severidad del Código, cuya reforma se impone perentoriamente para adaptarlo a las doctrinas modernas, más científicas y humanas”.¹⁸

El 3 de setiembre, la Comisión de Legislación de la Cámara de Senadores informó negativamente sobre el proyecto sin adentrarse mayormente en consideraciones de carácter técnico. La excepción sería la crítica a la rigidez de las leyes vigentes que imponen al juez una serie reducida de mecanismos (libertad condicional, sobreseimiento o rebaja de la pena) para toda una amplia gama de delincuentes “*distintos entre si, en cuanto a su moralidad, a la garantía de regeneración que ofrecen y el peligro que implican para la sociedad*”.¹⁹

El eje de los cuestionamientos se centró en los fundamentos de la presentación de esta reforma. La Comisión manifestó expresamente su desacuerdo de que con motivo de las fiestas patrias se tomen este tipo de medidas, salvo para las infracciones leves ya que no tendrían mayor relevancia “*en la moralidad general y en la defensa de la sociedad contra los elementos perturbadores que alberga; pero que se pretenda conmemorar los sucesos culminantes de la historia con lo que Bentham llamaba jubileos de criminales, nos resulta de fundamentos éticos inaceptables y de consecuencias sociales funestas*”.²⁰

Bajo un lenguaje de confrontación con formas que se pueden considerar retardatarias, el proyecto apelaba a mecanismos de la penalidad vinculados a la difusión de la victoria de la justicia como ejemplo para la sociedad en su conjunto y no como retribución a la violación de la ley. Como señala Michel Foucault, el culpable es tan solo uno de los blancos posibles, el castigo se presenta como mucho más amplio dirigiéndose a todos los probables transgresores de la ley.²¹

La segunda instancia es la del proyecto de Ley de Tribunal de Menores redactado por el Dr. Pascual Coral Luzzi. La propuesta surgió desde el ámbito judicial ya que el autor por su condición de Fiscal de lo Civil y del Crimen de Salto contaba con su experiencia personal, conociendo de cerca la problemática del sistema. Sumaba además un periplo europeo para interiorizarse de los adelantos en la materia.

Como buena parte de los reformadores, partía de la base de que los problemas planteados por la delincuencia de menores no podían ser resueltos por un procedimiento similar al del mundo adulto. Determinaba que para un trato exitoso era necesario concretar especializaciones. Comenzaba por la instalación de un Tribunal, diferenciado del de los mayores, que debía de entender en las faltas y delitos cometidos por niños y adolescentes. En segundo término, la concreción de un

¹⁸ DIARIO DE SESIONES DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES, 21 de abril de 1930, p. 476.

¹⁹ DIARIO DE SESIONES DE LA CAMARA DE SENADORES, 3 de setiembre de 1930, p. 217.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ FOUCAULT, Michel; “*Vigilar y castigar*” Bs. As., Siglo XXI, 1994, 17ª edición, p. 112.

Sistema Penal Juvenil

procedimiento diferente a los penales para concluir que las medidas a aplicar no tendrían carácter punitivo sino de educación y reforma.

Dos premisas fundamentales debían alentar el espíritu de toda acción relativa a los menores: una organización exclusivamente protectora y pedagógica, y el dominio de la finalidad tutelar del Estado²².

En 1933 se dispone la disolución del Consejo de Patronato de Menores y Delincuentes previo a la entrada en vigencia del nuevo Código que culmina el proceso de separación con la penalidad de mayores.

“LOS MENORES ESTÁN FUERA DEL DERECHO PENAL”²³

El 28 de abril de 1933 se creó la comisión honoraria a la que se encargó la redacción de una nueva legislación de menores que resolviese una de las grandes preocupaciones del “Estado moderno”: el problema de la protección a la infancia.

La intervención estatal, de neto corte paternalista, era visualizada por los reformadores como imprescindible en un terreno donde se entendía que estaban dadas todas las bases para el inicio de las transformaciones:

*“Cuando el Estado sepa cumplir con ese deber impostergable, cuando cada uno de nosotros se convierta en celoso custodio de sus institutos tutelares, no llegarán hasta aquí, -tenedlo por seguro-, la doliente caravana de niños flagelados en su carne y en su alma, de llagados por dentro y por fuera, de vencidos bajo el peso de su propia miseria”.*²⁴

El compromiso estatal no debía desterrar la participación privada, aunque esta se relegaría a un lugar secundario en coordinación con el Ministerio de Protección a la Infancia. Sin embargo, en este proceso, los sectores privados pretendían reservar para el Estado una acción orientadora y de sostén financiero, manteniendo para sí la iniciativa y la realización. Se pregonaba que la obra de protección a la niñez no puede ser ni absolutamente pública ni absolutamente particular.²⁵

En el mensaje enviado a la Asamblea por el Poder Ejecutivo el 8 de febrero de 1934 para la remisión del proyecto del Código del Niño se condenaba como un mal que paralizaba el accionar de las instituciones de protección a la infancia la multiplicidad de organismos sin coordinación de ningún tipo. El nuevo Código debía aunar los grandes lineamientos de los organismos especializados con la política gubernamental bajo el principio de que cualquier reforma no debía generar gastos sino una reordenamiento de lo ya existente.

²² COLECCIÓN ABADIE – SANTOS, fascículo 77, 1934, pp. 969 y 970.

²³ CARBALLA, Juan; “Abandono moral y material del niño” en BERRO, Roberto (dir); “Síntesis de las clases dictadas y conclusiones”, Mdeo, s/e, 1955, clase 30, pp. 1 a 3.

²⁴ ALVAREZ, Sofía; “La legislación en la defensa social del niño”, Mdeo., Imprenta Artística de Dornaleche Hnos., 1942. Apartado del BOLETÍN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, T. XV, N° 4, pp. 24 y 25.

²⁵ Personalidades como Gregorio Araoz Alfaro, Director del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, destacaba la importancia de la racionalización de los recursos existentes por la vía del complemento de las actividades. Tomaba como modelo la realidad italiana, “bajo la inteligente voluntad de Mussolini”, fundamentalmente la “Opera Nazionale per la Protezione della Maternità e dell’ Infancia”. BOLETIN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, tomo VIII, p. 381.

El proyecto también sería presentado en la VII Conferencia Panamericana por el Ministro de Protección a la Infancia lo que le daría el aval internacional por su carácter avanzado pero respetuoso de la realidad del país. Precisamente, en este congreso se recomienda nuevamente a todos los países miembros que en el plazo más breve posible se promulgasen sus códigos de la niñez sobre bases que en el texto uruguayo son fácilmente identificables.

Primordialmente, como ya se ha mencionado, la participación del Estado como protector de todos los niños que se encuentran en peligro moral o abandono material. Esta debía basarse en la instauración de tribunales especializados y establecimientos adecuados para la problemática.

Tendría que ser expresamente eliminada la cuestión del discernimiento, debiendo el delito de los menores no ser considerado en sí mismo como un hecho punible sino como un reflejo del entorno social, y en consecuencia las medias aplicables a los mismos debían de ser de carácter tutelar y educativo. En consonancia, no se someterían a consideración la infracción sino la situación y las características del menor, investigando su personalidad, las condiciones familiares y sociales.

La Comisión nombrada por Terra contó sólo con un plazo de sesenta días para la redacción del proyecto final. Su concreción fue posible, como ha sido señalado por los propios codificadores, por haberse tomado como base el citado proyecto de 1925 casi en su totalidad.²⁶

Funcionando bajo la presidencia de Roberto Berro se constituyó por resolución del 15 de setiembre de 1933 en Comisión Asesora del recién creado Ministerio de Protección a la Infancia encabezado por el propio Berro²⁷.

El proyecto fue considerado por la Comisión Legislativa el 20 de marzo de 1934 que aconsejaba modificaciones, fundamentalmente a raíz de la reciente sanción del Código Penal, lo que provocaría la supresión de varios capítulos. El 3 de abril esta informó a la Asamblea Deliberante que sin debatirlo lo aprobaría en general y en particular suprimiendo la segunda discusión.

Pese a las trascendentes modificaciones legales, la prensa de la época dedicó poca atención al tratamiento del tema. En términos generales sus posicionamientos respetaban los alineamientos políticos. Así el diario “El Debate” resaltará el contenido social del Código que considera muy valioso, destacando sus bondades. En sus crónicas rescataba una de las intervenciones parlamentarias del Dr. Abadie Santos. Su inclusión merece particular atención porque precisamente toma uno de los temas que a priori parecía merecedor de mayores cuestionamientos por lo sectores conservadores: las repercusiones sociales de la inimputabilidad.

Este punto, como se aceptaba incluso en el seno del ambiente reformista, podía generar una cerrada oposición al ser considerada como un verdadero perdón, alejándose de la idea tradicional de castigo, de la pena como obligación jurídica. Su manejo fácilmente, podría generar una opinión pública adversa.

Abadie Santos, si bien destaca la necesidad que sentía Uruguay de su aprobación, no deja de manifestar ciertos reparos por algunos artículos que por “*sus disposiciones pueden producir*

²⁶ ESCARDO Y ANAYA, Víctor; “Comentario al proyecto del Código del Niño”, Mdeo., Ed. Juan Zorrilla de San Martín, 1934, p. 22.

²⁷ La comisión estaba integrada además por Melitón Romero, Julián Álvarez Cortés, José Martirine, Sofía Álvarez de Vignoli, Julio Bauza, Emilio Fournie y Luis Morquio. Este último, reconocida autoridad en materia de la niñez, será sustituido por encontrarse en el exterior por Víctor Escardo y Anaya. A ello se sumará más tarde el Dr. José Infantozzi en su calidad de médico especialista en obstetricia.

Sistema Penal Juvenil

efectos sociales casi alarmantes".²⁸

La inclusión de su opinión en el periódico oficialista no parece azarosa sino que puede responder a la previsión de dejar constancia de ciertas reservas al respecto. Inclusive, el Dr. Roberto Berro, con la ley de 1934 ya consolidada en su aplicación, reconocería el esfuerzo de los codificadores por sumar apoyos a su obra. Con cierto espíritu publicitario, se procuró generar simpatías hacia el Código mediante la utilización "*conveniente y necesaria*" de la palabra *niño*²⁹, a pesar de la mayor extensión etaria que este contempla, en lugar del más abarcativo de Menores.

Sin embargo, la escasa crítica que dedicó la prensa opositora no se concentró en este punto sino que pareció formar parte de la confrontación antiterrorista más que un cuestionamiento a los contenidos de la reforma:

*"Hace algún tiempo se aprobó el llamado "Código del Niño", obra de una comisión especial. Pero, como las cosas apuradas nunca salen bien, resultó con tantos errores y disparates, que el ministro de la Infancia, doctor Berro, se presentó ayer con un nuevo proyecto de largo articulado, para corregir los defectos del "Código" aquel. El ministro explicó extensamente el asunto"... "Al final se entendieron, y el proyecto quedó aprobado".*³⁰

"LEYES FAVORABLES E IDEAS NUEVAS SOBRE LA NIÑEZ"³¹

Sancionado el 6 de abril de 1934 desde sus primeras líneas se distingue el tema de la especialización como idea rectora en un Código reservado a la niñez y distinto del penal. En consonancia, entre sus primeras medidas crea el Consejo del Niño como instituto que se ocupe de "*todos*" los problemas de la infancia en el sentido más "*amplio posible*".³² La composición del organismo respeta esa dualidad espacio tutelar – defensor encaramado principalmente por el nucleamiento médico – pedagógico y el jurídico³³. Dependiente en sus primeros meses del Ministerio de Salud Pública, contaría con ocho divisiones técnicas, estando la Jurídica a cargo del magistrado de menores.

Pese a los planteos reformistas, como se destaca en el propio mensaje de remisión del Código, será más lo que se transforme que lo que se cree. Inclusive, muchos de los cambios tendrán su origen durante el Ministerio de Protección a la Infancia que ya había iniciado el proceso de unificación de los servicios³⁴

²⁸ "EL DEBATE", Mdeo., 4 de abril de 1934, p. 3.

²⁹ BERRO, Roberto; "*El Código del Niño del Uruguay*" en BERRO, R.; "*Síntesis...*, clase 2, p. 3.

³⁰ "EL DÍA", Montevideo, 4 de abril de 1934, p. 8.

³¹ DE ARENAZA, Carlos; "*La infancia abandonada y delincuente. Legislación que le concierne y su estado actual en América*" en BOLETÍN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA., 1930, p. 190

³² Nota y exposición de motivos del Código del Niño en D'ALESSANDRO HALTY, Nora y otro; "*Código del Niño de la R.O.U.*", Mdeo., Editorial Universidad, 1995, p. 20.

³³ Así es que el cuerpo estaría integrado por ocho miembros honorarios designados con un criterio permanente, haciendo que sean miembros natos el director del Instituto de Clínica Pediátrica y Puericultura, el del Instituto Normal "María Stagnero de Munar", un maestro designado por el Consejo de Enseñanza Primaria y Normal, un ingeniero agrónomo en representación del Consejo de la Facultad de Agronomía, un delegado del Consejo de Trabajo y uno del de Enseñanza y uno de las instituciones privadas de protección a la infancia que serían designados de ternas propuestas por el Poder Ejecutivo. A ellos se sumaría un abogado designado por la Alta Corte de Justicia.

³⁴ CONSEJO DEL NIÑO; "*Memoria del 1er Ejercicio 1934 – 1940 por el Presidente Director General Dr. Roberto Berro*", Mdeo., Talleres Gráficos de Institutos Penales, 1940, p. 11.

Será entonces en la esfera legal donde se introducirán las modificaciones que transformarán más radicalmente el trato a la minoridad.

En primer lugar, con la consagración de la inimputabilidad, eliminando la cuestión del discernimiento. La nueva normativa hacía que todos los menores de 18 años que cometiesen delitos o faltas o los de 21 años en situación de abandono tanto moral como material serían puestos a disposición del Juzgado Letrado de Menores. Se abandona así la atención en la determinación de que el menor haya tenido conciencia clara de sus actos en el momento de delinquir y obviamente la consideración de la minoridad como simple atenuante. La pena, como señala el Código, será sustituida por un “régimen de vigilancia y protección”.³⁵

En relación a esta se empieza a emplear una segunda variación trascendental al aplicarse la sentencia indeterminada. Sosteniendo la imposibilidad de prever el tiempo de aplicación de lo que se consideraba un tratamiento educativo, ya que este dependía de la evolución del menor y de su propia “voluntad”, se utilizaba la expectativa de la libertad como elemento estimulador para la modificación de la conducta.

Valiéndose de un símil médico se señalaba que así como un doctor no puede asegurar con anticipación a sus pacientes los días que durará su tratamiento, el juez no podrá garantizar con una condena prefijada que al fin de la misma se haya logrado una efectiva regeneración. La simple segregación “del enfermo del seno de la comunidad...no suprime el mal; sólo suprime al afectado, que no merece supresión sino asistencia de distinto tipo, para que conviva en la sociedad como ser curado, corregido o encauzado por caminos rectos”.³⁶

Pese a un discurso pedagógico que los reformadores le asignaban, la sentencia indeterminada puso en manos del magistrado la posibilidad de la aplicación arbitraria de la pena, prácticamente sin límites.

EL JUEZ O EL BUEN PADRE DE FAMILIA

A un juzgado especializado debería corresponder un juez con características particulares. Ya el 1er Congreso de Tribunales de Menores de 1911 había propuesto modificar la función convencional para priorizar la condición de padre y de buen vigilante. Los eventos desarrollados en nuestro continente adoptarían esa idea hasta incorporarla a los códigos. El V Congreso Panamericano del Niño realizado en La Habana en 1927 definía al juez de menores más que como un administrador de justicia como “un amigo y consejero del niño”.³⁷ Retomando los principios de la conferencia efectuada en 1924 en Santiago de Chile, se planteaba la organización de unos tribunales de menores que recompusieran el ambiente hogareño. Para ello debían instalarse en locales sencillos y “de carácter familiar”, desarrollándose las audiencias sin presencia de personas no autorizadas por el magistrado, permitiéndose eventualmente la asistencia de los padres. De esta forma, todo apuntaba a ganar la confianza del niño.

³⁵ D'ALESSANDRO HALTY, N.; op. cit., pp. 96 y 97.

³⁶ BOTTO, Rémo; “Lucha contra la delincuencia juvenil” en BERRO, R.; “Síntesis...”, clase 31, p. 5. Ya Sofía Álvarez había utilizado en sus obras el manejo del paralelismo del tratamiento judicial con el médico para justificar la ampliación de la sentencia indeterminada. Ver “La legislación en la defensa social del niño”.

³⁷ O.E.A. – INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO; “Congresos panamericanos del niño, ordenación sistemática de sus recomendaciones (1916 – 1963)”, Mdeo., 1963, p. 253.

Sistema Penal Juvenil

La opción de un juzgado encabezado unipersonalmente facilitaba un contacto directo que permitía un conocimiento más acabado de la causa y del encausado.

La amonestación – recogería Samuel Fajardo, destacado juez de menores de Santiago de Chile, no significa insulto ni “voz destemplada”:

*“es la palabra convincente del Juez, enérgica si es necesario, pero siempre noble y levantada; es el consejo paternal.”*³⁸

El magistrado, con la suficiente madurez para generar una imagen paterna, tenía también que haber estado vinculado a obras de protección a la infancia lo que hacía posible una “mejor comprensión del alma infantil”.³⁹ Debía ser “de preferencia abogado” y su procedencia ajena a la carrera judicial, sugiriendo que sus funciones tuvieran una duración de cinco años con posibilidad de una reelección.

Los reformadores pensaron unánimemente en un magistrado particular, apegado a su función tutelar y no penal, preventiva y no punitiva, lo que hizo que para llevar adelante su mandato se debía tener un conocimiento profundo de la niñez, particularmente de la psicología aún en desmedro de la formación jurídica. Para asumir adecuadamente su mandato debía proteger al niño a diferencia del juez penal a quien la sociedad confía su defensa castigando sus crímenes:

*“El Juez de Menores debe proteger y educar a los desvalidos, encarrilar al descarriado, proceder siempre, no como un profesor de derecho, ni un erudito en jurisprudencia, sino simplemente como un maestro que enseña, como un abnegado sacerdote que perdona, más aún, como un buen padre de familia”.*⁴⁰

La exterioridad a la carrera judicial, finalmente frustrada, y la eventualidad de su condición de profesional del derecho, pretendían asegurar la inmunización a los “vicios” que se recriminaban al viejo sistema. Se confirmaba la distancia con el derecho penal, ratificando un amplio marco a la judicatura con una lenidad tal en su acción que incluía el incumplimiento de las garantías procesales.

LA FIGURA DEL JUEZ: UN DEBATE PARLAMENTARIO

Las distintas visiones entorno a la figura del juez de menores se evidenciaron en el parlamento el 13 de agosto de 1934 fruto de la discusión del presupuesto nacional. La situación económica y la inconveniencia de generar un aumento de gastos –se dirá- llevan a algunos miembros de la Cámara Alta a plantear la posibilidad de no crear el nuevo cargo optando por la transformación de uno de los magistrados de Hacienda. Contrario a esa posición el senador Butler destaca el “error” de la designación de un juez que no reúna las condiciones personales imprescindibles dada las características particulares del niño:

“Para ser un buen Juez de menores, es necesario ser un psiquiatra y un buen psiquiatra no es cualquier Juez.

³⁸ GAJARDO, Samuel; “La pena, obligación jurídica” en BOLETÍN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN DE MENORES, Santiago de Chile, 1929, p. 7.

³⁹ O.E.A. I.I. DEL NIÑO; “Congresos...”, p. 253.

⁴⁰ BERRO, Roberto; “Una magistratura tutelar debe contemplar la acción del Juzgado Letrado de Menores”, Mdeo., Imp. Artística de Dornaleche hnos., 1938, pp. 5 y 6.

*Además, señor Presidente, en este caso, para poder apreciar las anormalidades funcionales o físicas que presentan los niños, las anormalidades que bajo el punto de vista psíquico pueden tener los niños, es necesario tener conocimientos especiales, porque sabemos, muy bien, que los niños por atavismo, por herencia, por adquisición propia, pueden tener anormalidades tales que hagan que sus responsabilidad en materia de delincuencia, varié o sea muy distinta”.*⁴¹

Priorizando un contenido de neto corte científicista, se relegó totalmente la necesidad de la capacitación técnica jurídica. De esta forma, el magistrado competente podría ignorar el funcionamiento de la ley, pero jamás el de la psiquis del niño.

Pero, encontrar ese ideal de magistrado no sería tarea sencilla cuando se lleve al terreno de la realidad de la designación. Fue precisamente este el cuestionamiento central del senador Canessa que optando por un magistrado de trayectoria, señaló la imposibilidad de disponer de alguien que sume todas las características indicadas, inquirendo a su colega sobre quien sería esa persona. Butler insistiría en la existencia en nuestro país de profesionales “especializados” en la materia, fundamentalmente en el “*alma del niño*”⁴².

Aún en aquellos no específicamente técnicos en la materia, el dominio ideológico de la criminología positivista coadyuvará a la marginación de esa figura del juez como aplicador de un derecho que paradójicamente por la imprecisión de sus límites y garantías no puede violentar.

En el transcurso del debate se evidenciaría la victoria de la científicidad, dotada de la invencibilidad que le proporcionaba los elementos de la medicina, de la biología y de la psicología (particularmente la criminal) que serían factores de primer orden en el minado de ese principio de legalidad. El modelo propuesto de juez de menores sería el de un doctor-orientador y no el del abogado. Fuera de este referente teórico la pregunta inicial de la polémica resultaría ociosa:

“Señor Canessa.- *¿Son abogados que se han especializado en psiquiatría? Y psiquiatría infantil sobre todo que es la que interesa en este caso. ¿Son abogados?*

Señor Butler.- *Médicos.*

Señor Canessa.- *Entonces no pueden ser Juez de Menores.*

Señor Butler.- *Y hay dentro mismo de los abogados quienes pueden tener una base de conocimientos como para ser buenos jueces de menores”.*⁴³

Una segunda “realidad”, la presupuestaria, provocó que se vote afirmativamente el proyecto que originó el debate.

Igualmente, la concreción de la sede de menores sufriría reiteradas dilaciones. Ya el proyecto Echegoyen del 4 de junio de 1934 llevaría el inicio de sus actividades para el 1° de agosto de ese año, extendiendo el primer plazo que lo había llevado al 6 de junio, o sea a sólo dos días de la sesión en curso que lo discutía.

⁴¹ DIARIO DE SESIONES DE LA CAMARA DE SENADORES, 13 de agosto de 1934, p. 156.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*. La intervención del senador Morelli fundando la necesidad del conocimiento científico de la raíz patológica del crimen, agregará al debate una idea del delito teñida por las orientaciones positivistas. Sin embargo, más que en un magistrado dotado de conocimientos científicos retoma la figura del juez como padre de familia: “*Un juez frío, un juez que no tenga niños, o un juez que no hable con el niño, un juez que no tenga hijos, me parece que es un juez que tiene una falla fundamental en el desempeño de sus delicadas, de sus trascendentes tareas*”.

Sistema Penal Juvenil

Las demoras parlamentarias y las dificultades de su aprobación, motivaron que en la Cámara de Senadores se solicite una nueva postergación por un mes más, o sea hasta el 1° de setiembre⁴⁴.

Finalmente se inauguró en octubre de 1934. Pese a la aspereza de los debates parlamentarios y de los planteos de los reformistas, se concretaría sobre la base de jueces de carrera, no especializados:

*“designados por la Alta Corte de Justicia de entre los jueces de carrera, no han podido independizarse todavía de procedimientos y trámites judiciales de lo alejan de la magistratura paternal que queremos organizar”*⁴⁵

Justificado por las dificultades *“en la práctica”* las limitaciones de una magistratura tradicional serían atemperadas con el apoyo de los técnicos (inspectores, psiquiatras, asistentes sociales) que lo asesorarían de acuerdo al articulado del Código del Niño que señala su colaboración como indispensable.

AL MARGEN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO.

Confirmadas las características de un juez paternal y no sancionador, el sistema visualizaba como innecesaria toda medida tendiente a asegurar los derechos del niño y el adolescente. De esta forma, se le reservaba un espacio de mero depositario de los beneficios del sistema, consagrándose de hecho la infalibilidad de un magistrado que perdería la vieja función fiscalista para transformarse en defensor del menor. Por este mecanismo se convertía en innecesaria toda asistencia letrada⁴⁶.

Este juez no sólo concentrará una amplia capacidad de decisión sino que reunirá las competencias tutelares y penales. Sus consecuencias más inmediatas serían la negación regular de los principios legales más elementales en aras del distanciamiento de los perjuicios de la normativa penal, eliminando las garantías propias del individuo como sujeto de derechos, evitando así cualquier restricción a la presencia estatal.

Se terminaría por desconocer el carácter de persona del menor, como sujeto dotado de derechos y obligaciones para convertirlo en un ser dependiente del Estado y sometido a sus decisiones.⁴⁷ Los reformadores aspiraban a que el Estado encarase la problemática de la niñez con un criterio “totalitario”, abarcando a todos los menores y aboliendo por impropia la distinción entre abandonados y delincuentes en concordancia con las definiciones que presentaban al delito como un accidente.

La hegemonía de la criminología positivista dentro del campo jurídico determinó que las conductas criminales infantiles ya no fuesen percibidas como la violación comprobada de la ley. Si bien la consumación del acto podía ser reveladora, no era esencial a efectos de la institucionalización del menor, puesto que si existían las causas no era necesario el efecto (el hecho punible), las que siendo exactas permitían la intervención judicial, aún antes de la aparición. Es, por ejemplo, la

⁴⁴ Incluso, el senador Accinelli solicitará una extensión hasta el 1° de enero de 1935 haciéndolo coincidir con el Presupuesto General de la Nación.

⁴⁵ BERRO, R.; *“Una magistratura...”*, p. 6.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *“Un derecho penal del menor”*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992, p. 5.

situación de las adolescentes Olga D. y María Esther A.G. detenidas por la Seccional 15ª en el “momento” que pretendían “penetrar” al local de la Agrícola Italiana donde se estaba efectuando un baile, actividad incluida en la consideración de inadecuada para los menores de edad⁴⁸.

En consecuencia, se posibilitaba la sanción sin delito bajo un discurso de carácter tutelar amparado en la situación de riesgo del niño. Resultan reveladoras de esa práctica las frecuentes internaciones bajo la “tipificación” de “mendicidad abusiva”. Es el caso de los niños Nina y Jorge I. F. “presos en el Asilo Dámaso Larrañaga”⁴⁹

A pesar de que los delitos contra la propiedad sigan manteniendo una destacada presencia estadística, parecerían haber cedido una importante porción de terreno ante las otras formas genéricamente llamadas situaciones de amparo o de riesgo y que se definen precisamente por su indefinición.

Si estudiamos del libro índice de conocimiento⁵⁰ de los años 1934 – 1935 algunas letras iniciales significativas por su volumen parecería confirmarse esa realidad que indicaría una baja cantidad de infractores en proporción con la cantidad de menores puestos a disposición de la justicia

Letra	Menores Infractores	Indicados como “delito”
A	245	20
L	145	13
P	279	27
R	294	27

Con el apoyo de la ciencia, y aún sin haberse producido la infracción, se podía separar con precisión a los potenciales delincuentes. En presencia de un entorno social que aparecía como determinante en la formación del niño, el diagnóstico preciso y el tratamiento adecuado resultaba indispensable en el intento de sustraer al menor de esa realidad.

Este ámbito científico consagró en el juzgado el estudio individual a efectos de ir determinando los pasos a seguir para la evolución del niño como estaba establecido en el Código. El

⁴⁸ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, Libro 2 N° 3083 Archivo 6767/37. D. Olga y A.G. Ma. Esther. Como parte de una práctica frecuente, en la redacción del parte policial se magnifican los hechos, utilizando en este caso términos con claras reminiscencias a la violación de la propiedad, lo que homologaría una falta con una acción sancionada penalmente. Pese al tiempo transcurrido “identificaremos” a los indagados sólo con las letras iniciales de sus apellidos.

⁴⁹ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, Libro 3 N° 3016 F 24, Archivo 6788/37. I.F. Jorge y Nina.

⁵⁰ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, Libro del Índice de conocimiento N° 1, 1934 – 1935. El índice agrupa a los menores por la letra inicial de su apellido. Será particularmente importante el ingreso a la órbita judicial, como zona específica para la minoridad, de denuncias realizadas por los responsables del niño. Estas se pueden dividir, grosso modo, en dos grandes grupos, unas vinculadas con las faltas en el comportamiento y otras que ponen el acento dentro de ellas en las de carácter moral. En este núcleo se registra un dominio casi absoluto de adolescentes de sexo femenino sancionándose con severidad las conductas vinculadas con una vida “desarreglada”, ya sea por su presencia en lugares rotulados como inadecuados o directamente por el mantenimiento de relaciones sexuales. Por sólo citar un ejemplo. Catalina B.S. fugada de su hogar con su novio “hizo vida marital por espacio de diez días o sea hasta que la policía la detuvo”. A pesar de su voluntad de contraer matrimonio, con lo que socialmente estaría enmendada la falta, el juez dispondrá su internación en el Consejo del Niño. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, exp. 349/34 archivo 26/35, B.S., Catalina.

Sistema Penal Juvenil

examen resultaría decisivo ya que “la mayor parte de los menores delincuentes son anormales”.⁵¹ Se reafirmaban los principios enunciados en el Congreso de La Habana en el que se aconsejaba que ningún tribunal decidiera sin antes conocer el resultado de las investigaciones realizadas por los técnicos. Así el asesoramiento al juez debería abarcar un análisis al menor en la búsqueda de posibles patologías contemplando el grado de peligrosidad y el de recuperabilidad.

A pedido del magistrado, como lo establecen las decisiones judiciales, el “*experto*” entre sus orientaciones debía fijar nada menos que el “*régimen de reeducación adecuado*”.⁵²

Esto, por otra parte, posibilitaría que cada intervención judicial, a través de los informes técnicos, tenga un respaldo prestigiado por su solidez científica, lo que llevaría a eximir al juez de una fundamentación conforme a las formalidades del derecho. La práctica construiría una judicatura en la que el magistrado queda librado, en los hechos, a su simple convicción o a lo sumo sólo limitado por la eventual participación de los técnicos. Sus informes, incluso, a pesar de destacarse como un aporte insoslayable, parecen haber tenido una presencia mucho más acotada que la que se le asignaba teóricamente.

Del estudio de los tres primeros años de funcionamiento del Juzgado de Menores surgirá una aparición mínima, que se registraría frecuentemente tras un largo período de internación. Reiteradamente, pese a extensas estadías en el Consejo del Niño, no llegaban a realizarse, disponiéndose antes el egreso de la institución sin ningún tipo de diagnóstico. Contrariamente, con un uso más habitual, el informe social contó con una mayor importancia para la sede judicial funcionando como una suerte de fotografía donde se mostraba lo que los ojos de los magistrados no podían ver desde su despacho, presentándose como un elemento más descriptivo que el estudio de la personalidad del menor.

La propia instancia del Juzgado, alejándose de sus funciones convencionales, se volvió algo más trascendente que un juicio, convirtiéndose en un ámbito de estudio del menor “*orientándose definitivamente el derecho penal hacia una nueva forma correctiva*”.⁵³ Sin embargo, en la sede de menores, lo que vale a decir donde se aplicaba concretamente la ley, se observaría reiteradamente la conservación del vocabulario propio de la justicia destinada a los adultos: mantener “*preso*” a Alejandro O. intimando a nombrar defensor al “*procesado*”.⁵⁴ Esto parecería mostrarse como un elemento que va más allá de lo formal, violentando el reclamo de los reformadores de que las decisiones judiciales sean purgadas de toda reminiscencia penal.

Pese a ello, de acuerdo a la nueva normativa, el fallo había dejado de ser una pena para transformarse en una medida de seguridad que se imponía por el interés colectivo y el del niño. Adquiere así este derecho su distintivo carácter bifronte: cuando interviene con criterio tutelar manifiesta defender al niño de los males de la sociedad satisfaciendo el discurso de piedad asistencial,

⁵¹ ALVAREZ VIGNOLI, S.; “*Los derechos...*”, p. 37.

⁵² ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, Libro 3 N° 87, F 34, Archivo 6758/37, F. G.; Isidro. En su informe de 1925 el Dr. Julián Álvarez Cortés, médico de la Cárcel Penitenciaria y futuro codificador, planteaba para la Colonia Educacional de Varones un seguimiento individual por medio de fichas. Al ingreso del menor se lo debía “*estudiar antropológicamente*”, analizando su psiquismo y “*anotando minuciosamente sus anormalidades*”. De acuerdo a las conclusiones a las que se llegase sería la “*terapéutica*” que se dispondría para “*encarrillarlos en la senda del bien*” ÁLVAREZ CORTÉS, Julián; “*Plan a seguirse en la Colonia Educacional de Varones*”, Mdeo., Peña Hnos., 1925, pp. 14 y 15.

⁵³ ALVAREZ VIGNOLI, S.; “*Los derechos...*”, p. 36.

⁵⁴ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN – JUZGADO LETRADO DE MENORES, Libro 3 N° 1970, FA 273, Archivo 6761/37. O. Alejandro.

por el contrario cuando lo hace con un criterio de defensa social ampara al conjunto social del menor cumpliendo con las demandas de orden y control.⁵⁵

Más allá de los anuncios paternalistas – tutelares se hizo más frecuente la utilización de la categoría de menor como desprendimiento del universo infantil, como residuo del niño que queda marginado del sistema escolar,⁵⁶ transformándose regularmente en sinónimo de todo aquel que se encuentre en conflicto con la ley. Se convierte así la expresión menor en el equivalente de infractor, preservando el uso del término niño de toda “contaminación” delictiva.

Trasciende así el término, las formas meramente lingüísticas para convertirse en un vocablo que tanto semiótica como socialmente se convierten en sinónimo de peligrosidad. La protección y el amparo serán siempre reservadas al niño, la criminalidad corresponderá exclusivamente al menor no importando si los sancionados tengan menos años que los protegidos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El Código del Niño produjo un cambio radical en la legislación al sancionar la inimputabilidad de los menores de 18 años. Su aprobación aparejó la creación del Juzgado de Menores como organismo especializado en la materia y a su titular como un juez totalmente diferenciado por sus características al resto de los magistrados. El propio Código lo definiría como un buen padre de familia más que como aquel encargado de impartir justicia.

Sobre esta base, el codificador dejaba en sus manos un amplia margen de decisión en el entendido de que su carácter paternal aseguraría de por sí el bien del niño. La confirmación de este modelo minimizó las garantías procesales del sujeto definiéndose en la práctica precisamente por su indefinición. El Código de 1934 dejó así la posibilidad de que el juez tomara resoluciones basándose en consideraciones no exentas de sus propios valores, sólo limitado por un marco normativo notoriamente amplio, la etérea presencia del defensor y las eventuales orientaciones de los técnicos que lo rodeaban.

Nacía en el proceso judicial una doble categoría que distinguía a la infancia en dos grandes grupos. Por un lado, el niño como sinónimo de aquel que se encuentra desamparado o en situación de riesgo, siendo el legítimo objeto de la asistencia. Por el otro, desdoblado de su origen social y familiar, se empezaba a elaborar una categoría diferente bajo el calificativo de menor que reconocía, fundamentalmente, a los infractores o a aquellos que presentaban problemas de conducta, a los que de hecho se homologaba a los transgresores de la ley. El análisis de los expedientes judiciales del período permite concluir que este grupo estuvo dominado por adolescentes, el primero fundamentalmente por jóvenes del sexo masculino y el segundo con una importante presencia femenina.

Contrariando el discurso técnico, fue en este sector en el que se percibirían con mayor frecuencia los resabios penales lo que se evidenciaría en el mantenimiento de una terminología que

⁵⁵ Tempranamente se incorporaran las críticas que más tarde se transformarían en un lugar común insistiendo en el desamparo de la sociedad frente a la lenidad de la ley que asegura la impunidad del menor delincuente: *“El sistema adolece, jurídicamente, de una omisión capital, se ha olvidado los derechos de la comunidad en el pleito de los menores delincuentes”...“la comunidad tiene el derecho de ser defendida, contra los sujetos hostiles a ella, cuya peligrosidad social se mostrara en su comisión de graves delitos”* MORATO RODRIGUEZ, Octavio; *“Las lacras sociales”*, Mdeo., Atlántida, 1960, pp. 190 y 191.

⁵⁶ EROSA, Héctor; *“El derecho de menores y la ley de seguridad ciudadana en el contexto de la actual administración de justicia de menores”* en REVISTA DE CIENCIAS PENALES, Mdeo., N° 1, 1995, p. 213.

Sistema Penal Juvenil

caracterizó los juzgados de mayores. Paradojalmente, en la esfera de las garantías procesales el divorcio con el derecho penal sería notorio.

Precisamente, por ello los reformadores habían aspirado al nombramiento de un juez especializado, ajeno a la carrera judicial que evitara la conservación de las pautas del viejo sistema.

Igualmente, la sanción de la inimputabilidad significó la ruptura del modelo y la adopción de un paradigma que anunciaba la recuperación y reinserción de los niños y adolescentes sometidos al sistema. El cumplimiento de tal cometido ha sido puesto sistemáticamente en entredicho, lo que parece no haber impedido una larga pervivencia en los aspectos medulares.

DEL “NIÑO” A LA “NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” EL PERÍODO INTERCÓDIGOS

Carina Gómez Heguy

Con la sanción del Código de Niño en 1934, la sociedad uruguaya ve concretar en normas e instituciones las ideas y prédicas que se venían desarrollando en América Latina a favor de un tratamiento diferenciado para los niños que cometían delitos.

Crea un marco jurídico que legitima la intervención discrecional del Estado sobre los menores abandonados moral o materialmente, (entendiendo el abandono como una forma de peligrosidad sin delito), y sobre los menores delincuentes-infractores. Considera a éstas categorías como objeto de tutela, y establece un mismo tratamiento jurídico para ambas, consistente en un procedimiento especial, donde el Juez de Menores, con competencia en lo penal y tutelar deberá, previa información sumaria, dictar sentencia sometiendo al menor a un régimen de vigilancia y protección que puede extenderse hasta los 21 años en el caso de menores abandonados, y hasta los 23 años en el caso de quienes cometan delitos.

Este sistema, que instauró el modelo tutelar de menores, confunde abandono e infracción dentro de una ideología de protección y control social que se ha dado en llamar **doctrina de la Situación Irregular**. La misma comprende un aspecto tutelar de protección al menor, en base a los mecanismos de control social, y un aspecto de defensa social, en base a mecanismos de protección de la sociedad respecto del menor.

El Código del Niño del 34, (C. del N), con algunas pocas modificaciones introducidas en la década del 90 y que veremos más adelante, fue la norma de Derecho positivo que reguló las relaciones jurídicas e institucionales referidas a las personas menores de edad durante 70 años en nuestro país, hasta su derogación expresa contenida en el Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A) aprobado en Septiembre del año 2004.

Al igual que como ocurriera con el Código del Niño, el C.N.A fue aprobado a tapas cerradas, después de un largo periodo de sucesivas postergaciones y discusiones legislativas sobre varios proyectos de elaboración y anteproyectos, que buscaron adecuar la legislación interna a la Convención de los Derechos del Niño (CDN) aprobada en el seno de las Naciones Unidas en el año 1989 y ratificada por Uruguay el 28 de septiembre de 1990 a través de la ley 16.137.

Durante la última década del siglo pasado se produjo un proceso de jerarquización de la Justicia de Menores, impulsado por textos normativos internacionales sobre Derechos Humanos

de la Niñez y la Adolescencia que promovían su reconocimiento y protección jurídica: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Éstas conforman la legislación dentro de la cual la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

(CDN) es la manifestación más relevante, en donde se abarcan derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que aseguran la protección integral del niño.

La consideración del “ser en desarrollo” como sujeto pleno de derechos y con derechos especiales, que se contemplan según esa condición, conforman dicha protección.

Como ha afirmado el Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno, en su Sentencia N° 255 del 19 de diciembre de 2001: “La Convención de los Derechos del Niño determina un nuevo paradigma en cuanto a la infancia, definido por dos elementos esenciales que son el carácter de sujeto de derecho y el interés superior del niño”.

Este segundo elemento, de difícil concepción, involucra un resguardo de derechos que obliga a una decisión racionalmente fundada y excluye cualquier planteo

“peligrosista” o con base en un enfoque de “defensa social”, en concordancia con la normativa nacional e internacional.

EL CÓDIGO DEL NIÑO Y LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: MODELOS ANTAGÓNICOS

La plena vigencia que adquirió la Convención (CDN) por medio de la ley, creó una ambigüedad jurídica en relación con las leyes vigentes en el país (C. del N), tanto en su fundamento ideológico como en su contenido sustancial y procedimental.

Por un lado, una legislación basada en la doctrina de la Situación Irregular (tuteladora y represiva); por otro, con la ratificación de la CDN, una legislación que introduce de forma expresa la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos de la **doctrina de la Protección Integral** (garantista), especialmente los Principios de Legalidad, de Especificidad, de Proporcionalidad y del Interés Superior.

Esta concepción impone ese cambio de paradigma: el niño deja de ser un objeto de tutela o protección jurídica (objeto de derecho) para ser reconocido como sujeto de derecho. Se trata de reconocer a los niños y adolescentes los mismos derechos que al adulto en cuanto sean aplicables a su edad, y más aún, teniendo en cuenta los derechos específicos justificados por su condición de personas en crecimiento, penalmente **inimputables**, pero, progresivamente, penalmente **responsables** por sus actos, cuando estos sean típicos, antijurídicos y culpables, y en la medida de su desarrollo y madurez.

La Convención de los Derechos del Niño establece la necesidad de que los Estados determinen una edad a partir de la cuál se adquiere la capacidad de infringir las leyes penales. Ello conlleva la distinción entre niño y adolescente, siendo este último a quien se aplicará el **Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil**, sustentado en un Derecho Penal de acto.

Sistema Penal Juvenil

Hasta la aparición de la visión garantista expresada en los Arts. 37 y 40 de la CDN, e incluso después de ratificada la Convención, a los adolescentes se los juzgaba mucho más por lo que eran (delito de autor), o por lo que pudieran hacer (peligrosismo), que por las conductas efectivamente violatorias de las normas penales.¹

Las condiciones sociales y económicas así como la falta de respaldo familiar apropiado podían llevar a un joven a sufrir internaciones prolongadas. Asimismo el plazo de las internaciones dispuestas por sentencia dependían de la “evolución y rehabilitación, debiendo informar el lugar de internación el tratamiento seguido y la evolución del menor cada treinta días”² Esto incluso respondía al pedido de la defensa, donde se solicitaba la imposición al joven de medidas educativas a cumplirse en hogar abierto del INAME sin plazo.³ La internación podía cumplirse dentro de los Hogares de Alta Contención del INAME en régimen de medidas de seguridad por hechos graves “que demostraron alta peligrosidad y temeridad”,⁴ o en régimen de medidas educativas en Hogares abiertos del INAME de esa época. Todo esto basado en el concepto de que el Derecho de Menores no tiene carácter retributivo, desechando los enfoques estrictamente punitivos “sin dejar de lado la finalidad preventiva en cuanto se exprese como reeducación”⁵

Contrariamente a estas prácticas, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño direcciona las acciones en el Sistema de Justicia Juvenil hacia la mínima intervención punitiva. En su articulado la Convención propone un conjunto de pautas para estructurar una propuesta que contraiga la violencia. Asimismo expresa que la privación de libertad sólo debe ser aplicada en forma residual, ya que es el último recurso y solamente utilizable por el período más breve que proceda. En el mismo sentido se orienta el Art. 40 que nos propone la aplicación de un elenco abierto de sanciones no privativas de libertad, remarcando la conveniencia de los procesos de desjudicialización. Esto implica atender a mecanismos de composición de los conflictos sociales sin recurrir a la justicia, siendo la mediación un ejemplo paradigmático de ello. Todos los elementos descriptos dan cuenta de un mandato legal reductor de la violencia penal.⁶

La CDN se impuso además como una herramienta para apoyar la sensibilización de la opinión pública, permitiendo que el movimiento social comience a entender la importancia de una legislación que acompañe las transformaciones de la condición de la infancia : a) separando aquellos aspectos que deban ser objeto de políticas sociales, de los vinculados a actos infraccionales; b) reduciendo a su mínima expresión la ideología de la rehabilitación, encubridora con modernidad

¹ Emilio García Méndez Los sistemas de responsabilidad penal en América latina, antecedentes, características, tendencias y perspectivas, en Revista Interdisciplinaria sobre Temas de Justicia Juvenil, Herramientas, no.1, Montevideo, DNI, 2000

² Sentencia N° 2 del 28.7.92 Jdo. Ldo de Menores de Segundo Turno, Ficha 486/84. Téngase presente el año de iniciado el expediente y la fecha de la sentencia: esto responde a que la misma falla con respecto a todos los hechos infraccionales que el joven cometió desde su primera detención por mendicidad a los 7 años en el año 1983 hasta su última rapiña con arma de fuego en el año 1991 siendo declarado “autor inimputable de varios delitos de Hurto, dos de Rapiña y un delito de Daño”

³ “1º) La Sra. Fiscal Ldo. en lo Civil de 7º turno estima y solicita la imposición para el menor de un año de medidas educativas en régimen de hogar abierto”, 2º) ... “Con respecto al tiempo de internación se entiende que la misma no debería ser establecida en un plazo determinado y que el tiempo de la misma tendría que depender de las condiciones que impongan los propios técnicos del INAME, puesto que mi defendido depende exclusivamente de ellos para su rehabilitación” Ficha 486/84 Jdo. Ldo de Menores de segundo Turno, fs. 141.

⁴ Fiscalía de Menores de 2do. Turno Vista N° 6 del 16.2.94

⁵ Vista N° 216 del 12.5.95. Fiscalía Lda. de Menores de 2º turno

⁶ Diego Silva Balerio, “Menos violencia penal, más promoción cultural. La Libertad Asistida, una propuesta educativo social”, en AA.VV. La justicia juvenil en América Latina, Montevideo DNI-2003

del asistencialismo, tan fuertemente arraigada en muchos técnicos, y c) posibilitando un trabajo social, vinculando los distintos saberes con un análisis macro de la coyuntura y del poder ⁷

Como expresa Emilio García Méndez: la elaboración de una legislación especial para la niñez y la adolescencia tiene que evitar y desechar las políticas de parcheo, los métodos seudo técnicos y elitistas, y convertirla en un proceso radicalmente nuevo, opuesto a lo vigente, basado en el más amplio debate estatal, social y técnico, que integre el conjunto de las políticas gubernamentales y sociales, las aspiraciones y necesidades de la sociedad, el universo jurídico, las áreas de seguridad públicas, entre otras, para colocar a la niñez y a la adolescencia como interés superior de la nación.

Esta tarea, llevó años sin completarse en nuestro país, a pesar de las normas internacionales vigentes que ofrecían los lineamientos básicos sobre los cuáles asentar una legislación especial nacional. Aún hoy, con la aprobación del C.N.A, la tarea está incompleta, requiere ajustes normativos en lo procedimental⁸, requiere su asimilación en las prácticas profesionales e institucionales, y requiere, como enseña Alessandro Baratta avanzar hacia la mínima intervención. Penal, ya sea por adhesión al abolicionismo, o como convicción de justicia y vigencia de los derechos humanos.

La ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por parte de Uruguay significa el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que las normas fijadas en la Convención sean efectivas, quedando obligado a adaptar las leyes internas, evaluar y modificar las políticas públicas sociales y los sistemas legislativos, revisar los presupuestos destinados a la infancia y adoptar prácticas conformes a las normas ratificadas, así como abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir a los niños el disfrute de sus derechos. ⁹

COMITÉ INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Para reforzar la voluntad política expresada con la ratificación o adhesión a la CDN, existe un sistema de control y seguimiento: el Comité Internacional de los Derechos del Niño, con sede en Ginebra. El Art. 43 de la CDN define su competencia.

La finalidad de su creación es examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Esto implica que el Comité se constituye en la principal autoridad, en el plano internacional, para la interpretación de la Convención.

Este organismo de vigilancia se expresa formalmente por intermedio de diferentes actuaciones. Puede pronunciarse por medio de Observaciones Generales a todos los Estados partes, con fundamento en disposiciones de la Convención y haciendo referencia expresa a una temática en particular.

El Comité considera los informes individuales presentados por cada Estado Parte, y sobre esa base, realiza Observaciones y Recomendaciones referidas a cada país en particular. La Obligación de presentar informes surge del artículo 44 de la Convención, que establece que los Estados que la han ratificado deben presentar dos tipos de informes, uno inicial, dentro de los primeros dos años a partir de la fecha en que la Convención se encuentra formalmente vigente en el Estado de

⁷ Antonio Carlos Gómez Da Costa, 1999.

⁸ Aunque abogamos por la autonomía del Derecho Penal Juvenil dotándolo de un cuerpo normativo propio que regule todo el proceso.

⁹ Observatorio de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en Uruguay- UNICEF

Sistema Penal Juvenil

que se trate, según las normas internas correspondientes, y luego, un informe periódico cada cinco años. Uruguay presentó su informe inicial en noviembre de 1995.

Dentro de las observaciones finales a dicho informe, aprobadas en la 343ª sesión celebrada el 11 de octubre de 1996 el Comité observó que el mismo se limitó esencialmente a recoger el marco jurídico existente y no contiene informaciones suficientes sobre otras medidas adoptadas para aplicar realmente los derechos que la Convención contempla.

Lamentó además que siguieran en vigor diversas disposiciones jurídicas contrarias a la Convención, algunas relativas a la administración de la justicia de menores.

También expresó su preocupación porque en el país prevalezca la existencia de niños en situación irregular, que sienta las bases de su posible estigmatización y frecuente internamiento y privación de libertad, basada en su situación económica y social desfavorable.

Lamentó que no se haya prestado suficiente atención, ni en la legislación, ni en la práctica, a la aplicación de las disposiciones y principios de la Convención en materia de Administración de Justicia de Menores.

Le preocupó al Comité que aún no se hubiere revisado ni modificado el Código del Niño, promulgado en 1934 y que contiene varias disposiciones contrarias a la Convención.

Recomendó a su vez que se establezca un sistema de administración de justicia de menores en el marco de los principios y disposiciones de la Convención, en particular sus Arts. 37, 39 y 40 y otras normas de las Naciones Unidas en ese terreno, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (las Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad.

El Observatorio de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en Uruguay (UNICEF) destacó que el Uruguay “ha sostenido a lo largo de su historia, políticas de protección y cuidado dirigidas a la infancia, que le han permitido, desde épocas muy tempranas, tener una situación muy destacada en la región.

El fenómeno de la pobreza infantil pone de manifiesto la brecha existente entre la norma ratificada y el efectivo ejercicio de los derechos. La pobreza en Uruguay tiende a concentrarse en los sectores de población más joven y particularmente entre los menores de edad, presentando uno de los índices proporcionalmente más altos de pobreza entre sus niños.

La crisis que golpeó al Uruguay a mediados del 2002, catalogada como una de las peores que sufrió el país a lo largo de su historia, agudizó el fenómeno de la pobreza infantil que Uruguay arrastra desde hace décadas.

La sociedad uruguaya presenta un problema de gran trascendencia, en un país con una natalidad que figura entre las más bajas del continente, cerca de la mitad de sus ciudadanos transcurrirán su infancia en medio de la pobreza acumulando las mayores dificultades para enfrentar su futuro.

El segundo informe presentado por Uruguay ante el Comité de los Derechos del Niño se hizo esperar por más de una década. Fue examinado en las sesiones celebradas los días 24 de mayo y 8 de junio de 2007, aprobando observaciones finales que, entre otras ven con beneplácito la adopción de muchas medidas legislativas y programáticas tomadas a fin de implementar la Con-

vención, dentro de las que están comprendidas la adopción del Código de la Niñez y la Adolescencia mediante la Ley No. 17.823 en setiembre de 2004; la adopción de la Ley de Explotación Sexual No. 17.815 de setiembre de 2004; la adopción de la Ley de Refugiados No. 18.976 en diciembre de 2006; y el establecimiento de un Consejo Honorario Consultivo para Niños y Adolescentes en febrero de 2007¹⁰

Sin embargo, el Comité toma nota de que la aplicación práctica del Código continúa siendo un desafío importante, que varias propuestas de reforma legislativa están pendientes y que se requieren mayores esfuerzos para armonizar las diferentes ramas de la legislación.

Con respecto a esto, el Comité recomienda que el Estado parte en particular:

- Desarrolle e implemente un sistema especializado de justicia juvenil con profesionales capacitados en forma adecuada;
- Garantice que la privación de libertad sea aplicada únicamente como medida de último recurso y que el uso de la detención previa al juicio sea minimizado. Cuando se utilice como último recurso, las instalaciones deberían cumplir con las normas internacionales;
- Garantice que los padres o familiares cercanos sean informados cuando el niño es Detenido;
- Garantice que los niños privados de libertad permanezcan en contacto con la comunidad, en particular con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones externas respetables, y que se les dé la oportunidad de visitar su hogar y a su familia.
- Proporcione un paquete efectivo de medidas socio-educativas alternativas y una política para aplicarlas;
- Brinde capacitación al personal penitenciario sobre los derechos del niño y las necesidades especiales;

El Comité invita al Estado parte a presentar un 3er, 4to. y 5to. informe consolidados antes del 19 de junio de 2011 (es decir, 18 meses antes de la fecha de vencimiento del 5to informe), y espera que el Estado parte informe cada cinco años a partir de esa fecha, como lo prevé la Convención.

EVOLUCIÓN NORMATIVA CAMINO AL C.N.A

Con una aprobación acelerada, luego de tres legislaturas que supieron conocer en los anteproyectos elaborados sin lograr completar el trámite correspondiente, y antes que ingresara la siguiente, el 26 de agosto del 2004 se aprobó, por la Cámara de Senadores, el Código de la Niñez y la Adolescencia

El proceso de adecuación se inició en 1990, con el nombramiento por parte del Ministerio de Educación y Cultura de una Comisión para la redacción de un Anteproyecto del Código del Menor. Éste llegó a ser tratado por una comisión especial en la Cámara de Senadores en mayo del 1994. Posteriormente por iniciativa de la Presidencia de la República en junio de 1995 se elaboró un

¹⁰ Cap. XVII C.N.A Art. 192 Consejo Nacional de los Derechos del Niño y Adolescente integrado por M.E.C., MSP, INAU, PJ ANEP, Congreso de Intendentes, ONGs y Org., privadas de promoción y atención a la niñez y adolescencia. Hay también integrado por el MIDES.

Sistema Penal Juvenil

Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia cuya versión final fue presentada en marzo de 1997, para luego ser revisada, sobre fines de ese año, por una Comisión interinstitucional integrada por representantes propuestos por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Suprema Corte de Justicia, el Colegio de Abogados del Uruguay y el Instituto Nacional del Menor (INAME), recibiendo media sanción legislativa en la Cámara de Representantes en septiembre de 1999, siendo finalmente aprobada por la Cámara de Senadores en Agosto del 2004, no sin antes sufrir reiterados intentos de modificaciones.

Concomitantemente al desarrollo de este período de elaboración legislativa adecuada a la CDN, el Poder Judicial dictó sendos actos administrativos que apuntaron a ajustar el procedimiento judicial, buscando reducir la discrecionalidad procesal imperante en esos tiempos. El más importante de ellos fue a través de la **Acordada de la Suprema Corte de Justicia No. 7236** del 29 de julio de 1994 donde se introdujo el debido proceso legal, estableciendo normas procesales en materia de menores infractores como consecuencia de la verificación de la existencia de un disímil tratamiento de las causas de menores de edad presuntamente infractores en las distintas Sedes, con el propósito de aunar criterios en esa materia, que sean concretos y uniformes y que se adecuen a las normas internacionales vigentes y ratificadas por la República tales como:

- Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

- Especialmente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por ley 16.137.

- La Convención Interamericana de Derechos Humanos ratificada por la ley 15.737

- Las propias normas del Código del Niño vigentes desde 1934,

- Las pautas que establece la Constitución de la República en sus Arts. 7,12, 15,16, 17, 18, 20, 21, 22, 26 y 43.

La Acordada es convertida luego en ley nacional a través del Art. 25 de la **ley 16707** del 12 de julio de 1995 conocida como **Ley de Seguridad Ciudadana**, donde se establece que en la audiencia indagatoria es preceptiva la presencia del Defensor y del Ministerio Público,¹¹ debiéndose interrogar a los representantes legales del menor y a los testigos. En la misma audiencia se podrá pedir la ampliación de aquellas diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos y protección de los derechos que rigen en la materia, debiendo dar cumplimiento a lo establecido en el Art. 16 de la Constitución de la República donde se prevé la obligatoriedad de tomar declaración dentro de las 24 hs. y comenzar el sumario dentro de las 48 hs., así como la presencia obligatoria del Defensor del indagado.

Culminada la indagatoria, constatando en autos la existencia de una infracción, y siempre que existan elementos de convicción suficientes para juzgar que el menor tuvo participación en la misma, se procederá a dictar la resolución debidamente fundada, o con exposición de los hechos acreditados en que presuntamente intervino el menor y los pertinentes fundamentos de derecho.

¹¹ Por resolución N° 28/94 del 12.1.94 la Fiscalía de Corte y Procuraduría Gral. de la Nación transforma las Fiscalías de Aduana de 3er. y 4to. Turno en Fiscalías Letradas de Menores de 1er. y 2do. Turno vigentes a partir del 1° de febrero de ese año.

Se tendrá en cuenta, en todos los actos del proceso que el menor es un sujeto de derecho, así como su interés, en los términos del **artículo 350.4 del Código General del Proceso**

Se da a los Jueces de Menores las mismas facultades inquisitivas que tienen los jueces en materia penal. Este cuerpo normativo habilita la reclusión de menores mayores de 16 años que hayan cometido delitos graves de homicidio doloso, lesiones graves o gravísimas dolosas, violación, secuestro, extorsión o rapiña en cualquiera de sus modalidades, con la condición expresa de que deberá permanecer separado de los reclusos mayores de edad.

Además podrán disponer las medidas previstas en el Art. 124 del C. del N y Art. 40 num. 4 de la Convención Internacional de los derechos del Niño

Una vez diligenciada la prueba o en caso de no haberse ofrecido ninguna, se dará traslado al Ministerio Público por el término de seis días perentorios e improrrogables para que dictamine.

Del dictamen fiscal se conferirá traslado a la Defensa por el mismo término.

Puesto los autos al despacho el Juez deberá dictar sentencia definitiva de primera instancia, dentro de los treinta días (**343.7 del Código General del Proceso**), siendo de aplicación en cuanto a su contenido y en lo pertinente, el **artículo 245 del Código del Proceso Penal**.

Mientras dure el procedimiento y atendiendo las circunstancias del caso, los Jueces podrán disponer preventivamente la internación de los presuntos infractores en los establecimientos a que se hace referencia

A su vez impone al juez una función de vigilancia sobre la privación de libertad sin proporcionarle una reglamentación legal acorde a la tarea

Cuando los Juzgados Letrados dispongan la internación de menores fuera de su jurisdicción deberán enviar, junto con el menor, fotocopia certificada del expediente en sobre cerrado; el funcionario que traslade al menor entregará la documentación, bajo recibo al Juez de Turno del lugar de internación

Se limitará al mínimo posible, atendidas las circunstancias del caso, la internación de los menores fuera de la jurisdicción de su domicilio.

El Juez del lugar de internación tendrá competencia para sustituir, modificar o decretar el cese de la medida, de oficio o a solicitud de parte. La tramitación de las solicitudes de sustitución, modificación, cese de las medidas o clausura de las actuaciones, se hará por el procedimiento de los incidentes, debiendo dictarse resolución fundada, previo los informes técnicos que se estimen pertinentes, con audiencia del menor, de sus representantes legales, de la defensa y del Ministerio Público”.

Este procedimiento recogido en la Ley sirvió de base más adelante para regular en el C.N.A el procedimiento por audiencias, con la presencia preceptiva del Juez de Adolescentes, así como de las partes y el menor en cuestión.

Posteriormente, en 1996 se dictan las **Acordadas N° 7307**, referida a la regulación de las medidas impuestas a los adolescentes infractores, seguida de la **Acordada N° 7308** relativa a la distribución de asuntos y ejecución de sentencias en materia de menores.

El 15 de Mayo del año 2002 se dicta la **Acordada N° 7454** por la que la Suprema Corte de Justicia crea el Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno, el que queda constituido a partir del 1° de julio de ese mismo año con igual jurisdicción, competencia, funcionamiento y oficina

Sistema Penal Juvenil

Actuaría que los idénticos de 1º y 2º Turno, conociendo cada turno por períodos decenales.

Ya aprobado el C.N.A, con su entrada en vigencia en setiembre de 2004 la **Acordada No 7526** regula en su Art. 4 los cambios de competencia establecidos a partir de la vigencia del nuevo Código, dando una nueva denominación a los Juzgados Letrados de Menores que pasaran a llamarse Juzgado Letrado de Adolescentes, denominación más apropiada respecto a su única y exclusiva competencia en materia infraccional a partir de los 13 años de edad, declinando ante los Juzgados Letrados de Familia la adopción de medidas de protección de derechos.

La **Acordada N° 7528** del 1º de octubre del 2004 organizó el funcionamiento de los turnos de los Juzgados Letrados de Adolescentes en forma semanal y bajo la atención simultánea de dos jueces de Adolescentes, uno que recibe las comunicaciones telefónicas y ordena las diligencias necesarias más urgentes, y otro que se ocupa de presidir las audiencias, resolver en la causa y continuar en el conocimiento de la misma

Por **Acordada N° 7535** la Suprema Corte de Justicia declara instalados a partir del 13 de diciembre de 2004 los Juzgados de Primera Instancia de Familia Especializados de Primero y Segundo Turno y de Tercer y Cuarto Turno que funcionarán en régimen de dos oficinas con doble despacho, competentes en la Capital para entender en los casos previstos en la Ley de Violencia Doméstica (N° 17.514) y en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Art. 66 Ley N° 17.823), otorgando a estas Sedes competencia de Urgencia, esto es, intervención inmediata en todos aquellos asuntos en que exista riesgo de lesión o frustración de un derecho del niño o adolescente

Esto ya había ocurrido en el año 1992, cuando por Ley N° 16.320 en sus Arts. 373 y 375 se trasladó la competencia sobre el abandono material a los Juzgados Letrados de Familia, para luego volver por Ley No 16.685 de diciembre de 1994 al régimen anterior.

Por **Acordada N° 7550** del 11 de mayo del 2005 se crea el Juzgado Letrado de Adolescentes de 4º turno el que se constituyó con fecha 20 de junio del 2005, reiterando el sistema de turnos semanales que venía operando.

La **Acordada N° 7555** del 8 de junio de 2005 impuso un nuevo régimen de turnos también combinando entre sí a los jueces de 1º y 3º turno y a los de 2º y 4º turno, alternando las funciones de recepción de comunicaciones e instrucción de la causa en forma semanal

Este régimen se modificó a través de la **Acordada N° 7559** del 28 de octubre de 2005 donde se dispuso la remisión de expedientes al homólogo de 4º turno a manera de lograr un equilibrio cuantitativo de las causas ya iniciadas entre los turnos instalados y el reciente incorporado, como así también que cada juez, durante el turno correspondiente, recibiera las comunicaciones telefónicas, ordenara las diligencias que sean pertinentes e instruyera manteniéndose en el conocimiento de la causa hasta su conclusión.

Consideraciones finales

Las reformas elaboradas y en vigencia nos hablan de un período de legislación sobre la niñez y adolescencia culminado con la impronta de la Protección Integral.

La separación consolidada entre lo infraccional y lo tutelar responde a esa concepción, la que deberá extenderse también a la instrumentación de la ley y sus operadores.

Las garantías del debido proceso no son suficientes cuando se trata de adolescentes, eso solo conlleva a tratarlo como adulto, sin advertir que la especialidad surge justamente de una concep-

ción temporal del ser humano como tal, que deberá apreciarse según su tiempo y en un contexto de integralidad con respecto a sus Derechos y a las variables que lo caracterizan de acuerdo a su desarrollo, provocando así un cambio necesario dentro de la operativa institucional que nos conduzca hacia la efectiva validez de la norma.

Este período de adecuación normativa deberá a partir del C.N.A transformarse en un proceso de adecuación de los operadores del Sistema de Derecho Penal Juvenil buscando la verdadera Especialización, que al decir de la Dra. Mary Beloff, es la única barrera con la que contamos frente a la criminalización de los jóvenes.

PERSPECTIVA CRÍTICA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Mariana Malet Vázquez

1. Introducción. 2. Cambios en la concepción de la niñez y la adolescencia. 3. La niñez ciudadana. 4. El marco constitucional. 5. El interés superior del niño y del adolescente. 6. El principio de legalidad. 6.1. Alcance. 6.2. Incompatibilidad con la situación irregular. 6.3. El principio de legalidad en el Código de la Niñez y la Adolescencia. 7. El principio de oportunidad. 8. El principio de culpabilidad. 9. El proceso penal juvenil. 9.1. Su importancia. 9.2. ¿Proceso con sentido pedagógico? 9.3. El estado de inocencia. 9.4. La duración razonable. 9.5. La publicidad. 9.6. La actuación de los operadores. 9.6.1. El juez. a) Su actividad b) El juez de ejecución. 9.6.2. El fiscal. 9.6.3. El principio de defensa. 10. Las medidas cautelares. 10.1. Su naturaleza y la oportunidad de la aplicación. 10.2. La internación provisoria. 11. Las medidas socio-educativas. 11.1. Su significado en el Código de la Niñez y la Adolescencia. 11.2. La privación de libertad como medida educativa. 11.2.1. El encierro total. 11.2.2. La semi-libertad. 11.3. Las medidas sustitutivas. 11.3.1. Su sentido. 11.3.2. La mediación. 11.4. El cese de las medidas. 11.5. El incumplimiento. 11.6. La unificación de medidas. 12. Las medidas curativas. 13. De espaldas al país interior.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia¹ en lo relativo a los infractores amerita un análisis que implique propuestas de mejoras puntuales, de las que por otra parte existen varias en el parlamento, preferimos en esta oportunidad enfocar lo del título: la ponderación de algunos de los avances (y retrocesos) que implicó la consagración de este Código, donde aparecen como saldo muy favorable la exigencia en el plano sustantivo de la culpabilidad del joven, y en el procesal, el principio de inmediatez; así como el entrecruzamiento de ambos aspectos (material y procedimental) con la vigencia expresa del principio de oportunidad jalonando el juicio.

2. CAMBIOS EN LA CONCEPCIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

En la Comunidad Internacional es recién con el siglo XX que se produce el desarrollo de textos específicos para la protección de los niños. Antes sólo existían enfoques dispersos en dife-

¹ En adelante, C.N.A.; asimismo, abreviaremos niño, niña y adolescente (también en plural) con el signo n/a.

rentes instrumentos de nivel mundial. El primer documento exclusivo de derechos de la minoridad surge con la Declaración de Ginebra de 1924. Encaja perfectamente con la vertiente humanitaria que formó la legislación de menores latinoamericana de los años 20 y 30.²

Con la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 se inicia una nueva era para los niños y jóvenes, al ser la primera norma internacional obligatoria que asume la doctrina de la protección integral.³ Precisamente, se extiende con el impulso que proviene de la aplicación de la legislación internacional sobre la justicia penal juvenil de los Estados.⁴ Es un hito en el cambio de concepción del niño, al que reconoce como titular de derechos propios y ya no de intereses que terceros se encargan de proteger en forma paternal.⁵

A lo largo de la Convención se reafirma el reconocimiento del niño como sujeto de derecho; así aparece la libertad de opinión (Art. 11), el derecho a formarse un juicio propio y a ser escuchado (Art.12), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art.14), la libertad de emitir y recibir información (Art. 13); la libertad de asociación (Art.15).

Además de su identificación como persona, tendrá un *plus* de consideraciones por la condición de ser un sujeto en desarrollo.⁶ Se conforma un haz de garantías que pone límites a la acción del Estado, acotando las injerencias arbitrarias y consagrándose la posibilidad de que el n/a ejerza autónomamente sus derechos. La prohibición genérica de toda discriminación que aparece también en documentos regionales,⁷ lleva a que en la órbita minoril no sea posible que se discrimine respecto de los derechos y libertades por razón de edad, salvo en cuanto a los derechos políticos de

² Cfe. Cillero, Miguel: *Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, en Segundo Curso Regional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Univ. Diego Portales Depto. de Investigación y Extensión. Escuela de Der. Santiago de Chile 1997 pág. 177. Las infracciones penales en que pudieran estar involucrados los menores, aparecían mezcladas con situaciones muy diversas, adhiriendo a un ideal de corrección y rehabilitación.

³ Por supuesto, es la culminación de un proceso que se fue gestando desde varios años antes a nivel internacional, regional y de los países. En Latinoamérica hubo importantes aportes de divulgación de la nueva concepción que plasmó luego en la Convención. En los años 1987 y 1988 el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente realizó varios seminarios regionales junto con Defensa de los Niños Internacional referidos a la Administración de Justicia de Menores para promover la investigación sobre los derechos humanos de los niños/as en la Justicia en América Latina, y fomentar la especialización de los operadores del sistema judicial. Cfe. Fellini, Zulita: *Necesidad de reformar la legislación sobre menores*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur* Santiago de Chile 1992, pág. 195. Fue a partir de 1992, con el diagnóstico jurídico-sociológico hecho por ILANUD/Comisión Europea unidos, sobre la situación de los sistemas, que los distintos países encaminaron sus procesos de reforma. Cfe. Maxera, Rita: *La nueva ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores de España*, en Herramientas Año II N° 2 pág. 2. Otros antecedentes en los que van apareciendo las nuevas ideas, son las Recomendaciones del Consejo de Europa desarrolladas en el documento "La reacción social a la delincuencia juvenil" de 1987. Allí se hace hincapié sobre el debido proceso en la justicia de menores, consagrándose principios como la presunción de inocencia, el derecho a un defensor, a la presencia de los padres, a ser escuchado, a la aceleración de los procesos y el respeto a la intimidad. También se destaca el rechazo al reenvío a la justicia de adultos y concomitantemente, la necesidad de la especialización en los operadores del sistema. Cfe. Giménez-Salinas Colomer, E.: *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho...* cit. págs. 22/25. Se insiste en que el sistema penal de menores tiene por objetivos la educación e inserción social; por lo tanto debe suprimir -en lo posible- el encarcelamiento de menores de edad. Id. pág. 47.

⁴ Entre los instrumentos internacionales relativos a la niñez y la adolescencia tenemos: Reglas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing de 1985 que constituyen el primer antecedente claro que propone el nuevo enfoque; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, 1990) Se percibe diferencias importantes, que provienen -a veces- de la etapa de maduración en que al redactarlas se encontraba la doctrina de la protección integral en el enfoque de la ONU. A nivel legislativo, la Convención fue acompañada pronto por la Children Act inglesa promulgada el mismo año de 1989. Al año siguiente, se regula con

Sistema Penal Juvenil

los ciudadanos que quedan en la órbita interna de cada país.⁸

Esto provoca importantes efectos respecto a los conflictos que puedan producirse por infracciones a la ley penal. Los derechos que se consagran en este aspecto en los artículos 37 y 40, tienen el gran mérito de separar la situación del infractor del que esté desprotegido y merezca por tanto tutela y no sanción, dejando en claro la distinción entre medida de protección y el reproche.⁹

A pesar de que en el marco jurídico se afirmaron principios amplios y significativos en las Constituciones, Pactos internacionales y leyes internas, que encaran al n/a como sujeto de derecho, en la práctica tuvo por largo tiempo efectos muy modestos, pues se mantuvo el lastre de la actitud sempiterna de indiferencia del Derecho con relación a la niñez/adolescencia, percibida ésta fundamentalmente como un estado de incapacidad para participar en el sistema jurídico.¹⁰

Cuando se le reconoce como sujeto de derecho en sentido pleno y no como persona incapaz representada por adultos, el n/a sólo está limitado por la fase de su desarrollo en que se encuentre, imponiéndose su respeto “como portador de una percepción autónoma de sus necesidades.”¹¹

Entre los lineamientos orientadores aparece la aproximación a la justicia de los mayores en cuanto a las garantías procesales, el reconocimiento de la responsabilidad de los jóvenes, y la distinción como señalamos, de infractores y abandonados. Al mismo tiempo, se desenvuelve el aspecto educativo como consecuencia de la infracción, imaginando una amplia gama de medidas como respuesta al delito, e incluso, de atención a la víctima.¹²

estas pautas, la situación de la niñez en Alemania -primer país que se refiere llanamente a un Derecho penal juvenil, apareciendo en 1990 en Brasil, el Estatuto del Niño y del Adolescente. Cfe. Cfe. Fanlo Cortés, Isabel: *Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate*, en AA.VV.: Justicia y Derechos del Niño N° 4 Unicef B.A. 2002 pág. 69. Varios países latinoamericanos lograron reformas sustanciales en materia de Derecho Penal Juvenil. Así, la ley del menor infractor en EL Salvador (1994); Código de la Niñez/Adolescencia en Honduras (1995); Ley de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica (1996); Código de la Niñez/Adolescencia en Nicaragua (1998); el Código de los Niños y Adolescentes en Perú (1991); el Estatuto ya referido de Brasil (1990); en Venezuela la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente (1998); en Bolivia el Código del Niño, la Niña y el Adolescente (2000).

⁵ Cfe. Fanlo Cortés, I.: *Los derechos...* cit. pág. 72.

⁶ Cfe. Gross Espiell, H.: *Los derechos del niño en América Latina* en Revista Uruguaya de Derecho de Familia N° 12 FCU 1997 pág. 50. Los artículos 2 y 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia lo afirman en nuestra legislación interna.

⁷ Así, en el artículo 1.2 del Pacto de San José de Costa Rica; en la propia Convención, el artículo 2. Cuando las Directrices de Riad se refieren al principio de legalidad, afirman que deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito, ni sea sancionado cuando lo comete un adulto, se considere delito ni sea objeto sanción cuando sea cometido por un joven. (Directrices, 56)

⁸ Los derechos políticos *stricto sensu* no aparecen en la Convención. El derecho a votar, a ser candidato y tener acceso a la función pública, son propios de los ciudadanos, concepto que se vincula con la mayoría de edad. Sin embargo, se le reconoce como sujeto de derechos políticos como la libertad de reunión y de expresión, como recién vimos.

⁹ El C.N.A. también hará hincapié en este aspecto esencial. Vé. infra ítem 3. La consagración del principio de separación de medidas, implica la delimitación nítida de las esferas de los menores con carencias socio-económicas y de los infractores; así como la exigencia de que estos últimos entren al sistema penal recibiendo las garantías del debido proceso, y la obligación de asistencia a los niños carenciados sin fraudes que los lleven al sistema de justicia, cuando lo que requieren son políticas sociales. Éstas pueden ser proveídas por particulares, resultando un rumbo muy importante el accionar de la sociedad civil en articulación con el Estado. Cfe. Peña González, Carlos: *Comentario*, en De la tutela a la justicia UNICEF - Corporación OPCION 1999 pág. 121.

¹⁰ Cfe. Fanlo, I.: *Los derechos...* cit. pág. 68.

¹¹ Cfe. Baratta, A.: *Democracia y Derechos del Niño*, en AA.VV.: Justicia y Derechos del Niño Unicef Santiago de Chile 1999 pág. 22.

¹² Cfe. Giménez-Salinas Colomer, E.: *La justicia...* cit. pág. 22. Son numerosos los trabajos que detallan las características de este nuevo modelo; entre los que realizan un estudio de contraposición con los lineamientos de la situación

3. LA NIÑEZ CIUDADANA

No es por casualidad que la Convención ha sido llamada la carta de ciudadanía de las personas menores de edad.¹³ La igualdad propugnada en el relacionamiento del n/a con el adulto, obliga en la pretensión de ser coherentes, al reconocimiento del *status* de ciudadano.¹⁴

No sólo no queda al margen de la realidad, sino que se advierte su condición de participante activo y directo de esa realidad, respetándose su visión personal del mundo a través de sus propias experiencias elaboradas con su aprendizaje en el medio donde le tocó vivir.¹⁵

Presidida esta concepción por la idea del “interés superior del niño” abarca todo el espectro de los derechos humanos y le reconoce tanto derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales,¹⁶ con normas pragmáticas de metas inmediatas y también a largo plazo, que los Estados deben reconocer e incorporar.¹⁷

De todas formas, corresponde estar alerta en cuanto a lo que García Méndez llama “el paradigma de la ambigüedad”, que aparece como una síntesis de quienes rechazan la doctrina de la situación irregular, pero no son consecuentes en la aplicación de la doctrina de la protección integral.¹⁸

La concepción de un Derecho Penal Juvenil mínimo exige que sólo intervenga cuando ello es imprescindible. Sin embargo, aún hoy, con el lastre de aspectos de la concepción tutelar, se mantiene frecuentemente la jurisdicción del mismo juez tanto para el infractor como para el que sólo necesita protección.¹⁹

Es muy difícil eliminar el modelo tutelar, enraizado por un siglo en nuestra cultura. Por eso, una de las tareas de los operadores es mantenerse alertas y en la autocritica permanente, cuestio-

irregular, resulta muy claro el de Beloff, Mary: *Modelos de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en Justicia y Derechos... cit. El CNA se extiende en normas procesales y relativas a las medidas educativas del artículo 74 al 103, siendo algunas disposiciones excesivamente largas, conspirando contra el abordaje y comprensión de la estructura.

¹³ Cfe. Rojas, Alejandro: *El derecho de defensa en el proceso penal juvenil costarricense* en González Oviedo, Mauricio – Tiffer Sotomayor, Carlos (coords.): *De la arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica Unicef San José 2000* pág. 345. Por su parte, Baratta nos dice que la niñez como ciudadanía “representa un momento propulsor y una fuente de verdad de los que se alimenta el proyecto de la alianza, la refundación del conjunto de las instituciones públicas según el modelo democrático.” Cfr. Baratta, A.: *La niñez como arqueología del futuro*, en Justicia y Derechos... cit. pág. 15.

¹⁴ Cfe. Fanlo, I.: *Los derechos...* cit. pág. 72. La perspectiva ideológica de la ciudadanía y del niño como actor social tiene raíces en la sociología de la infancia que adquirió importante desarrollo en los últimos tiempos y parte de la idea de que el niño en su actividad cotidiana puede incidir en la realidad social, por lo que es concebido en términos de actor social. Id. pág. 82 y nota 23 de pág. 72.

¹⁵ Cfe. Contreras Largo, Consuelo: *Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía*, en De la tutela... cit. pág. 19. La autora -siguiendo a Marshall- caracteriza la ciudadanía por el conjunto de derechos civiles necesarios para garantizar la libertad individual; la integra con los derechos políticos indispensables para que se logre la participación en el ejercicio del poder en asuntos relativos a su vida y a la comunidad, dándose la progresividad de su ingerencia de lo privado hacia lo público; y los derechos sociales que incluyen el bienestar económico, la herencia sociocultural, la vida digna. *Ibid.* con cita de Pilotti, F.: *Crisis y Perspectiva de los Sistemas de Atención a la Infancia en América Latina 1995*, con cita a su vez, de Marshall (1965); y págs. 27/28.

¹⁶ Cfe. Landrove Díaz, Gerardo: *Derecho Penal de Menores* Tirant lo Blanch Valencia 2001 págs. 114/115. El artículo 6 del CNA establece que para la interpretación e integración de este código se debe tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

¹⁷ Cfe. Tiffer, Carlos: *Ley de justicia penal juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales*, en González Oviedo, Mauricio – Tiffer Sotomayor, Carlos (coords.): *De la arbitrariedad...* cit. pág. 148.

¹⁸ Cfr. García Méndez, E.: *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*, en Derecho a tener Derecho T.4 Unicef.

nando la propia actuación.²⁰

Quizá percibido de este peligro, el legislador insiste en el C.N.A. en cuanto al concepto de adolescente infractor y la necesidad de que haya sido declarado tal para imponerle medidas educativas.²¹

4. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El régimen del Estado de derecho es tal, cuando tiene por objetivo último y primordial el interés en proteger el goce de sus derechos a todas las personas que habitan el país; por lo tanto, su misión es preservarlo, defenderlo y otorgarle garantías también frente a las posibles arbitrariedades de las autoridades estatales. El artículo 72 de la Constitución reafirma esta idea²² y la complementa el artículo 82 que adopta la forma democrático republicana de gobierno.

En el tema específico de la niñez/adolescencia, la Constitución de 1934, en el artículo 41 inciso 2º dice que la ley dispondrá las medidas necesarias para que sea protegida contra el abandono corporal, intelectual y moral de padres o tutores así como contra la explotación y el abuso.

El artículo 43 establece que la ley procurará un régimen especial para la “delincuencia infantil” que la ley procurará que esté sometida a un régimen especial. Por lo tanto tiene rango de primer nivel jurídico la exigencia de pautar el derecho penal juvenil de acuerdo a las características del adolescente.

Mdeo s/f. pág. 13.

¹⁹ Cfe. Couso Salas, J: *Notas acerca del debate político - criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de Adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile*, en AA.VV.: *¿Educación, ayuda o sanción?* Bravo y Allende eds. Santiago de Chile 1999 págs. 61/62. En nuestro país, con el C.N.A. se logró la separación tajante, al punto de que las medidas cautelares no previstas para aplicarse por el juez de adolescentes infractores, sólo pueden ser tomadas por el juez de familia especializado. El texto original de la ley 15.750, ley orgánica de la judicatura y de organización de los tribunales, de 24 de junio de 1985, mantenía la competencia de un solo juez “en todos los procedimientos preventivos, educativos y correctivos a que den lugar los hechos antisociales cometidos por menores y de las situaciones de abandono” (artículo 67) Vé. sus posteriores modificaciones en *Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental y Apéndices Normativos* FCU 2005 anotado y concordado por la suscrita pág. 620.

²⁰ Precisamente, temas como el interés superior del niño ya mencionado –en el que insistiremos en seguida- revelan particularidades con el peligro de caer insensiblemente en lo tutelar. Este principio pretende ser orientador tanto respecto a la decisión sobre el joven en situación de riesgo, como respecto del infractor. Aunque es uno de los principios informadores de la doctrina de la protección integral, no es un principio nuevo. En realidad, viene de la doctrina de la situación irregular, pero sólo en cuanto a su denominación, pues su contenido tuvo una significativa variación. En 1959, la Declaración de los Derechos del Niño dice en su principio 2: “Al promulgar leyes con este fin (desarrollo integral en condiciones de libertad y dignidad) el interés superior del niño será la consideración primordial.” El principio 7 párr. 2 dice: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...” El Art. 3 de la Convención de 1989 establece el “interés superior” del niño como principio rector-guía no sólo en los casos de custodia sino en todas las medidas relativas a los niños.

²¹ El artículo 70 dice: “Se denomina adolescente infractor a quien sea declarado responsable por sentencia ejecutoriada, dictada por Juez competente, como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracciones a la ley penal.” El artículo 77: “Las medidas contempladas en este Código sólo podrán aplicarse a los adolescentes respecto a los cuales haya recaído declaración de responsabilidad, por sentencia ejecutoriada.” Si bien estas disposiciones son esenciales para mantener vigente el principio de estado de inocencia, en la práctica han creado algunos problemas como veremos infra. ítem 10.2.

²² El artículo 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”.

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

El artículo 3.1. de la Convención dispuso que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, debe atenderse como consideración primordial el interés superior del niño.²³

Cuando los niños y adolescentes eran concebidos desde la situación irregular, como meros objetos dependientes de la autoridad, ya fuera paterna o estatal, este principio sirvió para resaltar la necesidad de reconocerles la calidad de persona. Hoy, aceptado como sujeto de derechos, el principio del interés superior del niño y del adolescente, resulta instrumental para impedir que se vulneren los derechos reconocidos.²⁴

Si bien partimos de que el interés superior está en ese reconocimiento, respecto de un mismo joven, se producen conflictos entre distintos derechos de los que es titular.²⁵

Sin embargo, Llobet hace notar que no hay referencia expresa a dicho principio en los artículos 37 y 40 de la Convención que regulan las garantías ante el sistema penal. Quizá, porque en el momento de redactar el texto se tenía muy presente la imprecisión de este principio, como también debe ser ése el motivo de que no se hiciera referencia al mismo ni en las Reglas de Beijing, ni en las Directrices ni en las Reglas de Riad.²⁶

Al mismo tiempo, opera para resolver los conflictos que se puedan generar con el sistema penal, y debe pautar las bases del Derecho penal juvenil,²⁷ y como dijimos, el artículo 6 del C.N.A., lo destaca como uno de los ejes orientadores de la interpretación de este cuerpo legal.

Con contenido difuso pues, es importante recurrir a los documentos internacionales y las Cartas fundamentales; en ese sentido, y para el Derecho procesal penal y de fondo, tal interés reside en el juzgamiento apegado a los principios de un Derecho penal republicano.²⁸

En el ámbito de las consecuencias penales, la medida que se tome, debe asegurar la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, tanto en relación al número de los derechos afectados, como por su importancia relativa. Así sucede con la privación de su libertad y la separación de la familia, sobre lo que además, la Convención orienta expresamente, porque constituyen derechos que suprimidos o restringidos, afectan otra serie de derechos de los que son presupuesto.²⁹

²³ No es una disposición aislada, sino que también se resalta este principio en los artículos 9.1. y 9.3, 18.1 párr. 2, 20, 21 párr. 1. Posteriormente, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en el artículo 1 a) (L. 17.670 de 15 de julio de 2003). Vé. el *Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay y Apéndices Normativos* cit. pág. 157.

²⁴ Cfe. Cillero Bruñol, M.: *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*, en *Justicia y Derechos...* cit. pág. 49.

²⁵ Id. Así, Cillero ejemplifica con el artículo 9º de la Convención, relativo a la separación de los padres, para defender el derecho a la vida o la integridad. *Ibíd.*

²⁶ Cfr. Llobet Rodríguez, Javier: *El principio del interés superior del niño en la justicia penal juvenil* en Tiffer Sotomayor, Carlos, Llobet Rodríguez, Javier y Dünkel, Frieder: *Derecho Penal Juvenil* ed. ILANUD DAAD San José de Costa Rica 2002 págs. 118/119.

²⁷ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional de la niñez en infracción* ed. C. Alvarez Montevideo 1998 pág. 197.

²⁸ Cfe. Issa El Khoury, Henry: *El Derecho penal sustantivo en la ley de justicia penal juvenil costarricense* en AA.VV.: *De la Arbitrariedad...* cit. pág. 197.

²⁹ Cfe. Cillero Bruñol, M.: *El interés...* cit. págs. 54/55 Por ejemplo, en el caso del encierro ante un delito grave contra la integridad física, igual permanece el derecho a la educación; separado de los padres, mantiene el derecho a un

Sistema Penal Juvenil

Insiste Albrecht en que el primer objetivo del juez es el de no dañar con su decisión el desarrollo posterior del joven, con la colaboración de los expertos que deben dar sus aportes, como su consideración global desde la psicología del desarrollo.³⁰ No se puede tomar a los jóvenes como recipientes que se completan con normas sociales, olvidando que tienen su propia historia vital, pudiendo existir motivos por los cuales por ejemplo, su propio comportamiento les parece racional y admisible.³¹

6. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

6.1. Alcance

El origen del principio de legalidad está en el anhelo de seguridad jurídica que se ha dado en todos los pueblos, especialmente en la materia penal; ya que es ésta la potestad más peligrosa en manos de un Estado.³² Establecidas por una ley previa, escrita y estricta, las consecuencias de la conducta devienen en cierta medida calculables para el que actúa.³³

En lo político, es indisoluble del Estado de Derecho, y acarrea del punto de vista penal, la previa precisión de los hechos perseguibles y la clase y cantidad del castigo imponible. No es la pura y simple incorporación del sistema penal a un aparato normativo claro y escrito, porque entonces podría admitirse que también lo consagra un Estado que implante el terror penal mediante leyes que cumplan esas condiciones.³⁴

Su esencia está en que presupone la delimitación de un núcleo de libre desarrollo de la personalidad donde la coacción estatal no penetra. Las intenciones o aún hechos exteriores, pero carentes de lesividad, no pueden ser intervenidos por el Estado. De nada valdría en ese caso la “seguridad” proporcionada por fórmulas jurídicas claras y precisas.³⁵

De un modo u otro, todos los demás principios penales derivan de este principio. Es particularmente evidente en cuanto a la responsabilidad por el acto y el principio de ofensividad o lesividad, al punto de que no pueden ser considerados separadamente: sin ellos, las exigencias garantistas vinculadas al principio de legalidad perderían todo sentido.³⁶

contacto regular. *Ibíd.*

³⁰ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho penal del menor* PPU Barcelona 1990 pág. 144.

³¹ *Id.* pág. 102.

³² Landecho Velasco, Carlos María – Molina Blázquez, Concepción: *Derecho Penal Español Parte General* tecnos Madrid 1996 pág. 115.

³³ En general, se coincide en que su formulación es bastante reciente, con la Ilustración; la fundamentación política se da a través del Estado liberal burgués que aparece con la Revolución Francesa y constituye una de las garantías del ciudadano frente al Estado, como reacción contra el Antiguo Régimen, cargado de arbitrariedades y abusos penales Cfe. Quintero Olivares, Gonzalo y cols: *Curso de Derecho Penal Parte General* Cedecs ed Barcelona. 1997 pág. 29/30. Para interpretarlo en su justo sentido, hay que recordar la coyuntura histórica. Es la Francia del siglo XVIII, donde se había abusado del rigor en la justicia penal, a la vez que la Administración manipulaba fuertemente a los jueces, nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo. Contra este estado de cosas surge la crítica de la Ilustración, que es sin duda el resorte más poderoso de la implantación del principio de legalidad en el Derecho continental europeo. Cfe. Landecho, 117

³⁴ Cfe. Quintero Olivares, Gonzalo y cols: *Curso...* cit. pág. 30.

³⁵ Cfe. Cobo del Rosal, M. -Vives Anton, T.S.: *Derecho Penal Parte General* Tirant lo Blanch Valencia 1996 págs. 66/67.

³⁶ *Id.* pág. 66. El principio *nulle crime sine iniuria* exige que lo que se incrimine sean hechos, y no pensamientos ni modos de vida, en contraposición con el Derecho penal de autor Cfe. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; Ferré Olivé, Juan Carlos; García Rivas, Nicolás; Serrano Piedecabras, José y Terradillos Basoco, Juan: *Curso de Derecho penal Parte General* eds. Experiencia Barcelona 2004 pág. 72.

En última instancia, el principio de legalidad es expresión de los dos valores básicos de todo ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad.³⁷

Al ser punible sólo lo prohibido por la ley, no se puede castigar por nada de lo no prohibido, por lo que esta esfera de la libertad es también un logro del principio de legalidad. También la igualdad jurídica, en cuanto se postula el castigo de cualquiera sea quien cometa las acciones u omisiones.³⁸

No obstante, se advierte a menudo como inherente al sistema penal una de las disfunciones que hasta se ha entendido que le quita legitimidad: la selectividad del mismo, y con él la cifra negra de la criminalidad.³⁹

6.2. Incompatibilidad con la situación irregular

La vigencia rigurosa del principio de legalidad es básica en el modelo de la protección integral, y fundamenta la diferenciación del menor en situación de riesgo del infractor. La precisa categoría de este último impone que su conducta haya encuadrado en la previsión de un tipo penal, lo que consagra la norma internacional del artículo 40.1 de la Convención.⁴⁰

Del punto de vista interdisciplinario, es importante esta distinción para “las ciencias auxiliares” y la clasificación del problema dependerá de la clase de norma transgredida por el joven.

Cuando se afirma que un joven está en situación de riesgo, se tratan sus inconductas (“problemas conductuales”) como indicio de la necesidad de protección.⁴¹ Así se mantienen sin garantías procesales decisiones judiciales para el adolescente, tan gravosas o más que aquéllas originadas en la violación concreta de una norma que tipifica un delito.⁴²

6.3. El principio de legalidad en el C.N.A.

Delimitado por la tipicidad, en los artículos 69 y 72 se distingue las infracciones graves y gravísimas con la técnica de remisión al Código penal y las leyes especial. Se optó pues, por una tipificación delegada, si bien esta remisión global implica que muchas de las previsiones de figuras del código y extra código deben descartarse de hecho, entre otros motivos, por la imposibilidad de que los sujetos activos de las mismas sean los jóvenes.⁴³

³⁷ Cfe. Cobo del Rosal, M. -Vives Anton, T.S.: *Derecho Penal...* cit. págs. 67/68.

³⁸ Cfe. Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón* ed. Trotta Madrid 1997 pág. 36. A la libertad y la igualdad, se oponen mecanismos ideados para burlar sus exigencias. Las figuras abiertas, las leyes incompletas o en blanco, las cláusulas generales, las referencias normativas que deben interpretarse con la ayuda de otras fuentes, las medidas penales que se asientan, no en el hecho sino en la “peligrosidad”, son negaciones del principio de legalidad, y riesgos para la libertad. Cfe. Cobo del Rosal, M. -Vives Anton, T.S.: *Derecho Penal...* cit. pág. 68. Asimismo, la cifra oscura de la criminalidad, revela lo alejado que está el sistema judicial de una efectiva igualdad en la práctica.

³⁹ Por todos, Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro: *Derecho Penal Parte General* Ediar B.A. 2000 pág. 7 y ss

⁴⁰ De todas formas, la tendencia a un Derecho penal de autor aumenta en el Derecho penal juvenil, dada la importancia que juega encarar la personalidad en desarrollo del joven, con la solución más adecuada para esa persona en evolución. Una forma de evitar esa desfiguración de un Derecho garantista está en crear la valla infranqueable de que nunca opere la personalidad del joven para hacer la medida más gravosa. Vé. ítem 2.

⁴¹ Se denomina desajuste conductual cuando la trasgresión es de normas implícitas que la sociedad impone, en cambio se hace referencia a conflicto con la justicia cuando se viola normas jurídicas o explícitas de la sociedad que constituyen delito. Cfe. Contreras Largo, C.: *Hacia un diagnóstico...* cit. pág. 16.

⁴² Cfe. Couso Salas, J: Problemas... cit. pág. 79. En el mismo sentido, García Méndez, E.: Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina: antecedentes, características, tendencias y perspectivas, en Herramientas N° 2 ed. Defensa de los Niños Internacional Mdeo 2000 pág. 12. La Ley N°15.750 ya citada (vé. nota 20) es criticable desde el punto de vista que ahora analizamos pues da intervención a la justicia de menores por “hechos antisociales” por

Sistema Penal Juvenil

La distinción entre infracciones graves y gravísimas que ahora sólo tiene consecuencias para el instituto de la prescripción (artículo 103 nal. 4) y la complicidad y la tentativa (artículos 69 nal. 4 y 72 nal. 10), se tomaba en cuenta en el proyecto de la Cámara de representantes para limitar la privación de libertad a las gravísimas tanto en la medida cautelar como definitiva. En consecuencia, fue un retroceso la eliminación de esta limitación objetiva que restringía la discrecionalidad del juez en cuanto a la medida a adoptar.⁴⁴

Tampoco es clara la presentación de las figuras delictivas: recién en el artículo 71 nos enteramos de que las llamadas genéricamente infracciones a la ley penal en el artículo 69, en realidad, son sólo las graves. Por otra parte, la ubicación entre paréntesis del número de la disposición relativa a cada infracción gravísima deja dudas en cuanto a las situaciones más graves si quedan o no descartadas como tales,⁴⁵ y encartadas en la previsión de la figura base.

Asimismo, que se parta de la infracción grave no parece ser la mejor forma de denominación, pues induce en error cuando se identifica de esta manera conductas que estrictamente no merecen esta calificación como las lesiones personales, los hurtos simples, etc.

Por otra parte, existe confusión al considerar como infracciones las conductas culposas consumadas, ya que deja implícita la posibilidad de que un acto culposo quede en grado de tentativa, cuando ello es imposible,⁴⁶ y también, prever la coparticipación en esta clase de infracciones.⁴⁷

Finalmente, hay que recordar que el principio de legalidad no sólo se refiere a los tipos penales sino que abarca las consecuencias: es decir en nuestro caso, las medidas que se pueda imponer. En este punto resulta claramente debilitado. No se previó una sanción para cada figura (ni podría habersele dado por la forma en que se ideó las tipificaciones), pero ni siquiera se incorporó alguna pauta que vuelva relativamente previsible la medida a recaer.⁴⁸

Incluso refuerza la inclinación a abandonar la estricta legalidad, que el artículo 80 diga en el proemio del elenco de medidas sustitutivas de la privación de libertad: “Podrán aplicarse *entre otras...*” Además, puede verse como contradictorio con el principio *non bis in ídem* del artículo 85 del C.N.A.⁴⁹

ellos cometidos. Vé. al respecto Alonso Diez, Alberto: Los conceptos jurídicos de abandono en materia de menores, en Revista de Derecho de Familia Año X N° 12 1997 y Uriarte, C.: Control Institucional... cit. pág. 231.

⁴³ Pensemos en tipos penales que sólo podrían cumplirse por sujetos calificados como los que requieren la conducta ejercida por funcionario público o todas las que implican calidades que sólo se adquieren con más de dieciocho años.

⁴⁴ Vé. el artículo 44 del Proyecto en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, C. RR. Carpeta 59/2000.

⁴⁵ Al margen de que fue un argumento para entender que no concurren las circunstancias alteratorias en las infracciones juveniles, lo que creemos poder rebatir infra, en ítem 8; lo cierto es que los homicidios muy especialmente agravados por ejemplo, no son específicamente calificados por las agravantes, sino verdaderos subtipos penales.

⁴⁶ En efecto, la tentativa implica una intención delictiva incompatible con el delito culposo que tiene una meta originalmente indiferente para el Derecho penal y que sólo por una mala selección de los medios acarrea el resultado no previsto.

⁴⁷ Aunque en este aspecto, la incompatibilidad no es tan absoluta como respecto de la tentativa, lo cierto es que en nuestro Código penal está expresamente descartada la coparticipación en los delitos culposos. Vé. el artículo 59 del Código penal. Distinta es la solución en otras legislaciones como la italiana.

⁴⁸ Vé. lo señalado en cuanto a que quede en manos del juez en cada caso imponer la privación de libertad, pues no se prohíbe expresamente para ninguna situación. Por supuesto, que de todas formas, debería advertir situaciones en que le está vedado, conforme a las reglas de interpretación establecidas en los primeros artículos del C.N.A. y las normas de la Convención y del propio Código que insiste en que la privación de libertad es la ultima ratio.

⁴⁹ El artículo 85 dice: (Non bis in ídem) El Juez sólo podrá aplicar una de las medidas previstas en este Título o en el siguiente.

7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Uno de los puntos positivos del C.N.A. es la existencia de mojonos a lo largo del proceso que prevén el instrumento de la oportunidad. Conforme a su especificidad del proceso penal juvenil, no se corren los peligros que se han advertido en el Derecho procesal penal de los mayores de edad, en países como Colombia y Guatemala, donde bajo el impulso de vientos que recorren América Latina se desarrolló un nuevo proceso penal de adultos en las últimas décadas.⁵⁰

En nuestra materia, aplaudimos su aplicación, coherente con la tendencia político criminal de la mínima intervención, o por lo menos, de la racionalización del *ius puniendi*. Resulta un instrumento útil para la retracción del poder penal del Estado que carece de capacidad para aproximarse mínimamente a la persecución de todos los delitos cometidos.⁵¹ Y si lo pretendiera, además de colapsar, se militarizaría.⁵²

Como los jóvenes experimentan en el procedimiento de averiguación, con las intervenciones y medidas coactivas, interrogatorios, identificación, registro, etc., circunstancias considerablemente gravosas, deben tenerse en cuenta los probables efectos preventivos ya producidos en esa etapa, que justifican en muchos casos, la suspensión del procedimiento,⁵³ y a veces llanamente, la clausura.

En el momento mismo de recibir la comunicación policial, el juez decide si “se justifica” la realización de la audiencia preliminar (artículo 76:2) conjugando los principios de mínima intervención y de oportunidad.

Cuando los autos pasan al Fiscal para acusación, se establece expresamente la posibilidad de sobreseer al joven (artículo 76: 8); y ya en la ejecución de la sentencia “en cualquier momento se puede decretar el cese o sustitución de la medida” (artículo 94)

Asimismo, y bajo el *nomen iuris* Principio general, el artículo 103 dispone que en cualquier estado del proceso se dispondrá la clausura; sin embargo se refiere en los distintos numerales a hipótesis en que obviamente debe procederse así, ya sea porque no tuvo participación en el hecho,

⁵⁰ En el caso colombiano, que inició la reforma del proceso penal en 1991, la probabilidad de que un delito sea investigado se redujo drásticamente a menos de una cuarta parte del nivel previamente existente, advirtiéndose que la discrecionalidad en la selección contribuyó a que la investigación se volcara a los casos de drogas, en detrimento de los demás, incluso los graves. En Guatemala, la aparente dedicación a casos de “mayor impacto social” justifica el descuido respecto de un elevado número de delitos en los que el afectado percibe que no se hace justicia. Cfe. Pásara, Luis *Reforma procesal y reforma judicial* en <http://www.clad.org.ve/siare/basesju/inicio.html>. Para que el principio de oportunidad se maneje bien, resulta imprescindible la imparcialidad e independencia; en este aspecto se confrontan los principios de legalidad y de oportunidad, como posibilidad de resquebrajamiento de la imparcialidad del juez y el fiscal en el proceso, que exige el cumplimiento de las obligaciones del cargo sin partidismos o búsqueda de beneficio propio.

⁵¹ Cfe. Rusconi, Maximiliano: *Reforma del sistema de enjuiciamiento y el Ministerio Público*, en Revista Judicatura N° 39 julio 1998 FCU p. 224

⁵² Cfe. Baratta, Alejandro: *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, en AAVV: Criminología y Derecho I FCU 1987 pág. 11.

⁵³ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 164.

⁵⁴ El artículo 103 dice: (Principio general) En cualquier estado del proceso el Juez, oyendo al Ministerio Público, al adolescente y a su defensa, dispondrá la clausura del proceso, en los siguientes casos: 1) Cuando se comprobare que el adolescente no es responsable. 2) Cuando se comprobare que no es el autor, coautor o cómplice del hecho constitutivo de la infracción. 3) Cuando se comprobare que obró amparado por alguna de las circunstancias que eximen de pena. 4) Cuando ha prescrito la acción por el hecho imputado... El artículo 104: (Prescindencia de la acción penal) En cualquier estado del proceso el Juez podrá, oyendo al Ministerio Público, al adolescente y a su

no es punible o prescribió el hecho. Es en la disposición siguiente en la que se prevé genéricamente el principio de oportunidad.⁵⁴

8.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Hay que distinguir la culpabilidad como elemento del delito del principio de culpabilidad, es decir del postulado de que no hay pena sin culpabilidad, pivot del Derecho penal.⁵⁵

Si bien es posible obtener cierto acuerdo respecto de la importancia de alguna de las garantías derivadas del principio de culpabilidad, resulta muy difícil lograrlo sobre la idea misma de culpabilidad, que a pesar de su valor en un Estado de Derecho, siempre está en crisis.⁵⁶

Como principio rector de la legislación penal, preserva garantías que son el producto de una larga evolución del Derecho penal a través del tiempo.⁵⁷ Está estrechamente ligado al principio de dignidad y a la no instrumentalización del hombre.

El carácter de ser humano impone la concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de un modo distinto al delictivo. En función de un Estado de Derecho no cabe otra concepción del hombre que como ser responsable, capaz de determinarse.⁵⁸ Como culpabilidad de la voluntad, se le reprocha a la persona que adoptara una resolución de actuar antijurídicamente, si pudo adoptar una resolución de voluntad diferente.⁵⁹

Pilar del Derecho penal, exige la comprobación previa de que la conducta encuadra en el tipo complejo de la figura punitiva, así como la necesidad de determinar el grado de conocimiento que el sujeto tenía sobre el significado jurídico del hecho propio, del que debe partir la individualización de la pena.⁶⁰

Es distinta a la reprochabilidad, porque ésta es su medida, en donde influyen los motivos de la actuación, plasmados en las circunstancias alteratorias previstas por el legislador. Esa capacidad puede estar disminuida por ejemplo, por la presión de una fuerte emoción.⁶¹

defensa, prescindir total o parcialmente de la persecución penal; o limitada a una o varias infracciones o de alguna o de todas las personas que hayan participado en el hecho, cuando: A) Se trate de un hecho que, por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución del partícipe, haga innecesaria una medida definitiva. B) El adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.

⁵⁵ Con la Ilustración y la fórmula del liberalismo "*nullum crimen sine culpa*", se funda un límite al poder soberano que destierra la responsabilidad objetiva en el Estado de Derecho y con éste se asume el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre.

⁵⁶ Cfe. Quintero Olivares, Gonzalo y cols: *Curso...* cit. pág. 58. El Derecho penal de culpabilidad enfrenta concepciones en las que el respeto a los derechos del individuo cede en nombre de principios defencistas o de interés del pueblo o del Estado. El problema está en que la libertad y el conocimiento y, a partir de ellos, el reproche, constituyen juicios de comparación con el "común de los hombres". De ese modo, en el análisis de la culpabilidad, oportunidad en que se valora a la persona, se utiliza elementos referidos a otras personas diferentes del reo mismo (el mítico hombre medio). Id. pág. 59.

⁵⁷ Id. pág. 58.

⁵⁸ Cfe. Cerezo Mir, José: *El delito como acción culpable* en Revista de Derecho Penal N° 11 FCU Montevideo 2000 pág. 26. Señala este autor que esta concepción es la predominante en Antropología actualmente así como de la comparación de los seres humanos y animales. Ibid.

⁵⁹ Id, pág. 27.

⁶⁰ Cfe. Quintero Olivares, Gonzalo y cols: *Curso...* cit. pág. 59.

⁶¹ Cfe. Cerezo Mir, José: *El delito...* cit. págs. 28/29. Así puede ser la hipótesis de la intensa emoción provocada por un hecho injusto del artículo 46 nal. 11 del C. Penal uruguayo.

En el ámbito de la minoridad, cobra singular valor el enfoque de la culpabilidad como principio y como elemento del delito, presentando la oportunidad de construir un Derecho penal específico, que erradique fórmulas como la de que el error no sirve de excusa, aun vigente en ciertos ordenamientos.⁶²

Por lo tanto, aunque no está especificado en el Código, las circunstancias que rodean la conducta tienen que ser tenidas en cuenta, porque en el nivel de la culpabilidad normativa, la graduación de ella depende en buena medida del concurso de distintas alteratorias que dan el contexto en el que se desarrolló la acción. Rechazadas por algunos tribunales, su descarte va en principio contra un elemental principio de equidad, que queda olvidado.⁶³

9. EL PROCESO PENAL JUVENIL

9.1. Su importancia

Es fundamental referir la materia procesal penal de jóvenes y adultos, a los principios procesales, para conseguir el marco de libertad ciudadana en el enfrentamiento con el poder del Estado; los principios juegan el doble papel de garantes y protectores de la persona y al mismo tiempo, de limitadores del poder estatal.⁶⁴

La consideración como persona implica que el niño y el joven sean vistos como fin en sí mismos, y que antes de ser sometidos a castigo deban agotarse las instancias para la exacta determinación de la imputación, con la posibilidad de descargos y ser directamente oídos.⁶⁵

Existe un marco en el que se desenvuelve el proceso que está constituido fundamentalmente por tres pilares: los derechos constitucionales que se desarrollan en él; la legalidad del proceso como límite al Estado y garantía para el ciudadano; y la subordinación de los funcionarios estatales a la Constitución.⁶⁶

La verdad material y la realización de la pretensión punitiva, no son criterios monolíticos, ya que juega especialmente el interés superior del joven, y el interés-deber del Estado de lograr su desarrollo pleno.⁶⁷

Cualquiera sea el proceso que se decida aplicar al joven infractor, es esencial que se ciña a los preceptos procesales garantistas básicos que se aplican a los adultos, en un juicio imparcial y equitativo.⁶⁸

En Uruguay, el artículo 25 de la ley 16.707 del año 1995 –ley heterogénea en su temática y denominada de seguridad ciudadana– dio un mínimo de garantías procesales, lo que permitió que el país mantuviera el “lujo” de no dictar un Código de la niñez/adolescencia infractora, con las sucesi-

⁶² En cuanto al sentido de la culpabilidad en la n/a vé. Uriarte, Carlos: *Culpabilidad y Derecho penal juvenil*, en Revista de Derecho Penal N° 15 FCU 2005.

⁶³ Cfe. Uriarte, Carlos: *Responsabilidad Penal Juvenil*, en Uriarte, C. (coordr): Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia FCU 2004 pág. 58.

⁶⁴ Cfe. Dall’Anese, F.: *El proceso penal...* pág. 264. Los principios procesales derivan directamente de la Constitución, por ser el instrumento definitorio del enfrentamiento entre el poder estatal y el ciudadano. Id. pág. 265.

⁶⁵ Cfe. Rojas A., A.: *El derecho...* cit. pág. 346.

⁶⁶ Id. pág. 283.

⁶⁷ Cfe. Lorca Navarrete, Antonio María: El proceso español del menor Dykinson ed Madrid 1993 págs. 115/116 cit por Dall’Anese, F.: *El proceso...* cit. pág. 268.

⁶⁸ Cfe. Beristain, A.: *Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores* en Bustos Ramírez, J. (Dtor): Un Derecho... cit. p.118. Pero también planea por sobre el proceso juvenil, la orientación de

vas postergaciones de la promulgación de proyectos que se fueron deshilachando ideológicamente.⁶⁹

9.2. ¿Un proceso penal con sentido pedagógico?

Sin perjuicio de que desde las etapas preprocesales, el joven vive circunstancias esencialmente gravosas, se atenúan sus efectos, cuando, haciéndose bien las cosas por los operadores del sistema judicial, puede llegar a sentirse defendido en condiciones justas. González Oviedo afirma que aún allí se está cumpliendo una experiencia educadora.⁷⁰

Un sistema de responsabilidad penal garantista para personas que se han calificado en condiciones de autonomía progresiva, exige pues, un perfil pedagógico, (a pesar de la *contradictio in abjectio* que ello encierra)⁷¹ pues se pretende el aprendizaje de reglas inherentes a la democracia, como el ejercicio de la civilidad y el respeto de los derechos humanos de todos los que intervienen en el juicio.⁷²

Al mismo tiempo del derecho a ser oído, está la obligación de escuchar en un diálogo en que está presente es cierto, una relación vertical, donde la esperada función pedagógica del proceso – que creemos hay que intentar- es difícil de lograr.⁷³

9.3. El estado de inocencia

Las Constituciones reconocen el principio de inocencia, que es sobre todo un estado de inocencia. En el plano del Derecho Penal sustantivo, representa un límite para el legislador y resultan nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad. Fuera del proceso constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor; y las detenciones que puedan hacerse en el ámbito policial tienen que revestir las mismas garantías que exige la Constitución para los adultos. Por lo tanto, sólo puede ser detenido como eventual menor infractor cuando es descubierto *in fraganti* o con

que el joven no puede ser perjudicado en relación con el mayor en situaciones procesales similares, además de orientarse a través de un Derecho penal mínimo. Vé. supra nota 7.

⁶⁹ Ya la Acordada N° 7236 de 1994 y el artículo referido de la ley 16.707 -que repitió en buena medida aquella- se afiliaron a la concepción del menor como sujeto de derecho, imponiendo respecto de él, principios que desde hace largo tiempo se reconocen para los adultos, aunque algunos de ellos no se haya aún logrado llevar a la práctica. Los principios de intermediación, oralidad, proporcionalidad, se advierten como imprescindibles también en el caso de los menores infractores. Se buscó consagrar el debido proceso, y podemos aseverar que ya nunca más se pudo iniciar un juicio a un joven con apenas un memorandum, como sucedía antes. La norma exige, como para los mayores, que el Juez llegue a dictar el auto de inicio de procedimiento con “elementos de convicción suficientes” y a través de una sentencia interlocutoria que contenga la relación de los hechos y el fundamento de derecho. A texto expreso se ratifica dos pilares de la Convención de 1989: el reconocimiento del joven como sujeto de derecho, y la resolución de las distintas situaciones que lo involucran, conforme a su interés.

⁷⁰ Cfe. González Oviedo, M.: *La responsabilidad...* cit. pág. 79.

⁷¹ Como el proceso *per se* es una agresión deformante y un obstáculo para la reinserción, es imprescindible una vigilancia constante de los distintos actos procedimentales para no acentuar la situación adversa y evitar en lo posible, la estigmatización. Cfe. Dall'Anese, F.: *El proceso...* cit. pág. 268.

⁷² Cfe. González Oviedo, M.: *La responsabilidad...* cit. págs.78/79.

⁷³ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* pág. 237. Este autor considera, en contra de Albrecht, que ver el proceso con un fin educativo implica relegitimar la pena. Si el juez está educando no es Juez sino educador, y por lo tanto no cabe la defensa de aquél a quien se está educando. Sin embargo, nos afiliamos a la postura de Albrecht, en el entendido de que no es el Juez quien educa, sino que el proceso en sí debe servir al joven para advertir que está en un Estado de Derecho donde tiene la oportunidad de conocer el efecto de su conducta y/o defenderse de la acusación.

prueba suficiente y ordenarse en este caso por el juez.⁷⁴

Pero además existe un *plus* de garantías preprocesales a cargo del sector policial que contadas veces se cumplen. Con la visión clara del momento de mayor vulnerabilidad para el joven que es el lapso en que transcurren las actuaciones previas al juicio, el C.N.A. establece en el numeral 1º del artículo 76 una serie de literales muy precisos que a menudo son pasados por alto.⁷⁵

Ya en el proceso, opera con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.⁷⁶ E impone entre otras exigencias que los jueces deban tomar la declaración del joven sin apremiarlo para que confiese los hechos. A menudo se advierte el hincapié que se hace para que el menor admita la imputación. Creemos que esto conspira con otro principio consagrado en la Convención y en nuestra Constitución: el derecho de no declarar en su contra.⁷⁷ Por lo tanto debe estar muy presente el derecho a no autoincriminarse.⁷⁸

El estado de inocencia es el correlato del punto de vista procesal, del Derecho penal sustantivo de acto y de culpabilidad, dado que la inocencia prevista es respecto a un injusto indagado, y por ende un resultado producto de una conducta desarrollada.⁷⁹

En el auto inicial, el juez puede establecer sólo medidas de naturaleza provisional, ya que el inicio de procedimiento únicamente implica que el joven queda sujeto al juicio para la prosecución de la investigación, y recibirá la medida definitiva recién con la sentencia si resuelve afirmativamente sobre su culpabilidad.

Precisamente, el concepto de adolescente infractor exige una sentencia condenatoria firme (artículos 70; 74: B), lo que es absolutamente coherente con el principio de inocencia, pero trae algunos inconvenientes porque desplaza la puesta en práctica de la medida hasta ese momento.

9.4. La duración razonable

El plazo razonable, establecido expresamente en el Pacto de San José, y aquí en el literal J del artículo 74, está estrechamente vinculado al respeto de la dignidad, dado el derecho de toda persona de librarse de la sospecha que importa un proceso, decidiéndose definitivamente su situación ante la ley, lo que sin embargo, no puede afectar el aseguramiento del proceso contradictorio con

⁷⁴ Previsión a nivel constitucional (artículo 15), resulta una norma violada permanentemente.

⁷⁵ Si bien los funcionarios policiales suelen quejarse porque consideran exiguo el plazo en que deben dar cuenta al juez de la detención de un joven (dos horas, artículo 76 1) A) b)), lo que haría presumir su celo por cumplir la ley estrictamente, sin embargo, se omite casi como regla, informar a los padres o responsables (lit. d).

⁷⁶ Cfe. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S.: *Derecho...* cit. pág. 88. Como regla de juicio, la presunción de inocencia exige que toda condena se funde en pruebas de cargo y que las dudas en el enjuiciamiento se resuelvan a favor del reo (*in dubio pro reo*). En la Convención se prevé en el Art. 40.2.i.

⁷⁷ El principio *nemo tenetur se ipsum accusare o nemo tenetur se ipsum prodere*, es decir, nadie está obligado a traicionarse constituye una garantía constitucional indisponible, reconocida desde la época del Corpus Juris Civilis Justiniano. Es un límite constitucional a la adquisición de la prueba que no admite ninguna excepción -que aceptan otros principios- e implica el rechazo absoluto de cualquier ataque a la libre declaración. Cfe. Díaz Cantón, Fernando: *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos*, en Nueva Doctrina Penal 1999/A ed. Del Puerto B.A. págs. 334/335. Este autor resalta el carácter absoluto de este principio que implica desde el rechazo a la tortura hasta cualquier atentado contra la declaración auténticamente libre. Otras garantías reconocen excepciones como la de la privacidad, con la posibilidad del allanamiento del domicilio bajo ciertas condiciones.

⁷⁸ La prueba debe lograrse por otro camino. Agreguemos que si bien da cierta 'tranquilidad' la confesión en la sede penal de los mayores de edad, porque permite presumir que no se está iniciando procedimiento a un inocente, ni siquiera es así con los jóvenes, ya que puede tener más de una explicación que se inculpen de algo que no han cometido.

⁷⁹ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* pág. 242.

Sistema Penal Juvenil

los debates pertinentes y la recurribilidad de las decisiones.⁸⁰

Los autores coinciden en la necesidad de la urgencia en el proceso,⁸¹ exigiendo una justicia ágil que evite alargamientos y esencialmente sea muy breve el lapso entre la infracción y la ejecución de la medida.⁸²

Por lo tanto, la intervención procesal debe ser rápida, y la prórroga de los plazos, excepcional. Es fundamental que los actos procesales -como dice el artículo 10 del Código General del Proceso- “se realicen sin demora”. Este principio, con las limitaciones que encierra dado la finalidad de averiguar la verdad material, es vital en este proceso, porque las particularidades de los “tiempos” para los jóvenes, medidos de muy distinta manera que por los adultos, exigen juicios que sin perder las garantías se realicen con prontitud.⁸³

Hoy en día, si bien se ha adelantado en cuanto a la celeridad de los juicios, aún existen bolsones de tiempos perdidos que podrían evitarse. Las disfunciones del sistemas aún con la evolución que lograron las comunicaciones, revelan una dilación innecesaria por la falta de una relación eficaz del Juzgado hacia fuera, ONGs e INAU y aún con los propios operadores del poder judicial, como los jueces del interior.

Pero desde la óptica de la recolección de la prueba, cabe preguntarse hasta dónde es razonable la existencia de plazos tan urgentes que en delitos graves no existe prácticamente un momento de ampliación de prueba, perdiéndose la posibilidad ya no de la reconstrucción de homicidios – inconcebible su omisión en el proceso penal de mayores- sino incluso obtener declaraciones de testigos o careos. Además la celeridad llega a ser irracional cuando los plazos previstos, son matemáticamente imposibles de cumplir.⁸⁴

Un asunto no menor, es que los jueces preocupados por cumplir los plazos, no se hacen mayor problema en cuanto a que los fiscales planteen la acusación sin tener a la vista los informes preceptivos del lugar de internación, cuando el numeral 8 del artículo 76, exige que se analicen en la requisitoria.⁸⁵

Finalmente, en franca oposición con plazos que por lo cortos resultan absurdos y la celeridad que se le quiso dar al proceso, resulta que las impugnaciones de la sentencia definitiva siguen los plazos del Código General del Proceso, lo que implica que se cuente con un plazo de quince días hábiles para recurrirla así como para contestar la apelación (artículo 76 numeral 14). Se diluye la concentración procesal buscada,⁸⁶ con el perjuicio suplementario de que sin sentencia firme no hay

⁸⁰ Cfe. Minvielle, Bernardette: *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Enjuiciamiento Penal*, en *Doctrina Penal* Año 11 Depalma B.A. 1988 páginas 95/96.

⁸¹ Cfe. Bustos, J: *Aproximación...* cit. pág. 9.

⁸² Cfe. Giménez-Salinas Colomer, E.: *La justicia...* cit. pág. 22.

⁸³ En Cataluña, que es pionera en España en varios aspectos del Derecho penal juvenil, no obstante, un motivo para que sea alto el porcentaje de asuntos en que los jóvenes se avienen a la mediación es que conocen la demora que habrá en concluir el juicio en el que se cumplen todas las etapas. Información obtenida en entrevista de junio de 2007 en el Centro de Mediación de Cataluña.

⁸⁴ Así los plazos del artículo 76 comprenden veinte días para los informes, seis para la acusación fiscal y seis para la contestación, por lo que aún sin recalar ni un día en el juzgado el expediente, se consumen 32 días, cuando la ley exige que la audiencia final se realice en treinta días desde el inicio del procedimiento.

⁸⁵ En lugar de hacer un planteo serio a las autoridades de INAU, obligan al Ministerio Público a no cumplir la ley.

⁸⁶ Agreguemos que ningún aspecto del proceso penal de adolescentes debería regirse por un código procesal civil. De ello derivan otras incongruencias, pues pruebas como la reconstrucción son esencialmente de la esfera penal, y la previsión de sentencias con efecto diferido o suspensivo previstas en el C.G.P. no armoniza con las características de las sentencias en sede de adolescentes infractores.

adolescente infractor ni medida educativa que instrumentar.⁸⁷

9.5. La publicidad

La publicidad como principio, constituye una garantía fundamental ante el riesgo de que se descarte todo formalismo cuando se carece de los controles a que ella obliga.⁸⁸ Los procesos inquisitivos implican el secreto, y la ausencia de la garantía del control por los demás. Sin embargo y aunque históricamente, la publicidad se encaró como una garantía, se la critica como principio general para el proceso juvenil por juristas que estiman negativa su consagración debido a las finalidades resocializadoras de la ley, y se la ve como un castigo supletorio por la afrenta y el peligro que encierra.⁸⁹

El derecho a la intimidad consagrado en la Convención,⁹⁰ contiene el derecho a un ámbito personal, una esfera privada inaccesible al público -salvo que lo consienta- lo que concuerda con la protección de su honra en general, (también prevista en el artículo 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos), y a su vez, obliga a la reserva en cuanto a la investigación e incluso condena por una infracción.

En realidad, la publicidad del proceso puede encararse en distintos sentidos. Como posibilidad de acceso de las partes a cada etapa del juicio es inherente al Estado de Derecho. Un Estado que prohíbe las pesquisas secretas (artículo 22 de la Constitución), debe suprimir el presumario de acceso exclusivo para el Ministerio Público y el Juez y corresponde su conocimiento libre en principio, también para la defensa.⁹¹

En sentido amplio en cambio, como posibilidad de conocer el público en general y los medios de comunicación no es absoluto, pues admite excepciones en las leyes de procedimiento y también en el ámbito internacional, precisamente en lo que respecta a los procesos seguidos contra los adolescentes.⁹² Tiene que descartarse en el proceso juvenil, conforme a la exigencia del respeto de

⁸⁷ Vé. supra ítems 2, 3 in fine y 9.3 in fine.

⁸⁸ Así ocurre en los sistemas de la situación irregular. Además, ello se vincula con la total libertad del Tribunal respecto de la decisión en cuanto al alcance de la investigación y de los medios a utilizar. Cfe. Landrove Díaz, G.: *Derecho Penal...* cit. pág. 78.

⁸⁹ Cfe. Landrove Díaz, G.: *Derecho Penal...* cit. pág. 314. En España, la ley de 1992 optó por una publicidad restringida. Una sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, subrayó que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos tienen que asegurarse en los mismos términos en los procesos juveniles. Así, la restricción de la publicidad está justificada por sus efectos adversos. *Ibid.*

⁹⁰ La Convención en el artículo 16.1 establece: "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. 16.2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques." La intimidad -más amplio que la reserva del proceso- es un derecho de particular relieve para el joven que va progresando desde la primera infancia caracterizada por la ausencia total de privacidad hasta el despertar de la adolescencia en donde ella se vuelve una exigencia. En cuanto a nuestro tema en particular, dice el artículo 40.2 b) vii: "... se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento."

⁹¹ Se ha alivianado la reserva del presumario en sede penal de mayores de edad, con la reforma del artículo 113 del Código del Proceso Penal efectuada en la ley 17.773 de 20 de mayo de 2004. En los juzgados de adolescentes, no existe ninguna reserva contra la defensa del joven.

⁹² Vé. la Regla 8 de las Reglas de Beijing donde se indica que para evitar que la publicidad indebida perjudique a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho a la intimidad y que en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de "un menor delincuente". En el mismo sentido aparecen restricciones en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño.

Sistema Penal Juvenil

la vida privada,⁹³ siendo una de las situaciones en que se comprueba el predominio del principio del interés superior del joven por encima de la libertad de información.

Por otra parte, también existe el interés de la víctima en la reserva, teniendo particular importancia cuando es otro menor.

En las legislaciones nacionales se han previsto distintas variables en cuanto a la publicidad. Algunas dejan a criterio del juez que partiendo del interés del adolescente, decida si las sesiones serán o no públicas. Ello, sin perjuicio de prohibir de modo absoluto, que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del joven o datos que permitan su identificación.⁹⁴

La doctrina internacional respalda la restricción de la publicidad, teniendo presente el derecho al respeto a la vida privada también y sobre todo en la justicia de menores, que de lo contrario refuerza la estigmatización y la reincidencia.⁹⁵

El artículo 96 del C.N.A. prevé la reserva y prohíbe la identificación del adolescente por cualquier medio de comunicación. También –de forma desprolija y criticable– prevé sanciones a los funcionarios.⁹⁶

9.6. La actuación de los operadores

La tríada formada por juez, fiscal y defensor, debe constituirse en un haz de operadores promotores de los derechos de los adolescentes infractores durante la fase procesal y la de ejecución, como forma de aplicar el Derecho en la administración de justicia.

9.6.1. El Juez

a) Su actividad

El camino a la decisión judicial respecto de la verificación de los hechos y su imputación a una persona no constituye un silogismo perfecto que concluye o descarta la producción de esos hechos. El proceso se va jalando de decisiones parciales – que pueden resultar esenciales– con ciertos márgenes más o menos amplios de discrecionalidad, que se debe tratar de reducir y controlar,⁹⁷ ante la contradicción que implican esos márgenes para los fundamentos de la legitimidad de la jurisdicción penal.⁹⁸ Si bien es casi imposible evitar un componente irracional en la determinación de la sanción, hay que limitarlo en la medida de lo posible.⁹⁹ El arbitrio judicial es pues inevitable, pero tiene que ser revisable y orientado normativamente.¹⁰⁰

⁹³ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* cit. pág. 238. Vé. los artículos 40.2.b.viii de la Convención y Regla 8 de Beijing.

⁹⁴ Cfe. Landrove Díaz, G.: *Derecho Penal...* cit. pág. 314.

⁹⁵ Id. pág. 315.

⁹⁶ Además, el artículo 97 establece que el magistrado de adolescente –en una clara mutación de competencias– tiene que resolver como si fueran casos atendidos por el tribunal de faltas las situaciones en que los medios de comunicación infringen la prohibición de identificar al adolescente. La confusión de funciones no pudo ser mayor.

⁹⁷ Cfe. Ferrajoli, Luigi: *Derecho...* cit. págs. 38/39. La misma interpretación de la ley no es una mera función reconocitiva, sino que implica la opción entre distintas posibilidades interpretativas, lo que influye en la decisión sobre los hechos investigados.

⁹⁸ Id. págs. 39/40.

⁹⁹ Cfe. Quintero Olivares, Gonzalo: *Política criminal y determinación de la pena* en *Doctrina Penal* N° 1 Depalma B.A. 1978 pág. 60.

¹⁰⁰ Id. págs. 66/67. Se ha dicho que la medición de la pena es un momento particularmente difícil, un acto de “configuración social” en el que pueden influir las convicciones del juez.

En el ámbito del proceso seguido al joven infractor, la particularidad no reside en cuanto a la investigación, pues al igual que el juez de instrucción de la sede penal de mayores, el juez de adolescentes tiene medios amplísimos para investigar la verdad material.¹⁰¹ Ello se ve respecto de la necesidad de abordar las “circunstancias” del joven que llegan a revestir vital importancia en el momento de resolver la iniciación o no de procedimiento y la medida a disponer.¹⁰²

La neutralidad del juez, imprescindible al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en otras materias u otros titulares, implica en definitiva, un distanciamiento de la situación real lo que se matiza en el proceso juvenil. Cambia ahora la lógica de su actuación, teñida de la finalidad que la orienta y lo lleva a tutelar el interés del n/a. En definitiva es la misma ley que se lo impone, por lo que cumple el mandato constitucional de estar sujeto sólo a la ley,¹⁰³ aunque precisamente, con el escollo de su distancia etaria, más difícil le resulta lograr la empatía indispensable con el justiciable.

Conocedores además, de la selectividad inherente –como vimos- al sistema de justicia, tienen que tener presente en el momento de las decisiones y el control de sus decisiones que entran a él no los más ‘peligrosos’, sino quienes son más frágiles o vulnerables ante el sistema.¹⁰⁴

El juez necesita haber cumplido cierto perfeccionamiento en el paradigma de la protección integral, así como los funcionarios que operan con él, quienes también, es imperativo que internalicen que cooperan como equipo, en la actividad de un tercero imparcial que decide sobre las medidas a disponer, en base a ciertas coordenadas.¹⁰⁵

Hoy, asumido el principio de jurisdiccionalidad, queda claro que el magistrado debe controlar las distintas etapas del proceso, desde las procesales hasta la ejecución de la sanción.¹⁰⁶

Un límite a la arbitrariedad es la imposición de la decisión motivada, obligando a la fundamentación detallada de las razones, tanto para aplicar determinada medida como su período de duración.¹⁰⁷

Con remisión al artículo 245 del Código del Proceso Penal, el Código de la Niñez y Adolescencia exige que la estructura de la sentencia contenga la fundamentación del fallo (artículo 76 nal. 11); pero también obliga de modo especial, a explicitar los argumentos manejados para descartar otra medida cuando se resuelve la privación de libertad. (Artículo 76 nal. 12)

b) El juez de ejecución

Cuando se llega a la ejecución de la sentencia, que como la preprocesal puede ser de gran riesgo incluso físico para el joven, resulta un escollo grave la ausencia de un juez específico en esta

¹⁰¹ No olvidemos, que como vimos, también tiene límites infranqueables como el principio *nemo tenetur*. Vé. nota 77.

¹⁰² El artículo 40 in fine de la Convención establece las diversas medidas que se puede imponer por los jueces y concluye con la exigencia de que deben guardar proporción “tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

¹⁰³ Cfe. Dusi, Paolo: *Función administrativa y función jurisdiccional en la tutela del menor. Relación y conflictos*, en Bustos, J. (Director): *Un Derecho...* cit. pág. 188. Estamos lejos del estereotipo del buen padre de familia que vino envuelto en el Código del Niño de 1934, que esperaba por lo menos un sociólogo y psicólogo, olvidándose de la función esencial a él, que era la jurisdiccional; con la obligación de resolver un contradictorio. Es que no existían partes, siendo el defensor un mero colaborador, el Fiscal aparecía en forma intermitente, y los técnicos a menudo llevaban de la mano su decisión. Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* cit. pág. 115.

¹⁰⁴ Vé. supra ítem 6.1. in fine.

¹⁰⁵ Cfe. Seda, Edson: *Comentario...* cit. pág. 95.

¹⁰⁶ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* cit. pág. 228.

¹⁰⁷ Que el artículo 76.11) del C.N.A. establezca que la sentencia debe redactarse de modo breve y claro para la comprensión del adolescente, no exime de su fundamentación. Por el contrario, el nal. 12) de esa disposición, refiere expresamente a la necesidad de fundar la opción por la privación de libertad.

Sistema Penal Juvenil

etapa a efectos del control de su buena realización. Si antes del C.N.A. era muy dificultoso el seguimiento judicial de las medidas impuestas, con el Código esto no cambió e incluso los controles se volvieron más laxos en los hechos. No obstante, en el texto de la codificación, hay cierto detenimiento en este aspecto, advirtiendo la importancia de buscar un equilibrio de poderes en un segmento del sistema en que prepondera de modo casi absoluto el poder de la administración, o peor aún, el de las capas más bajas de ella. Por eso se establecen una serie de cometidos de la magistratura para contrarrestar en algo las posibilidades de afectación de los derechos de los jóvenes, en una de las situaciones en que tienen mayor vulnerabilidad.¹⁰⁸

El relacionamiento con la Administración, es particularmente delicado en esta etapa. La dependencia estatal, jerarquizada en el Poder Ejecutivo, debe ejecutar las medidas dispuestas en sede judicial. Es una actividad de función administrativa calificada por la competencia profesional y la relativa autonomía técnico - funcional de sus especialistas. Todo esto vuelve particularmente complejo el contacto entre las funciones administrativa y judicial.¹⁰⁹

Por lo tanto, aunque en la legislación hay algunos progresos, se produce una omisión muy importante: la de no haber consagrado la figura esencial del Juez de Ejecución. Del punto de vista de la situación específica de los jueces de adolescentes la serie de cometidos que se les impone no podrán ser cumplidos eficientemente dada la sobrecarga de tareas que tienen, pero además, en cuanto a la organización del sistema, se renuncia al principio de intermediación, que sólo es posible con un juez dedicado a esa tarea. La revisión a solicitud del joven, de las sanciones disciplinarias por ejemplo, puede tener efectividad o reducir los casos de arbitrariedades sólo con un Juez de Ejecución.¹¹⁰

Se da en el Código el reconocimiento implícito de la poca ingerencia que pueden tener los jueces en esta etapa, cuando, con relación a la visita al lugar de internación, exige que se concrete cada tres meses (artículo 100:3) y no mensualmente como en otras propuestas se estipulaba.

El Código también prevé que el juez que intervino en todo el proceso entienda por audiencia las reclamaciones de los adolescentes con la presencia obligada del defensor y el Ministerio Públi-

¹⁰⁸ El Estatuto de la Niñez y Adolescencia de Brasil optó por encomendar al Ministerio Público entre otras competencias, "velar por el efectivo respeto de los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso." También les confiere competencia muy amplia para "inspeccionar las entidades públicas y particulares de atención y los programas de que trata esta ley, adoptando prontamente las medidas administrativas o judiciales necesarias para la remoción de irregularidades por ventura comprobadas" Vé. artículo 201, VIII y XI del Estatuto. Cfe. Couso Salas, J.: *Diagnóstico...* cit. pág. 47. Entre nosotros, se vuelve dificultoso con las medidas de privación de libertad, conocer en el juzgado la actividad específica que se desarrolla en el encierro de los jóvenes. La información sobre esa actividad pautada aún es más difícil en las libertades asistidas, de las que pocas veces se obtienen comunicaciones detalladas. Quizá en la capital, con cuatro jueces de adolescentes y menos asuntos desde que no tienen los temas de amparo ni las infracciones de los menores de trece años, podría pasar a ser juez de ejecución uno de ellos.

¹⁰⁹ Cfe. Dusi, P.: *Función...* cit. págs. 190/191. Para Guarino - Ghezzi y Loughran, en cuanto a la capacidad para incorporar adecuadamente distintos factores en cada toma de decisión, los modelos administrativos presentan ventajas sobre los judiciales y los legislativos. Entre otros motivos, porque entienden que se adaptan mejor a las características cambiantes de los adolescentes, y tienen mayor capacidad para utilizar los distintos recursos directamente, sin obligaciones rígidas en cuanto a enviar a los jóvenes a ciertos y determinados programas, y finalmente, favorecen el desarrollo de éstos por su comunicación más fluida entre quienes diseñan y operan los programas y quienes derivan a los adolescentes a allí y asignan recursos. Cfe. Couso Salas, J.: *Notas acerca...* cit. pág. 58 con cita de Guarino, Susann/Laughran Edward J.: *Balancing Juvenile Justice New Jersey 1996*.

¹¹⁰ Entre nosotros, se vuelve dificultoso con las medidas de privación de libertad, conocer en el juzgado la actividad específica que se desarrolla en el encierro de los jóvenes. La información sobre esa actividad pautada aún es más difícil en las libertades asistidas, de las que pocas veces se obtienen comunicaciones detalladas. Quizá en la capital,

co (art. 100 nal. 2); no especifica nada más al respecto, salvo dar cuenta a la Suprema Corte de Justicia ante las “irregularidades graves” (artículo 100 nal. 4) y en forma muy general: “tomar las medidas que más convengan al interés superior del adolescente” (artículo 100 nal.3)

9.6.2. El fiscal

Al margen de la concepción que se tenga sobre el Ministerio Público,¹¹¹ éste tiene un sello particular en el proceso juvenil, dado que la ley orgánica del Ministerio Público establece que los derechos de los menores están garantizados por la intervención del Ministerio dentro del Proceso.

¹¹²

También independientemente de que se conciba que el proceso juvenil debería estructurarse con partes actuando en un pie de igualdad, en un contradictorio con recepción de la prueba y decisión por un juez imparcial, en nuestro país estamos lejos de esa aspiración de algunos doctrinarios,¹¹³ pues ni siquiera se ha logrado que el operador que instruya sea figura distinta a quien decide.

Si bien nuestro proceso juvenil logró notables progresos al haber dado mayor espacio a instancias de oralidad (aunque no con la intensidad que debió hacerse)¹¹⁴ y también al exigir la presencia de las partes en la audiencia, es un proceso híbrido con muchas falencias.

De todas formas, se tomaron algunos presupuestos procesales concretos del proceso acusatorio como la limitación del Juez al quedar vinculado a la petición de la requisitoria fiscal. (Artí-

con cuatro jueces de adolescentes y menos asuntos desde que no tienen los temas de amparo ni las infracciones de los menores de trece años, podría pasar a ser juez de ejecución uno de ellos.

¹¹¹ No nos detendremos en las variadas posiciones existentes en cuanto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, que oscilan entre quienes estiman que es sólo parte en sentido formal o material, o como de Marsico y Arlas que le dan ambos sentidos; también se cuestiona su imparcialidad. Sólo señalemos que es titular de un interés público, que no le concierne directa e inmediatamente, por el rasgo de imparcialidad que reviste su actuación en el proceso penal. Ello, porque no aparece directamente involucrado en el conflicto intersubjetivo de intereses que se erige en elemento cardinal de todo proceso contencioso, si bien es sujeto del proceso, al ser capaz de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Cfe. Bermúdez, Víctor H.: *El MP en el nuevo CPP* Revista Judicatura N° 39 julio 1998 FCU pág. 60) Creemos con Caferata Nores que de todas formas, representa el interés social o al Estado (en su acepción más amplia), conciliándose su función con el interés personal del indagado, lo que sólo puede lograrse con que tenga carácter independiente e inamovible para no satisfacer instrucciones de un mandante contra el individuo o la sociedad. El Ministerio Público representa el “interés general” de la sociedad, mientras el acusado tiene un interés propio. Es imprescindible delimitar los intereses generales de la sociedad o interés social para comprender su rol funcional. Cfr. Caferata Nores, José: *Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina*, en Prudentia Iuris N° 50 agosto/99 Universidad Católica Argentina B.A. pág. 55.

¹¹² Dice el artículo 10 del D. Ley 15.365 referido a su competencia funcional en el orden judicial: “Corresponde al Ministerio Público en lo Civil: ... 5) Actuar en todos los asuntos relativos a las personas e intereses de los menores, incapaces y ausentes, incumbiéndole en ese concepto los deberes que la ley le señale, y, expresamente, aquellos que derivan de la condición de Protector Oficial de los menores e incapaces que esta disposición consagra...” En el artículo 358 de la ley 16.170 de 28 de diciembre de 1990 se transformaron dos fiscalías de aduanas en Fiscalías letradas de menores, incrementándose luego su número en sucesivas leyes, siendo hoy cuatro, afincadas en la capital.

¹¹³ En España por ejemplo, la Ley Orgánica de 5 de junio de 1992, buscó un marco flexible para que los juzgados juveniles resolvieran en función del interés del joven., teniendo el Fiscal la dirección de la investigación y la iniciativa procesal. Se manejó como fundamento el de preservar la imparcialidad del juez. Sin embargo, relevantes juristas españoles destacan que al encomendar la instrucción al fiscal -parte procesal- se desvirtúa el principio de igualdad de las partes en el proceso y la base del contradictorio. Asimismo, el derecho del indagado a conocer de inmediato el hecho imputado y de intervenir en el proceso para ejercer su defensa. Por otra parte no se cumplen las garantías de imparcialidad que exige la instrucción, con las condiciones más semejantes posibles de medio de ataque y de defensa por las partes, conforme al principio de igualdad del artículo 24 de la Constitución. Cfe. Proyecto Alternativo a la Ley

9.6.3. El principio de defensa

La designación de defensor puede hacerse desde la primera imputación en sede policial. De acuerdo al art. 40.2.b.ii. de la Convención y el artículo 76) 1) A) c) del C.N.A. se obliga a informar al joven sin demora de los cargos que pesan en su contra. Además, tiene que ser claramente indicada su condición de imputado, y así garantizar el acceso a la plena efectividad de la defensa, evitando situaciones de indefensión.

Por supuesto, es indiscutible el derecho fundamental de la defensa, enlazado con el principio de su inviolabilidad desde la primera investigación. La incomunicación no puede abarcar al defensor, que conforme a la aplicación del principio del interés superior, tiene que prevalecer incluso sobre el control institucional vinculado a la eficacia del proceso.¹¹⁶

La relación del defensor con el defendido en materia juvenil debería ser muy estrecha, dada la necesidad de mantener bien informado al joven de lo que acontece en el juicio y explicarle sus derechos, pues su desconocimiento del proceso limita el aporte que el mismo puede hacer a favor de su defensa.¹¹⁷

Pero además, con la vulnerabilidad especial del joven en el período de la internación, mantiene relevancia el defensor, que para ser el vocero inmediato del adolescente, tiene que relacionarse fuertemente con el muchacho, y en cierta forma, reducir los déficits de la carencia de un juez de ejecución.

El artículo 12 de la Convención resalta el derecho de los jóvenes a ser escuchados, y a través de ellos, los jueces tienen la posibilidad de conocer la aplicación efectiva que se ha hecho de los programas prefijados con el objetivo socioeducativo, y así exigir el cumplimiento de esa función. De todas formas, se hace difícil la denuncia contra personas a quienes se está subordinado, aún cuando se facilita si el denunciante cuenta con el apoyo firme y seguro del defensor.¹¹⁸

Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en Grupo de Estudios de Política Criminal: *Un Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores* tirant lo blanch Valencia 2000 pág. 35.

¹¹⁴ Bajo pena de nulidad, el Código impone la presencia preceptiva de las partes y el Magistrado en el proceso que es primordialmente oral. Es cierto que a lo largo de las disposiciones del viejo C. del Niño relativas al menor infractor estaba implícita la actuación directa del Juez aún sin una disposición al respecto, pero en verdad, el vicio de resolver los magistrados "por expediente" se mantuvo a lo largo de décadas. Las declaraciones eran tomadas por receptores, confundidos en su papel no sólo por los jóvenes que identificaban mal al director del proceso. Y de hecho, la gravitación de los receptores resultaba importante, pues eran quienes realmente recibían la impresión inmediata de las declaraciones, con el agravamiento de que actuaban solos, con una defensa que a pesar de la previsión del Código (Art. 119 2do apart.) era una figura muy difusa.

¹¹⁵ En el proceso de menores no existe una medida prevista para cada delito, y esa indeterminación legal de las medidas, aún limitando los efectos del principio acusatorio a la vinculación del Juez con los hechos, y con la calificación jurídica formulada por la acusación, permite imponer una medida distinta de la solicitada.

¹¹⁶ Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* pág. 239. Al ser la aprehensión, como dijimos, el momento en que más riesgos corre la protección de sus derechos, también se procura no sólo que dure el lapso más corto posible, sino que sea excepcional. (artículo 74 lit. C del C.N.A.) Vé. supra 9.3.

¹¹⁷ Cfe. Rojas, A.: *El derecho...* cit pág. 363.

¹¹⁸ Correspondería que el joven se manifestara más abiertamente en el contradictorio del proceso, pues el juicio implica un relacionamiento de las partes al argumentar y refutar argumentos, donde la versión del joven en cuanto a lo acontecido, con su percepción y lenguaje propios tiene una importancia que a menudo se descuida, práctica que se opone frontalmente y vuelve irrisoria a la posibilidad prevista expresamente de que el mismo joven pueda llevar adelante la impugnación de la decisión. (artículo 74: lit. I)

En las orientaciones de educación en democracia, la propuesta es sustituir el temor por la responsabilidad, y la oposición entre educador y educando por la comprensión y cooperación.¹¹⁹ Una forma de encarar la libertad en la democracia obliga a dar oportunidades de realización plena de las potencialidades. El sujeto va conquistando su libertad a medida que toma conciencia de sus posibilidades.¹²⁰

La extensión de la disposición 40.2.b) de la Convención, relativa a algunos de los derechos y posibilidades con que cuenta el adolescente imputado, confirma la importancia del derecho de defensa, que comprende el derecho de ser oído, de declarar, ser informado e impugnar las resoluciones; y es uno de los puntos en que se patentiza la incompatibilidad con el modelo tutelar, que permite la discrecionalidad para manipular,¹²¹ y el defensor es un freno para dicha discrecionalidad.

10. LAS MEDIDAS CAUTELARES

10.1. Su naturaleza y la oportunidad de la aplicación

El elenco de las medidas cautelares es bastante reducido, y nosotros aquí nos detendremos sólo en la privación de libertad, porque resulta la que aparece mayores problemas.¹²²

Se advierte su naturaleza diferente a las medidas educativas definitivas en el mismo nombre y la oportunidad en que se pueden aplicar que es al final de la audiencia preliminar. La referencia a la cautela implica como sentido de la medida el resguardo del juicio y su desarrollo sin el riesgo de su interrupción porque el adolescente no se mantenga sujeto al proceso.¹²³ De todas formas, sólo se dice para las cautelares en general que se dispondrán cuando se consideren “necesarias” y de modo que menos perjudiquen al joven. En cuanto al arresto domiciliario y la internación provisoria, se dan específicamente pautas comunes, que veremos enseguida.

10.2. La internación provisoria.

El celo con que se ha atendido la presunción de inocencia, y con ella, la imposibilidad de cumplir una medida sin sentencia ejecutoriada, lleva a poco menos que un callejón sin salida, cuando la medida cautelar que se impone es la privación de libertad.

Se presenta la paradoja de que los procesados sin condena se encuentren en el mismo lugar de internación con quienes son conforme a la ley “adolescente infractor”, impedidos de recibir la misma atención dado que implicaría adelantar la “sanción” sin tener resolución definitiva. Sin eufemismos, con esta tesitura la privación de libertad cautelar se vuelve un mero depósito que puede durar hasta dos meses conforme al artículo 76 numeral del C.N.A., afectándose la dignidad del joven y el principio de humanidad.

Si se impone esta medida cautelar, el Código exige la intervención de los técnicos de INAU, cuyo informe debe hacerse en un término que no exceda los veinte días dispuestos para la prueba.

¹¹⁹ Cfe. Nérici, Imideo: *Hacia una didáctica general dinámica* Kapelusz B.A. 1973 pág. 23.

¹²⁰ Cfe. Nérici, I.: *Hacia una didáctica...* cit. pág. 33: “Libre es el hombre que se mueve en el dominio de *lo que es*”.

¹²¹ Cfe. Rojas, A : *El derecho ...* pág. /344345

¹²² El C.N.A. prevé en el artículo 76 nal. 5: la prohibición de salir del país, la prohibición de acercarse a ciertas personas o lugares, la obligación de concurrir periódicamente al tribunal, el arresto domiciliario y la internación provisoria.

¹²³ En realidad, en el Código de proceso penal de mayores, constituye un fraude de etiquetas esta denominación, y en los hechos la medida cautelar específicamente de privación de libertad juega como pena anticipada.

Sistema Penal Juvenil

Al deducir acusación, el Fiscal tiene que analizar esos informes, que como dijimos, es muy difícil que se aporten en forma oportuna para ello.

Los numerales 6) y 7) del artículo 76 encaran, respectivamente, el informe del equipo técnico y el del Centro de Internación. Su redacción permite interpretar que siempre son los técnicos de INAU los encargados de estos informes, y por lo tanto, cuando fue ordenada la internación en carácter cautelar.

No aparece mención a los Equipos Técnicos de Atención Directa, auxiliares del juez creados por resolución de la Suprema Corte de Justicia, y que en su origen tuvieron la función del previo - y rápido- estudio psicológico-social del joven para orientar al magistrado en cuanto a la medida a disponer.¹²⁴

Actualmente siguen operando en la primera etapa, cuando el juez quiere tener de inmediato un informe de esta naturaleza, antes de disponer la sujeción al proceso, y sobre todo para encarar la eventualidad de una medida cautelar. Incluso, la previsión en el elenco de medidas cautelares de la obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine [artículo 76 numeral 5) 3)] se instrumenta dándole un mayor sentido, haciendo que en esas ocasiones en que concurre al juzgado tenga una entrevista con el equipo.

Uno de los obstáculos graves es la construcción del diálogo entre los juristas y los otros grupos de especialistas, siendo muy importante que pueda lograrse una interdisciplinariedad actualizada en las nuevas pautas frente a la niñez, debiendo acostumbrarse a transitar unos y otros en ambos campos.

La preocupación por reducir la discrecionalidad, impone un nuevo tipo de institucionalidad, y cambia el trabajo de los pedagogos, como cambió el de los operadores jurídicos, reduciéndose su antigua capacidad omnímoda de diagnosticar y resolver las situaciones que se les derivan.¹²⁵

Finalmente, cuando la medida cautelar es de internación o arresto domiciliario, el Código impone dictar la sentencia dentro del plazo de treinta días [artículo 76 4) B)] lo que obliga en los asuntos más graves (y generalmente necesitados de ampliación de la prueba) a prescindir de elementos realmente importantes, ya que si se extiende el plazo se debe dejar en libertad al adolescente.¹²⁶

11. LAS MEDIDAS SOCIO-EDUCATIVAS

11.1. Su significado en el C.N.A.

El término “socio-educativas” sintetiza las dos direcciones simultáneas que se procuran en la acción educativa, en el sentido de la individualización y en el de la socialización. La primera se dirige al desarrollo de las potencialidades del sujeto, la segunda se orienta a la cooperación.¹²⁷

¹²⁴ La Resolución de la Suprema Corte de Justicia por la que fueron creados es la N° 293 de 30 de octubre de 1996. Frecuentemente, se les encomienda una función que no fue prevista en el momento de su creación: en la investigación de los delitos sexuales, aportar un informe sobre la víctima y hasta sobre la posibilidad de que haya existido una infracción juvenil.

¹²⁵ Cfe. García Méndez, E.: *Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de Justicia*, en AA.VV.: *Derecho a tener Derecho T. 4 Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina Unicef Oficina Regional para América Latina y el Caribe* s/f pág. 13. Cfe. Albrecht, P.A.: *Respecto del futuro del derecho penal de menores*, en Bustos Ramírez, J.: *Un derecho...* cit. págs. 68/69.

¹²⁶ Una salida parcial a este problema ha sido fijar la audiencia final dentro de los sesenta días de producida la audiencia preliminar, ya que específicamente, la obligación de dejarlo en libertad existe cuando aún no se dictó la sentencia de primera instancia en ese lapso. [artículo 76 nal.5) 5)]

El objetivo es apuntalar el proceso evolutivo del joven para que supere las dificultades personales, y rescate recursos de sí mismo y del grupo social, para integrarse a él.¹²⁸

Mientras la naturaleza jurídica de las penas ha sido muy discutida en el ámbito del Derecho penal común, sólo aparentemente resultaría más fácil enfocar la medida del Derecho penal juvenil, a través de la prevención especial positiva,¹²⁹ ya que existen autores que enfáticamente rechazan esta orientación.¹³⁰

La siempre dudosa combinación de pena y educación, crea dificultades muy importantes en la práctica, donde la misma amplitud de decisión del magistrado permite que encare consideraciones preventivo generales,¹³¹ apoyadas además, en la legislación.

En general, la prevención especial aparece como teoría dominante en el Derecho penal juvenil,¹³² pero en la praxis sólo es uno más entre muchos objetivos penales. El sentido de lo educativo tiene una variedad de interpretaciones y más que una categoría pedagógica de conducción general del comportamiento, se aplica como sinónimo de intimidación, expiación, sometimiento, conformidad a la norma, etc.¹³³

Cuando se considera que se puede educar a través de la pena,¹³⁴ se exige a las medidas correctivas la multifuncionalidad de ser educativas y retributivas; esto influye en los criterios de selección de las sanciones, que por mucho tiempo no han sido preestablecidos legalmente, quedando a la discrecionalidad de los magistrados, e incluso hoy la variedad de las mismas establecidas sin parámetros que orienten en cuanto a cuándo aplicar cada una, lo convierten en un campo de incertidumbres.

Es evidente la particular preocupación que existió en los redactores del Código de encarar las medidas educativas con la orientación de las normas internacionales¹³⁵ y la doctrina más prestigiosa. Se advierte por distintas señales, desde la primera lectura: el espacio dedicado a ellas, la

¹²⁷ Cfe. Nérici, I.: *Hacia una didáctica...* cit. pág. 21. Socializar no es uniformizar, nivelar; por el contrario, manteniendo las diferencias, lograr que cada sujeto pueda contribuir con lo propio en la comunidad. Id. pág. 30.

¹²⁸ Cfe. Giménez-Salinas Colomer, E.: *La justicia de menores en el Siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un derecho...* cit. pág. 40.

¹²⁹ No cabe extenderse aquí en las distintas posiciones que dentro de la teoría de la pena se han desarrollado en la dogmática penal respecto a su fundamento y fin. Sólo recordemos algunos conceptos generales. Teoría absoluta, el retribucionismo encara el delito como un mal y la pena también como un mal proporcional a aquel y que busca la Justicia. Aún hoy, un número importante de juristas se inclinan por esta concepción. Entre las teorías relativas, están las que se inspiran en la prevención general, en el sentido de que la sanción sea ejemplarizante y así se prevenga la comisión de delitos por el resto de la población con tendencias delictivas y asegure -a aquéllos que no estén tentados de cometer delitos-, la confianza en el sistema penal. También dentro de las teorías relativas, las de la prevención especial, van desde la postura resocializante a la meramente de reinserción social; es decir desde la que intenta que el sujeto internalice los valores de la sociedad, a aquélla que meramente se contenta con que no obstaculice el desenvolvimiento de los mismos.

¹³⁰ En esa línea, Uriarte, C.: *Control institucional...* cit. pág. 110 y conc.

¹³¹ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 204.

¹³² En la doctrina de la situación irregular, no podía aceptarse para el mundo de los jóvenes que el sistema aplicase meramente penas, retribuyendo el mal cometido con el mal de la punición. La medida educativa pretendió cumplir un fin esencialmente de prevención especial, reformando al joven y haciéndolo un sujeto útil para la sociedad. Con este contenido de la medida educativa, no era necesario que se le fijase un término preciso, al ser un "bien" para el joven. La desjudicialización de la medida llegaba al punto de que el momento de su finalización quedaba en manos de las instituciones, en nuestro caso, del Consejo del Niño, luego Instituto Nacional del Menor, ahora Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.

¹³³ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 96. Esto parece evidente en cuanto a los delitos de cierta gravedad, ya que se percibe la reacción social de que ante la infracción penal de envergadura debe existir una responsabilidad que confirme la vigencia de la norma, haciendo conocer a la sociedad que las leyes se cumplen, dándole confianza, lo que

Sistema Penal Juvenil

variedad de opciones prevista, y la exigencia de que la sustitución, modificación o cese de las medidas privativas de libertad se realice siempre en audiencia.

En contraste con la regulación anterior, en esta legislación -más allá de las disfunciones en su puesta en práctica-¹³⁶ se comprendió que era necesario, conforme al principio de legalidad y la seguridad jurídica que éste encierra, el detenimiento en la medida, consecuencia jurídica de la infracción, ya que se moviliza el sistema judicial para desembocar en ella y ella sobre el joven.

Insistimos en que la orientación dentro de la doctrina de la protección integral, vuelve esencial diferenciar la respuesta a la infracción juvenil, de aquella que se da a necesidades sociales insatisfechas.

Aunque se pondera esas necesidades del joven infractor, la intervención se caracteriza por un significado distinto al de la asistencia con políticas sociales. Se tiene que calcular su espacio más o menos reducido de maniobra, y por él, las posibilidades de alternativas de comportamiento, y no perder de vista que el eje de la respuesta penal parte de la conducta realizada.¹³⁷

Existe un margen de discrecionalidad en toda pena, que se agudiza en el Derecho Penal Juvenil, por la potencialidad que adquieren algunas variables en la finalidad de influir sobre un sujeto en formación. Por eso más que nunca, hay que obtener algunas pautas objetivas que permitan la previsibilidad (relativa) de la decisión que tomará el juez, al seleccionar una, de la lista de medidas previstas en la ley. Es decir, ceñirse a principios que operen como reductores de la discrecionalidad que siempre existe.

El artículo 80 del Código de la Niñez y Adolescencia se aparta, como vimos, del principio de taxatividad -que se desprende del de legalidad-, porque enumera en el título Medidas socioeducativas no privativas de libertad, un catálogo de medidas “entre otras” que podrán aplicarse.¹³⁸

Asimismo, el artículo 79, relativo a las medidas complementarias, establece la posibilidad de agregar a cualquier medida socioeducativa el apoyo de técnicos, lo que parece ir contra la norma del artículo 85 que obliga al juez a aplicar sólo una de las medidas previstas en el Código. En efecto, la intervención de un técnico si no es entendida como un aporte del especialista a aquél que personalmente lleva a cabo la medida, y por el contrario, se considera ejercida sobre el joven directamente, es un plus que va contra el principio del *non bis idem* que se quiere consagrar. La superposición de medidas debe cuidarse en extremo, por la inflación de sanciones que ello implica, y además, porque frecuentemente son incompatibles entre sí algunas de ellas.¹³⁹

se vincula a la idea de la pena como retribución.

¹³⁴ Vé. para la evolución al respecto, Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. págs. 96/97.

¹³⁵ La Convención de los Derechos del Niño reconoce un amplio catálogo de sanciones (Art. 40.4), con el que pretende reducir la intensidad de la intervención del sistema penal, a través de medidas ambulatorias que afecten al joven en su desarrollo social de forma mínima. Cfe. Tiffer, C: *Ley de Justicia Penal Juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales*, en González Oviedo, M. - Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica Serie de Políticas Unicef* San José C.R. 2000 pág. 70.

¹³⁶ Un problema que se ha suscitado dada la posibilidad de dilatar el dictado de la sentencia hasta sesenta días o más (cuando no se tomó las medidas cautelares más duras), radica en el tiempo que transcurre entre el momento en que efectivamente comienza a cumplirse la medida educativa (por ejemplo la libertad asistida por una ONG) y el momento en que se ejecutó la infracción.

¹³⁷ Cfe. González Zorrilla, C.: *Los menores entre “protección y justicia” El debate sobre la responsabilidad*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur* Santiago de Chile 1992, págs. 149/150.

¹³⁸ Vé supra ítem 6.3. in fine.

¹³⁹ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho penal...* cit. pág. 206. Así, no cabe darle instrucciones específicas y al mismo tiempo someter a una libertad asistida dado que en ésta también se resuelven eventuales instrucciones.

La proporcionalidad cumplida con la mayor fidelidad, erradica tanto las sanciones indeterminadas como el criterio de peligrosidad, éste último siempre renuente a apartarse de cualquier Derecho punitivo, de lo que resulta ejemplo algún pasaje de nuestro Código.¹⁴⁰

Como esta ley consagra el principio de proporcionalidad (artículo 79 in fine) y establece que la privación de libertad debe ser el último recurso (artículo 76 nal. 12), queda implícito que sólo puede ordenarse tal medida ante hecho grave, aunque alguna otra disposición deje aparentemente, en manos del juez, un amplio margen de decisión. (Artículo 86)

Considerada pues, como la última alternativa, son bien acogidas las medidas alternativas por los operadores del sistema penal; sin embargo, las lagunas en su instrumentación, vuelven muy difícil el conocimiento específico de las características, condiciones y resultados de la aplicación de las medidas.¹⁴¹

Por otra parte, la proporcionalidad se reduce porque adquiere importancia el principio de que la respuesta a la infracción juvenil se oriente por la atenuación de las consecuencias, debiendo regir con carácter general el criterio de que la respuesta sea más leve con relación al mismo hecho cometido por un mayor.¹⁴²

Unido al principio de indemnidad, se aspira a que no se individualicen penas que dañen gravemente la posibilidad de participación libre e igualitaria en la vida social, atendiendo sobre todo a factores que en ciertos individuos, incrementan la sensibilidad frente a la pena.¹⁴³ Se considera que una medida es perjudicial cuando la intervención fortalece situaciones problemáticas cotidianas del joven, cogenerando lo que se busca impedir;¹⁴⁴ la actuación es desde el apoyo y mejoramiento de posibilidades sociales, o por lo menos, de no agravamiento de perjuicios y desventajas.¹⁴⁵

Resulta fundamental, que cualquiera sea su naturaleza, el plazo esté prefijado, rechazándose las de duración indeterminada. Así como que presente condiciones de exigibilidad, es decir, que se imponga una medida que aprecie la capacidad del joven para cumplirla.¹⁴⁶

En el Derecho comparado, entre las pautas generales y objetivas limitadoras de su arbitrio, se maneja a menudo la obligación de imponer sólo la amonestación en los casos de las meras faltas, la prohibición de medidas de internamiento en régimen cerrado en el caso de delitos culposos y la

¹⁴⁰ Así, el artículo 91 in fine al referirse a la "peligrosidad manifiesta" para adoptar las medidas compatibles con la seguridad de la población.

¹⁴¹ Cfe. Morás, Luis Eduardo: *Desafío y oportunidades en la Administración de Justicia de Menores*, en Herramientas Nº 1 cit. pág. 99. Ya el Art. 124 del C. del Niño, al enumerar las medidas que puede tomar el juez letrado de menores indica en primer lugar colocar al menor en el propio hogar de sus padres o guardadores.

¹⁴² Cfe. Uriarte, C.: *Control Institucional...* cit. pág. 222. En España, planteada la inconstitucionalidad de normas marcadas por la doctrina de la situación irregular, el Tribunal Constitucional en uno de los pasajes de la referida sentencia de 14 de febrero de 1991 afirmó "la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase." Cfe. Landrove Díaz, G.: *Derecho...* cit. pág. 89. El principio de flexibilidad altera el principio de proporcionalidad. Este último, que como vimos, parte de que un hecho leve sólo puede sancionarse con pena leve y el grave con pena grave, tiene más matices en el ámbito juvenil. En base al principio rector del interés del joven, la ley se esfuerza por mantener la gravedad únicamente como referente superior de la sanción, y si bien establece que sólo la leve corresponde a la infracción leve, desautoriza que un delito grave deba merecer la respuesta grave Cfe. Gómez Rivero, M. C.: *La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000*, en Revista Penal Nº 9 La Ley 2002 pág. 8. Recordemos además, el artículo 40.4 in fine de la Convención que exige que la medida guarde proporción tanto con la infracción como con las circunstancias.

¹⁴³ Cfe. Couso Salas, J.: *Diagnóstico...* cit. págs. 62/63.

¹⁴⁴ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 56.

concentración de tal internamiento para delitos de grave disvalor del acto como el empleo de violencia o intimidación.¹⁴⁷

En el Código de la Niñez y Adolescencia podría haberse incluido más orientaciones, pues no aparecen hoy pautas que -por lo menos en cuanto a la privación de libertad- hubo en los proyectos.¹⁴⁸

11.2. La privación de libertad como medida educativa

11.2.1. El encierro total

El enfoque de la privación de libertad como *ultima ratio* se basa en múltiples factores; así se toma en consideración, la magnitud de la restricción de los derechos que implica, y en su carácter criminógeno, más acentuado por la mayor maleabilidad del adolescente. Por lo tanto, hay también criterios de eficiencia, ya que se comprueba a menudo no sólo la carencia de efecto preventivo sino la producción de otras consecuencias dañosas para la misma sociedad.¹⁴⁹

Una angustia adicional se da respecto de los jóvenes del interior, que cuando son sometidos a esta medida, pasan a sufrir la privación de libertad en el departamento de Canelones bajo la jurisdicción del juez de adolescentes, ya que instituciones juveniles que aseguren su permanencia, hay sólo en la Colonia Berro. Se suma a la sanción de la privación de libertad el alejamiento de su gente, dificultándose y hasta cortándose el contacto con la familia.

Por otra parte, si bien las características negativas se dan en todo encierro, puede ser mucho peor en sistemas donde se utiliza meramente como depósito de jóvenes, y no hay siquiera preocupación por intentar algo en su favor. El personal que interviene directamente es uno de los elementos básicos para apuntalarlo, así como las actividades programadas. Cuando no se presta la atención mínima imprescindible a estos dos aspectos, ya no hay forma de conservar la máscara de la educación.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Cfe. Albrecht, P.A.: *Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances-*, en Bustos Ramírez, J.(Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur* Santiago de Chile 1992, págs. 162/163; citado también por Couso Salas, J.: *Diagnóstico de la situación personal, familiar y social del niño y joven: marco jurídico que lo hace necesario y límites que le impone*, en *De la tutela a la Justicia Unicef - Corporación OPCION* Santiago de Chile 1999 pág. 61 nota 35. Lejos está -por lo menos teóricamente- de la respuesta de la situación irregular que se relacionaba fundamentalmente con las características personales del joven, siendo la infracción apenas un dato sintomático.

¹⁴⁶ Cfe. Morás, L.E.: *Desafíos...* cit. pág. 113, con referencia al artículo 112 párr. 1 del Estatuto brasileño. En Alemania se parte de seis meses como medida mínima, porque se estima que en un período más corto no sería posible el efecto educativo de la privación de libertad. Como máximo se establece los cinco años en base también a que sólo podría ser exitosa su atención educativa en el encierro en ese lapso de internación. En la doctrina se ha advertido sobre los efectos negativos que se pueden producir con más de un año. Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 345.

¹⁴⁷ Así sucede en el artículo 9 de la ley española 5/2000.

¹⁴⁸ Vé. supra ítem 6.3.

¹⁴⁹ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. pág. 77. Con el nivel que se ha alcanzado en el análisis serio de la evolución de las personalidades en desarrollo, el reconocimiento de que la privación de libertad es la última *ratio* no parece discutirse. El problema reside en concordar con relación a cuándo en determinado caso, se alcanzó ese límite y decidir que sólo a partir del encierro se puede comenzar a buscar la reinserción del joven en la sociedad. Es que nos hallamos frente a la antinomia del fin buscado de la reinserción en la sociedad y el proceso de 'prisonización' que produce la privación de libertad.

¹⁵⁰ En lugar de adquirir herramientas socializadoras, recibe la cultura de la prisonización. La dependencia permanente y el desvalimiento, a menudo se compensan con un alto grado de violencia entre los propios detenidos, relacionándose competitivamente y con animosidad. Esto provoca que más que educación o tratamiento, los educadores administren los problemas complementarios que derivan de la misma privación de libertad. Cfe. Albrecht, Peter A.: *Respecto del futuro...* cit. pág. 68.

Por lo menos, debe haber un proyecto en el que se diagramen desde el principio los objetivos sustanciales de adquisición por el joven de recursos suficientes para que progresivamente tienda hacia una autonomía responsable.¹⁵¹

11.2.2. La semi- libertad

Esta posibilidad subraya los aspectos coercitivos porque aparta al joven del ámbito familiar y de su comunidad, aunque puede salir.

En el Derecho comparado, se organiza la vida cotidiana del joven en función del acceso a distintos servicios, por lo que es vital que la institución mantenga una estrecha relación con programas sociales y formativos de la comunidad. En nuestro medio, regulado en el artículo 90, está encarado de otro modo y tiene algunas oscuridades. No se hace hincapié en ese relacionamiento, pues prevalece la voluntad del joven en el régimen de las salidas, lo que las vuelve bastante difíciles de coordinar con actividades reguladas en el exterior.¹⁵²

11.3. Las medidas sustitutivas

11.3. 1. Su sentido

El Código denomina Medidas sustitutivas al elenco que desarrolla en el artículo 80. Contra el principio de taxatividad, enumera, como dijimos, un conjunto que podrán aplicarse ‘entre otras’; y la redacción del literal D refuerza la eventualidad de que se fije una no individualizada en la ley, al establecer de modo genérico la posibilidad de imponerle la observancia de reglas de conducta “como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos...” (subrayado nuestro)

Al llamarlas medidas sustitutivas, en la misma terminología usada quedan rastros de la sanción más severa como eje de las consecuencias de la infracción, ya que resulta implícito que se conciben en remplazo de la privación de libertad.

La gran discrecionalidad del magistrado del proceso juvenil, quita seguridad jurídica a sus decisiones, junto con el amplio espectro de posibilidades, con el que se corre el riesgo de que las respuestas no sean realmente alternativas a la privación de libertad, y se amplifique el control.¹⁵³ Este eventual efecto exige mucha atención en el momento de la elección de la medida alternativa. Ocurre en el sistema penal de mayores de edad, y se agudiza en el Derecho Penal Juvenil, con la tendencia a ver un “bien” para el joven en la sanción, y cuando entre el encierro y nada se habría optado por nada, como hay también otra alternativa, se sigue esta nueva vía.

¹⁵¹ Aunque también en este aspecto las comunicaciones son lentas, aparentemente se está dando en cuanto a la ejecución de las medidas en el Uruguay, una inyección de renovación interesante, que aún no se conoce por el sistema judicial.

¹⁵² Por otra parte, no se advierte el sentido de que se fije inflexiblemente en ocho horas el permiso de visitar a familiares o cualquier actividad externa. Debería agregarse la preposición *hasta* delante de ocho horas, para permitir un lapso de salida más reducido en un principio, con la ampliación progresiva característica de este tipo de medidas. También nos merece reservas el segundo apartado de la misma disposición, al no comprender porqué el régimen *se extiende* a voluntad exclusiva del adolescente, con el único límite de la inobservancia de las reglas de comportamiento. ¿Qué comprende la extensión, el número de días? Parecería que la frecuencia de esas salidas tiene que manejarse con criterios por lo menos complementarios a los de la voluntad del adolescente, como pueden ser los programas que se estén aplicando en su interés, que no coinciden necesariamente con su voluntad. Creemos sí, que la negativa a extender la salida, debería ser fundada.

¹⁵³ Varios autores advierten sobre esta posibilidad de efecto contraproducente, por el que en lugar de desplazar el encierro, sólo se colocan junto a él otras medidas, ampliándose el ámbito de control más allá de lo indispensable. Así, Durán Chavarría, Douglas: *Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad*, en González Oviedo, M.; Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa*

Sistema Penal Juvenil

Lamentablemente, a veces incide en la opción por la privación de libertad que en el lugar de ejecución del fallo haya o no programas que sirvan para llevar adelante esta clase de medidas. Esto afecta la vinculación que debe existir entre el delito y el principio de legalidad estricto respecto de las medidas,¹⁵⁴ así como otros pilares del Derecho penal juvenil como el interés superior del joven.

Otro riesgo existe con la inclusión de profesionales auxiliares que entran a codecidir a veces con una previa e intensa investigación sobre la personalidad del joven, que avasalla su mundo personal y familiar, y así, derechos fundamentales.¹⁵⁵

Porque supera el límite de nuestro trabajo, no veremos el elenco de medidas sustitutivas, que va desde la advertencia y amonestación,¹⁵⁶ hasta la orientación y el apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo y, con un potencial muy rico, los servicios a la comunidad.¹⁵⁷ Sólo nos detendremos en la mediación porque revaloriza a la víctima del conflicto e implica una buena cantera de propuestas positivas.¹⁵⁸

11.3.2. La mediación

En la doctrina penalista, el principio de flexibilidad se maneja con distintos criterios. Uno busca alternativas al proceso; otro, ya en el ámbito judicial, terminar el juicio sin llegar a la sentencia, y finalmente, aún con sentencia, que en ésta se pueda elegir la sanción dentro de una importante gama de opciones,¹⁵⁹ e incluso, modificarla durante su ejecución.¹⁶⁰

Precisamente, la tendencia a la desjudicialización del conflicto cuando los casos lo permitan, es la *ratio* de principios como el de oportunidad y de conciliación.¹⁶¹

Nuestro Código, como ocurre en general en las legislaciones, sigue el principio de que no cabe que los particulares ejerzan la acción penal, y a nivel de los mayores de edad recién con la ley de las medidas alternativas aparece la víctima.¹⁶²

Rica. Serie Políticas Unicef San José C.R. 2000 págs.497/498; Pavarini, Massimo: ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?, citado por Uriarte, C.: *Control Institucional...* cit. pág. 250; Couso Salas, J.: *Notas acerca...* cit. pág. 51; Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. págs. 52/53.

¹⁵⁴ Cfe. Couso Salas, J.: *Notas acerca...* cit. págs. 54/55 con cita de Ferrajoli: *Derecho y razón* págs. 722/ 728.

¹⁵⁵ Cfe. Albrecht, P.A.: *El derecho...* cit. págs. 53/54.

¹⁵⁶ Parece un exceso que medidas que obviamente corresponden a los casos más leves, obliguen siempre al cumplimiento de todas las etapas del proceso. No sólo por economía procesal, sino por el sentido de inmediatez que se requiere más que nunca en tales casos, y fundamentalmente, el principio de oportunidad. Esto es corroborado por el artículo 104 que regula la prescindencia de la acción penal ante hechos de escasa gravedad o exigua participación.

¹⁵⁷ El carácter educativo juega también para la comunidad, dado su involucramiento por intermedio de instituciones clubes, etc. Si queda implicada en la resolución del conflicto, se potencian sus relaciones con el joven, y fundamentalmente, se atenúa el perfil estereotipado que tiene del infractor. Cfe. Landrove Díaz, G.: *Derecho Penal...* cit. pág. 104, con cita de Calatuy Pérez, J.R. Muñoz Oya, y Ramos Ariza, M.C.: *Legislación básica sobre menores infractores* ed. Comares Granada 1995 pág. 49.

¹⁵⁸ Para un enfoque un poco más completo, puede verse nuestro trabajo: *Las medidas socio-educativas en el Código de la Niñez y la Adolescencia*, en *Revista de Derecho Penal* cit.

¹⁵⁹ Cfe. Tiffer, C.: *Ley de justicia...* cit. pág. 129. Vé. supra ítem 7. El principio de oportunidad

¹⁶⁰ La rigidez del sistema judicial dificulta esta necesidad de variedad y flexibilidad de las medidas. No es un modelo dúctil para dar respuestas a problemáticas complejas con múltiples factores que se ponderan antes de tomar una decisión, la que además queda sujeta a correcciones por la dinámica de las variables manejadas. De todas formas, no puede olvidarse que la negatividad intrínseca de las medidas es la primera valla para solucionar los problemas del joven a través de la justicia. Cfe. Couso Salas, J.: *Notas...* cit. págs. 58/ 59.

¹⁶¹ Cfe. Issa El Khoury, H.: *El derecho...* cit. pág. 198.

¹⁶² Vé Ley N° 17.726 de 26 de diciembre de 2003 de medidas alternativas a la prisión preventiva y a la pena. En el proceso, la igualdad de las partes excluye la presencia de la víctima, la que del lado del Fiscal, afecta este principio al volver un litis consorcio a una de las partes. Por otra parte, la ausencia de la víctima provoca la expropiación del conflicto, no interesándole la resolución judicial que no repare el perjuicio solucionable provocado por el delito.

El instituto de la mediación no habría podido originarse sin la relevancia que fue asumiendo ella en el proceso,¹⁶³ al punto que se ubica dentro del movimiento ‘de renacimiento de la víctima’, ya que ella se vuelve de protagonismo esencial a efectos de solucionar el conflicto producido por la conducta delictiva.¹⁶⁴ Es la primera forma de un posible acuerdo, condicionado a la benevolencia de la víctima, por lo que no en todos los delitos es posible.

Aunque tiene gran alcance en legislaciones como la española, particularmente en Cataluña, es muy embrionaria en nuestra legislación. Prevista en una norma, fatigosa y confusa, plantea unas cuantas incógnitas que vuelven difícil un mecanismo que como toda innovación implica de por sí obstáculos a los que se adiciona esta carencia de pautas claras para ponerlo en marcha.¹⁶⁵

Al ser una alternativa que exige cierto conocimiento recíproco, las mayores posibilidades de éxito dependerán del tipo de comunidad en que se trata de resolver el conflicto; en ese sentido, la forma de instrumentarla en Montevideo y ciudades del interior puede resultar muy distinta. De todas formas, si bien es una propuesta interesante, está recién en los inicios su puesta en práctica en el sistema penal juvenil uruguayo, al que podría resultar muy útil recibir información de los centros de mediación que trabajan en otras áreas jurídicas y cuentan con la experiencia de varios años.¹⁶⁶

Respecto de la oportunidad, es en cualquier etapa del proceso; por lo tanto en la audiencia preliminar, si prestan su conformidad el adolescente y la víctima, el Juez está facultado para derivar el caso a mediación, por lo que se da participación a un especialista en este mecanismo, aunque nada se dice al respecto.¹⁶⁷

Al optar por esta vía, se suspende las actuaciones “por un plazo prudencial” que determina el magistrado; ello sin perjuicio de que se produzca la conciliación en la propia audiencia, como surge expresamente de la última oración del artículo 83. Si se llega a un acuerdo antes del plazo estipulado, cabe pedir el adelantamiento de la necesaria audiencia en que se oye el informe técnico, a la Defensa y al Ministerio Público. En cuanto a la decisión judicial, se dan unas pocas pautas: aparece a texto expreso el principio que sobrevuela todo el Código, el interés superior del adolescente, el que se subraya al imponer que la valoración del magistrado se hace desde esa exclusiva perspectiva.

¹⁶³ Cfe. Giménez-Salinas Colomer, E.: *La justicia...* cit. pág. 32. En la misma Criminología no se tomó en cuenta por largo tiempo, comenzando los primeros estudios sobre las víctimas en la década de los '60 en Estados Unidos. Esos estudios revelaron la importante extensión que presenta en el marco social el sentimiento de haber sido en algún momento una víctima, por cierto mucho más que el número de titulares de los hechos que efectivamente se denuncian, lo que demuestra también la función que cumple en el control social.

¹⁶⁴ Cfe. Llobet Rodríguez, J.: *La sanción...* cit. pág. 239.

¹⁶⁵ El artículo 83 dice: (Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima) En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.

¹⁶⁶ Cabe señalar distintos matices en la mediación como la reparación, la compensación pecuniaria, etc., que lógicamente aquí no abordaremos.

¹⁶⁷ El texto indica: “previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte”, lo que no parece una fórmula muy exacta, pues el adolescente ya es parte. Vemos aquí dos posibilidades: o la propuesta se hace por el mismo juez, y logra la conformidad de víctima y muchacho, o lo hace una de las partes, es decir el Ministerio Público o la defensa.

Si se logró el fin propuesto, se desemboca en una de las formas extraordinarias de terminar el proceso, y se clausuran las actuaciones. Conforme al principio acusatorio, el juez está obligado a culminar el juicio si el Ministerio público se pronunció favorablemente.¹⁶⁸ No se dice nada en la situación de fracaso, pero obviamente deberá continuarse el juicio a partir de donde se suspendió y dictar sentencia, con la imposición de otra medida.

11.4. El cese de las medidas

La finalidad de que rija todo el proceso el principio de intermediación, hace que se propugne que también el egreso del joven se concrete en audiencia. De modo complementario al momento en que quedó sujeto al proceso, su desvinculación del mismo exige la presencia de todos los que antes intervinieron. Es importante que vea personas detrás de la Justicia, y formalmente, que sean aquéllos que lo vincularon al juicio, quienes le aseguren que nada más tienen que reclamarle. Por otra parte, también es esencial escuchar al joven en esa oportunidad en la búsqueda de conocer cómo vivió la medida educativa.¹⁶⁹

A pesar de que puede resultar un poco lento el procedimiento, conforme al artículo 94 el cese, sustitución o modificación de las medidas privativas de libertad se tramita preceptivamente en audiencia. Sin embargo, no ocurre así cuando el cese es por cumplimiento del fallo, porque agotado el lapso fijado judicialmente, no existen más reclamos contra el joven y tiene que recuperar la libertad automáticamente.

El texto no dice nada sobre las medidas no privativas de libertad, y en este aspecto, hay que seguir el mismo principio, el cese es automático apenas se cumplió el fallo, y cabe la convocatoria a audiencia sólo en caso de que se quiera reducir el plazo.

11.5. El incumplimiento

En el Derecho comparado, y en el nuestro, las medidas dispuestas son obligatorias y si no se cumplen, pueden dar lugar al internamiento. Eso es pena. El artículo 86 in fine del C.N.A. autoriza la privación de libertad -sin la menor regulación- en la hipótesis del incumplimiento de medidas adoptadas por el juez.

Constituye, a nuestro criterio, una de las disposiciones más criticables del nuevo Código, pues aparentemente admite sin más, la posibilidad de privar de su libertad al joven cuando incumple las medidas adoptadas en sentencia.¹⁷⁰

No puede ser así, porque tal criterio iría contra los principios que orientan el Derecho penal juvenil y todo juicio. Llegar a la sanción más gravosa, prevista en el Código como *ultima ratio* y conforme al criterio de idoneidad para el fin educativo, exige una cautelosa aplicación de este precepto, por lo menos, con un proceso incidental.

¹⁶⁸ Esto concuerda con otros momentos de consagración de este principio en el Código como son las situaciones en que el fiscal no pide medidas cautelares o sobresee, casos en que el juez está sometido a la opinión del Ministerio Público. (artículos 76 nales. 5 y 8 ap. segundo)

¹⁶⁹ Aunque se ha recibido fluidamente información sobre las metas generales de distintas ONGs. en cuanto a proyectos de actuación con los jóvenes, en principio resulta muy dificultoso conocer los planes concretos que se instrumentan para cada muchacho.

¹⁷⁰ El proyecto de 1999 presentaba dos ventajas sobre el texto actual: exigía que los incumplimientos se produjeran en forma reiterada y se establecía un máximo de la privación de libertad: no más de sesenta días. Cfe. Uriarte, C.: *Responsabilidad...* cit. pág. 63

11.6. La unificación de medidas ¹⁷¹

La naturaleza educativa de la decisión impone que en lo posible, sucesivas infracciones lleven a la aplicación de una medida única global. Ello depende del momento procesal en que pueda realizarse su determinación. Cuando el sujeto está cumpliendo una medida establecida por sentencia firme, y ejecuta un nuevo hecho, estrictamente no corresponde la unificación por la condición de reincidente que obliga a un juicio para el segundo caso y la posterior unificación de medidas a través de la vía incidental.¹⁷²

Obviamente no conduce a un incremento automático ni aritmético. Aunque en el ámbito del Derecho penal de mayores en nuestro país, conforme al artículo 54 del Código penal se sigue el régimen del cúmulo jurídico,¹⁷³ ello estaría en contradicción con la finalidad de la medida. Por lo tanto, la regla no debe ser la agravación, aunque frecuentemente, se cambie de medida, buscada de acuerdo al principio de idoneidad, por considerar que la que se aplicaba no sirvió para los fines propuestos.¹⁷⁴

12. LAS MEDIDAS CURATIVAS

En América Latina, casi no están previstas posibilidades de atención gratuita a los jóvenes que necesitan fundamentalmente medidas de esta naturaleza. Las instituciones cerradas atienden muy deficitariamente este aspecto. El estar sometido a la salud pública carenciada, a menudo internado con adultos, urge a buscar medios para evitar al enfermo esta verdadera indignidad.

En las oportunidades - frecuentes en forma alarmante- en que se destaca el problema de la adicción, se exige al mismo centro de internación común que tenga en cuenta esta problemática del joven y aún no están preparados para ello.¹⁷⁵ Por lo tanto es imposible cumplir el artículo 92 in fine que establece que en caso de requerir tratamiento médico, el adolescente “deberá ser internado en un centro adecuado a sus condiciones”.¹⁷⁶

Por supuesto, sucede lo mismo en el caso en que por su grado de adicción, el sujeto fuera inimputable -incapaz en la terminología del Código- al cometer el hecho. También en este caso, la ley exige -luego del debido proceso- que la medida curativa se cumpla en “establecimientos adecuados y separados de los adultos...” (Artículo 106). Hoy, la atención curativa en la que se insiste,

¹⁷¹ Las graves dificultades que crea el incidente de la unificación de medidas es un tema que corresponde al análisis pormenorizado de los aspectos procesales de la ley.

¹⁷² Creemos que la distinción entre reincidente y reiterante, de efectos importantes en el Derecho penal, al punto de que la reincidencia impide unificar penas, debe perder esa consecuencia en el Derecho penal juvenil, pues carece de sentido obligar a cumplir medidas educativas conforme a cada sentencia, de modo independiente.

¹⁷³ En función del número de delitos y el lapso en que se cometieron, se parte de la pena mayor y se incrementa hasta poder llegar a sumársele 2/3 de esa misma pena base.

¹⁷⁴ En España, la ley prevé el cumplimiento simultáneo de diversas medidas impuestas en distintos procedimientos, de acuerdo al criterio del juez que dictara la última sentencia firme, (Art. 47 nal. 1) El Grupo de Estudios de Política Criminal propone que el juez competente acumule en un único expediente para ejecutar las distintas medidas, y ordene su cumplimiento en función de la situación del momento del joven, refundiendo las medidas. Se considera más razonable este mecanismo dada la naturaleza de la medida. Cfe. Grupo de Estudios de Política Criminal: *Un proyecto alternativo...* cit. pág. 61.

¹⁷⁵ Se carece de la posibilidad de la internación para la deshabituación respecto de la droga en establecimientos adecuados, y cuando con la medida curativa se impone una sanción, en general se abandona la primera.

¹⁷⁶ Los esfuerzos hasta ahora (como el Portal Amarillo) son insuficientes dado el número reducido que pueden atender en relación al reclamo existente.

Sistema Penal Juvenil

se realiza en el mismo centro común a los demás jóvenes reclusos, salvo alguna clínica a la que se lo lleva en situaciones de crisis, y no hay posibilidades de que ello cambie, por ahora.

13. DE ESPALDAS AL PAÍS INTERIOR

No queremos concluir sin hacer una breve referencia al interior del país.

Tanto en la previsión del proceso contra los infractores como en cuanto a las medidas establecidas, la generalidad con que obviamente tiene que encararlas la ley, no es óbice para detectar que en realidad la ausencia de una infraestructura homogénea y acorde, impide la aplicación del Código de modo uniforme. Así, ello se advierte por ejemplo, en que existe juez especializado sólo en Montevideo, lo que además de afectar su capacitación implica la atención diversificada con otros asuntos como los delitos de mayores de edad.

Pero además, en el interior se carece del auxilio técnico como el del ETAD que al lado del juez de la capital, está a la orden para una variedad importante de asesoramientos.

Por otra parte, dadas nuestras características demográficas, con la concentración en la capital de la mitad de la población, resulta lógico que la mirada desde las ONGs y hacia ellas, se concentre respecto de los adolescentes que pasan por las sedes judiciales de Montevideo.

Por lo tanto, en general, son distintas las alternativas que tienen los jueces del interior y de la capital. Mientras éstos actualmente derivan un alto porcentaje de casos a las ONGs que tienen convenio con INAME, los magistrados del interior en contadas situaciones pueden hacerlo. En contrapartida, realizan un esfuerzo de imaginación y dentro de comunidades más pequeñas donde hay lazos más estrechos, se logra servicios a la comunidad acordados directamente por el Juez con distintas instituciones.

Finalmente, no puede olvidarse lo ya apuntado: el plus de perjuicio que implica para el joven del interior su traslado a sufrir la privación de libertad fuera de donde tiene sus raíces. Se advierte, paradójicamente, que es el sistema penal juvenil del interior el que impone más frecuentemente esta medida, con un criterio que se aparta de su aplicación como último recurso.

BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, P.A.: *Respecto del futuro del derecho penal de menores*, en Bustos Ramírez, J.(Dtor): Un Derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992
- Albrecht, P.A.: *El Derecho Penal de Menores* PPU Barcelona 1990
- Alonso Diez, Alberto: Los conceptos jurídicos de abandono en materia de menores, en Revista de Derecho de Familia Año X N° 12 1997
- AAVV: Proyecto Alternativo a la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en Grupo de Estudios de Política Criminal: *Un Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores* tirant lo blanch Valencia 2000
- Baratta, Alejandro: *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, en AAVV: Criminología y Derecho IFCU 1987
- Baratta, A.: *Democracia y Derechos del Niño*, en AA.VV.: Justicia y Derechos del Niño Unicef Santiago de Chile 1999
- Baratta, A.: *La niñez como arqueología del futuro*, en AA.VV.: Justicia y Derechos del Niño Unicef Santiago de Chile 1999
- Beloff, Mary: *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en Justicia y Derechos del Niño Unicef Santiago de Chile 1999
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros: *Lecciones de Derecho Penal Parte General* Praxis Universidad Barcelona 1996
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; Ferré Olivé, Juan Carlos; García Rivas, Nicolás; Serrano Piedecabras, José y Terradillos Basoco, Juan: *Curso de Derecho penal Parte General* eds. Experiencia Barcelona 2004
- Beristain, A.: *Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores* en Bustos Ramírez, J. (Dtor): Un Derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992
- Bermúdez, Víctor H.: *El Ministerio Público en el nuevo Código de Proceso Penal* Revista Judicatura N° 39 julio 1998 FCU
- Bustos, Juan: *Introducción al Derecho Penal* Temis Bogotá 1986
- Bustos, Juan - Hormazábal, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal* ed. Trotta Madrid 1997
- Caferata Nores, José: *Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina*, en Prudentia Iuris N° 50 agosto/99 Universidad Católica Argentina B.A.
- Cerezo Mir, José: *El delito como acción culpable* en Revista de Derecho Penal N° 11 FCU Montevideo 2000
- Cillero Bruñol, Miguel: *Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, en Segundo Curso Regional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Univ. Diego Portales Depto. de Investigación y Extensión. Escuela de Der. Santiago de Chile 1997
- Cillero Bruñol, M.: *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*, en Justicia y Derechos del Niño Unicef Santiago de Chile 1999
- Cobo del Rosal, M. -Vives Anton, T.S.: *Derecho Penal Parte General* Tirant lo Blanch Valencia 1996
- Contreras Largo, Consuelo: *Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía*, en AA. VV.: De la tutela a la Justicia Unicef Corporación OPCION 1999
- Couso Salas, J.: *Notas acerca del debate político-criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile*, en AA.VV.: ¿Educación, ayuda o sanción? Bravo y Allende eds. Santiago de Chile 1999

Sistema Penal Juvenil

Dall'Anese, F.: *El proceso penal juvenil costarricense: principios y alternativas a la justicia*, en González Oviedo, Mauricio, Tiffer Sotomayor, Carlos (coords.): *De la arbitrariedad a la Justicia Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica*. Serie Políticas Unicef San José C.R. 2000

Díaz Cantón, Fernando: *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos*, en Nueva Doctrina Penal 1999/A ed. Del Puerto B.A

Durán Chavarría, Douglas: *Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad*, en González Oviedo, M.; Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica*. Serie Políticas Unicef San José C.R. 2000

Dusi, Paolo: *Función administrativa y función jurisdiccional en la tutela del menor. Relación y conflictos*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992*

Fanlo Cortés, Isabel: *Los derechos del niño, las teorías de los derechos: Introducción a un debate*, en AA.VV: *Justicia y Derechos del Niño N° 4 Unicef B.A. 2002*

Fellini, Zulita: *Necesidad de reformar la legislación sobre menores*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992*

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón* ed. Trotta Madrid 1997

García Méndez, Emilio: *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*, en Derecho a tener Derecho T.4 Unicef. Mdeo s/f. *Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina Unicef Oficina Regional para América Latina y el Caribe s/f*

García Méndez, E.: *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina: antecedentes, características, tendencias y perspectivas*, en Herramientas N° 1 ed. Defensa de los Niños Internacional – Uruguay Mdeo 2000

Giménez-Salinas Colomer, Esther: *La justicia de menores en el Siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992*

Gómez Rivero, M. C.: *La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000*, en Revista Penal N° 9 La Ley 2002

González Zorrilla, C.: *Los menores entre "Protección y Justicia". El debate sobre la responsabilidad*, en Bustos Ramírez, J. (Dtor): *Un Derecho Penal del Menor ConoSur Santiago de Chile 1992*

Gross Espiell, H.: *Los derechos del niño en América Latina* en Revista Uruguaya de Derecho de Familia N° 12 FCU 1997

Issa El Khoury, Henry: *El Derecho penal sustantivo en la ley de justicia penal juvenil costarricense* en González Oviedo, M. - Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica Serie de Políticas Unicef San José C.R. 2000*

Landecheo Velasco, Carlos María – Molina Blázquez, Concepción: *Derecho Penal Español Parte General* tecnos Madrid 1996

Landrove Díaz. Gerardo: *Derecho Penal de Menores tirant lo blanch* Valencia 2001

Llobet Rodríguez, Javier: *El principio del interés superior del niño en la justicia penal juvenil* en Tiffer Sotomayor, Carlos, Llobet Rodríguez, Javier y Dünkel, Frieder: *Derecho Penal Juvenil* ed. ILANUD DAAD San José de Costa Rica 2002

Malet Vázquez, Mariana: *Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay y Apéndices Normativos Concordancias y Anotaciones* FCU 2005

Malet Vázquez, Mariana: *Las medidas socio-educativas en el Código de la Niñez y la Adolescencia*, en Revista de Derecho Penal N° 15 FCU Mdeo 2005

Maxera, Rita: *La nueva ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores de España*, en Herramientas Año II N° 2

Minvielle, Bernardette: *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de*

- Costa Rica) y el Enjuiciamiento Penal*, en Doctrina Penal Año 11 Depalma B.A. 1988
- Morás, Luis Eduardo: *Desafíos y oportunidades en la Administración de Justicia de Menores*, en Herramientas N° 1 ed. Defensa de los Niños Internacional – Uruguay Mdeo 2000
- Nérici, Imídeo: *Hacia una didáctica general dinámica* Kapelusz B.A. 1973
- Pásara, Luis *Reforma procesal y reforma judicial* en <http://www.clad.org.ve/siare/basesju/inicio.html>
- Peña González, Carlos: *Comentario*, en De la tutela a la justicia UNICEF - Corporación OPCION 1999
- Quintero Olivares, Gonzalo: *Política criminal y determinación de la pena* en Doctrina Penal N° 1 Depalma B.A. 1978
- Quintero Olivares, Gonzalo y cols: *Curso de Derecho Penal Parte General* Cedecs ed Barcelona. 1997
- Rojas A., Alejandro: *El derecho de defensa en el proceso penal juvenil costarricense* en González Oviedo, M. - Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica Serie de Políticas Unicef San José C.R. 2000*
- Rusconi, Maximiliano: *Reforma del sistema de enjuiciamiento y el Ministerio Público*, en Revista Judicatura N° 39 julio 1998 FCU
- Seda, Edson: *Comentario al proceso de reforma legal en Brasil*, en Derecho a tener Derecho T. 4 Unicef Mdeo s/f
- Tiffer, C: *Ley de Justicia Penal Juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales*, en González Oviedo, M. - Tiffer Sotomayor, C. (coords.): *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica Serie de Políticas Unicef San José C.R. 2000*
- Uriarte, C.: *Control Institucional de la niñez en infracción* ed. C. Alvarez Montevideo 1998
- Uriarte, Carlos: *Responsabilidad Penal Juvenil*, en Uriarte, C. (coord.): *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia FCU 2004*
- Uriarte, Carlos: *Culpabilidad y Derecho penal juvenil*, en Revista de Derecho Penal N° 15 FCU 2005
- Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro: *Derecho Penal Parte General* Ediar B.A. 2000

ALGUNAS DE LAS REFORMAS PROPUESTAS AL C.N.A. EN MATERIA DE ADOLESCENTES INFRACTORES

Dr. Daniel Sayagués Laso

De las múltiples propuestas de reforma que se han hecho respecto al “Código de la Niñez y la Adolescencia” en este trabajo vamos a exponer y considerar solo las que versan sobre tres cuestiones:

1º) La que trata sobre **el procedimiento** establecido para los casos en que se investiga la responsabilidad penal de un adolescente (Art. 76);

2º) La que establece cuáles son **las conductas que se consideran infracciones** cuando son cometidas por un adolescente;

3º) La que regula **en qué casos se puede privar de libertad** a un adolescente infractor.

I - Sobre el Procedimiento

Proyecto de Modificación¹

NOTA:

- En *cursiva* se señalan las modificaciones menores que se sugieren con respecto a la redacción, o simplemente aclaratorias del articulado.

- En **negrita** se destacan las modificaciones más relevantes que se proponen.

¹ Este “**Proyecto de modificación**” fue elaborado por consenso entre la mayoría de los jueces, fiscales y defensores públicos de adolescentes de Montevideo a fines del año 2004, año en que entró en vigencia el CNA. Se refiere solo a las normas que regulan el **procedimiento penal juvenil** y busca corregir algunos de los defectos que se pusieron de manifiesto en su aplicación. Fue presentado a la Suprema Corte de Justicia (para que ésta lo hiciera llegar al Parlamento en uso de la facultad que le concede el art. 240 *in fine* de la Constitución de la República) a fines de dicho año, y a legisladores de los distintos partidos políticos en octubre del 2006.

Texto vigente:

“Artículo 76. (Procedimiento).-

(...)

4) Resolución de la audiencia preliminar y medidas cautelares.

Al culminar la audiencia preliminar el Juez:

A) Dispondrá las medidas probatorias a que refiere el numeral anterior.

B) Fijará la audiencia final en un plazo de sesenta días, salvo si decreta como medida cautelar el arresto domiciliario o la internación provisoria, caso en que dicha audiencia, se fijará en un plazo máximo de treinta días.

C) Decidirá la aplicación de alguna medida cautelar, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral siguiente.”

Texto proyectado:

“4) Resolución de la audiencia preliminar.

Finalizada la indagatoria el Juez **oirá al Ministerio Público y a la defensa y, si entendiere que hay mérito para continuar con los procedimientos:**

A) Dispondrá las medidas probatorias a que refiere el numeral anterior. **Si no fuere necesario disponer ninguna medida probatoria adicional, conferirá traslado al Ministerio Público a los efectos establecidos en el numeral 8 de este artículo.**

B) Fijará *la fecha de* la audiencia final **a la brevedad posible** y dentro de un plazo máximo de **sesenta días, teniendo en cuenta los actos procesales que restan por cumplirse.**

C) Decidirá, **si fuere necesario**, la aplicación de alguna medida cautelar, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral siguiente.”

Comentario:

Se establece un plazo máximo único para la duración de todos los procedimientos, eliminándose la innecesaria dualidad de los mismos. El plazo de treinta días -que fija el texto vigente- ha demostrado resultar demasiado exiguo en la mayoría de los casos. Los informes técnicos que realiza el INTERJ en el caso de los adolescentes que fueron internados como medida cautelar suelen no llegar a la sede judicial dentro de los veinte días establecidos para la prueba por lo que la acusación fiscal, la contestación de la defensa y, a veces, hasta el dictado de la sentencia se realizan sin haberlos tenido a la vista.

Se prevé la posibilidad de que, culminada la audiencia preliminar, no resten medidas probatorias para diligenciar, y la consiguiente supresión del plazo de veinte días para su realización.

Se explicita el carácter facultativo y no imperativo de las medidas cautelares.

Texto vigente:

“5) Medidas cautelares.

El Juez, a pedido del Ministerio Público, y oída la defensa, dispondrá las medidas cautelares necesarias que menos perjudiquen al adolescente.

Son medidas cautelares:

- 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.
- 5) La internación provisoria.

El arresto domiciliario y la internación provisoria no podrán durar más de sesenta días. Transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, se deberá dejar en libertad al adolescente. Ambas medidas cautelares solo podrán aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 86, y siempre que ello sea indispensable para:

A) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales.

B) La seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La internación provisoria se cumplirá en un establecimiento especial del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.”

Texto proyectado:

“5) Medidas cautelares.

El Juez, a pedido del Ministerio Público, y oída la defensa dispondrá las medidas cautelares que menos perjudiquen al adolescente.

Son medidas cautelares:

- 1º) La prohibición de salir del país **o la de ausentarse de su localidad de residencia.**
- 2º) La prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de tomar contacto *con ellas* o de concurrir a determinados lugares.
- 3º) La obligación de *presentarse* periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine.
- 4º) El arresto domiciliario.
- 5º) La internación provisoria.

El arresto domiciliario y la internación provisoria no podrán durar más de sesenta días. Transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, se deberá dejar en libertad al adolescente. Ambas medidas cautelares sólo podrán aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, de acuerdo

do con el artículo 86, y siempre que ello sea indispensable para:

- A) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales.
- B) *Garantizar* la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La internación provisoria se cumplirá en un establecimiento especial del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay. **El cumplimiento del arresto domiciliario será supervisado por dicho instituto, quien mantendrá informada a la sede a su respecto.**

Comentario:

Se autoriza al Juez a imponer al adolescente la prohibición de ausentarse de la localidad de residencia, y no solo la de salir del país.

Se otorga al INAU la competencia para supervisar el arresto domiciliario, tarea que hasta ahora debía ser cumplida por el Departamento de Asistencia Social (DAS) del Poder Judicial. Ello había sido propuesto en la Cámara de Representantes por el propio INAU, así como por los diputados Jorge Orrico y Daniel Díaz Maynard.

Texto vigente:

“6) Informe del equipo técnico.

Si el Juez resuelve la internación, dispondrá que el equipo técnico del establecimiento de internación, en un término que no exceda los veinte días dispuesto para la prueba, produzca un informe con una evaluación médica y psicosocial, el cual se expedirá especialmente sobre las posibilidades de convivencia en régimen de libertad.”

Texto proyectado:

“6) *Informe del Centro de Internación.*

Si el Juez *impusiere como medida cautelar la internación provisoria del adolescente, dispondrá que el equipo técnico del establecimiento –en un término que fijará y que no podrá exceder los veinte días previstos para la prueba- produzca un informe con una evaluación médica y psicosocial del adolescente, expidiéndose especialmente respecto a las posibilidades de convivencia del mismo en régimen de libertad.*”

Comentario:

Se adecua el título al texto del párrafo y se precisa su redacción.

Texto vigente:

“7) Informe del Centro de Internación.

Sistema Penal Juvenil

Los técnicos producirán los informes verbales o escritos que el Juez disponga y supervisarán la aplicación de las medidas. Los informes verbales se producirán en audiencia.”

Texto proyectado:

“7) *Informe del equipo técnico.*

Los técnicos *realizarán* los informes *escritos o verbales* que el Juez disponga. *Estos últimos se efectuarán* en audiencia.”

Comentario:

Se adecua el título al texto del párrafo y se precisa su redacción.

La supervisión de la aplicación de las medidas socioeducativas que se impusieren al adolescente corresponde a técnicos del INAU o de otras instituciones públicas o privadas (Conf. Arts. 81 y 82), pero no a los del Poder Judicial quienes cumplen, exclusivamente, una función de asesoramiento del Juez.

Texto vigente:

“8) Formulación de demanda o sobreseimiento.

Diligenciada la prueba, los autos pasarán al Ministerio Público por seis días. En caso de deducir acusación, relacionará las pruebas ya diligenciadas y analizará los informes técnicos y formulará los presupuestos fácticos, jurídicos y técnicos de la imputación.

Si el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento, el Juez lo dictará sin más trámite. Si se dedujere demanda fiscal, se conferirá traslado a la defensa por seis días, la que podrá ofrecer prueba y contradecir o allanarse.”

Texto proyectado:

“8) Formulación de demanda *acusatoria* o *solicitud de sobreseimiento*.

Diligenciada *que fuere* la prueba, *o transcurrido que fuese el plazo de veinte días establecido para ello*, los autos pasarán en *traslado* al Ministerio Público por seis días. En caso de *que éste decida* deducir acusación, relacionará las pruebas *producidas*, analizará los informes técnicos *que hubiesen sido presentados*, y formulará los presupuestos fácticos, jurídicos y técnicos de la imputación.

Si el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento, el Juez lo dictará sin más trámite, *dejando sin efecto la audiencia final fijada, y disponiendo el cese de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado y el archivo del expediente.*”

Comentario:

Se precisa y aclara el texto. Se traslada la parte final del segundo párrafo al numeral siguiente.

Texto vigente:

“9) Allanamiento.

De mediar allanamiento de la defensa, el Juez deberá dictar sentencia en cinco días.

Texto proyectado:

“9) *Contestación.*

Si se dedujere demanda acusatoria, se conferirá traslado de ella por seis días a la defensa, quien podrá contradecirla o allanarse -total o parcialmente- a la misma.

Comentario:

Se establecen, en un numeral propio, las facultades de la defensa.

Se elimina la facultad que se concedía a la defensa de ofrecer prueba en esta oportunidad. Facultad que resulta **innecesaria** (ya que puede pedir todas las pruebas que desee en la audiencia preliminar), **inconveniente** (porque alargaría la duración de los procedimientos), y **vulneradora del principio de igualdad de las partes** (al permitirle al defensor solicitar prueba en dos oportunidades, y al Ministerio Público solo en una).

Se elimina la obligación del Juez de dictar sentencia en cinco días, en caso de allanamiento de la defensa. Ello implicaba tener que cambiar la fecha fijada originalmente para la audiencia final (ver numeral 4, literal B, de este mismo artículo), generándose dificultades de agenda y de comunicación, sin que se produjese –gracias a ello– un acortamiento sensible de la duración de los procesos.

Texto vigente:

“10) Audiencia final.

Deberán participar, bajo pena de nulidad, el adolescente su defensor y el Ministerio Público.

Será convocada dentro de los quince días de la contestación de la demanda fiscal, por la defensa.

Se pondrán a disposición los informes técnicos recabados.

Se dará participación a sus padres o responsables, y a la víctima, si lo solicitaren.”

Texto proyectado:

“10) Audiencia final.

En la audiencia final deberán estar presentes, bajo pena de nulidad, el adolescente, su defensor, y el Ministerio Público. Se procurará que asistan los padres o responsables del joven.

El Juez informará al adolescente acerca de las pruebas aportadas al proceso y su valoración, del contenido de la demanda acusatoria y de la contestación, así como de las recomendaciones que emergen de los informes técnicos que hubiesen sido realizados.

Escuchará las alegaciones que el mismo quisiese formular, al igual que las que hicieren los responsables que hubiesen comparecido.

La víctima o sus representantes podrán estar presentes si lo requiriesen, y siempre que ello no implicare peligro para su seguridad o la del adolescente, a juicio del Juez.”

Comentario:

Se da, a la audiencia final, un contenido y una finalidad propios. Procurando que no sea el mero acto formal de lectura de una sentencia, sino que se transforme en la escena final de una “obra” (el proceso) que debe ser comprensible para el adolescente.

Texto vigente:

“11) Plazo para dictar sentencia.

El Juez deberá dictar sentencia definitiva de primera instancia al cabo de la audiencia final, y en esa misma oportunidad expedir el fallo con sus fundamentos. Se dará lectura de todo ello, a los efectos de su comunicación (artículo 76 del Código General del Proceso), siendo de aplicación en lo pertinente, el artículo 245 del Código del Proceso Penal.

La sentencia será escrita y deberá ser redactada de un modo breve y claro para que pueda ser comprendida en todas sus partes por el adolescente imputado.

Cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por quince días perentorios, procediéndose para su comunicación a la formalización de una audiencia complementaria.”

Texto proyectado:

“11) *Dictado de la sentencia.*

El Juez dictará sentencia definitiva de primera instancia al cabo de la audiencia final, expidiendo el fallo con sus fundamentos. La sentencia será escrita y seguirá, en lo pertinente, las reglas establecidas en el artículo 245 del Código del Proceso Penal.

El Juez explicará la misma al adolescente de modo tal que pueda comprender su sentido, entregándose copia de ella a las partes que lo solicitaren.

*Cuando la complejidad del asunto lo ameritase, o por otras causas justificadas que deberán mencionarse en la sentencia, el Juez podrá disponer el aplazamiento de la fecha fijada para la audiencia final, **siempre que la misma se celebre dentro de los sesenta días siguientes a la audiencia preliminar.***

Comentario:

Si bien la sentencia debe ser redactada siguiendo determinadas reglas y cumpliendo con ciertas formas, lo que debe ser transmitido al adolescente es tan solo el sentido de la misma.

Se permite el aplazamiento de la audiencia final en ciertos casos, pero **sin que la duración total del proceso pueda exceder los sesenta días**. Se hace coincidir así este plazo con el plazo de caducidad de ciertas medidas cautelares -establecido en el numeral 5 de este mismo artículo- el que funcionaría como un reaseguro del anterior.

Texto proyectado:

“13) Audiencia única.

En los casos en que, culminada la indagatoria, no fuese necesario disponer medidas probatorias adicionales -y siempre que existiere acuerdo entre las partes del proceso- se podrá conferir la palabra al Ministerio Público y a la Defensa a los efectos previstos en los numerales 8 y 9 de este artículo, luego de lo cual el Juez dictará sentencia de inmediato de acuerdo a lo establecido en los numerales 11 y 12 de este artículo.”

Comentario:

Se incorpora un numeral a este artículo mediante el cual se permite la abreviación de los procesos en aquellos casos simples, en los que ya se hubiese reunido toda la prueba necesaria en la audiencia preliminar, y en los que se estime innecesario convocar a una nueva audiencia para el dictado de la sentencia. Se exige para ello el acuerdo previo entre las partes del proceso, esto es, del Ministerio Público y de la Defensa.

Cuando lo que se ha de aplicar es una medida socioeducativa menor (como son la advertencia, la amonestación, etc.) no se justifica la prolongación del proceso por varias semanas, ni que se haga venir a todos los interesados a una nueva audiencia.

Lo razonable es permitir que los actores del proceso (Juez, Fiscal y defensor del adolescente) adecuen la duración del mismo a las necesidades de cada caso, siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso y no se supere el plazo máximo de sesenta días establecido con

Sistema Penal Juvenil

carácter general (num. 11 de este artículo).

La incorporación de este numeral había sido propuesta, en la Cámara de Representantes, por el Diputado Daniel Díaz Maynard.

II - Sobre las infracciones

Texto vigente:

“Artículo 69. (Infracciones a la ley penal).- A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

- 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.
- 2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor; avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.
- 3) La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal.
- 4) La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal.”

Texto propuesto por varios Sres. Senadores²:

“Artículo 69. (Infracciones a la ley penal).- A los efectos de este Código sólo son infracciones a la ley penal:

- 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, a las que el Código Penal o las leyes penales especiales señalan una pena cuyo límite mínimo es superior a un año de prisión o cuyo límite máximo es superior a tres años de penitenciaría.
 - 2) Las acciones u omisiones ultraintencionales o culposas a que refieren los numerales 1) y 2) del artículo 72.
 - 3) La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal.”
-

Texto propuesto por el Poder Ejecutivo³:

“Artículo 69. (Infracciones a la ley penal).- A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

- 1) Las acciones u omisiones dolosas, cometidas en calidad de autor, coautor o cómplice, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.
- 2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos

² Distribuido 1125 de septiembre de 2006.

³ Proyecto del Poder Ejecutivo enviado el 21/8/06.

de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor; avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.”

Comentario:

La redacción del primer numeral propuesta por el Poder Ejecutivo resulta la más adecuada. En efecto: incluye a las tentativas de todas las infracciones fuesen graves o gravísimas en el elenco de las conductas punibles⁴, mientras que la redacción propuesta por los Sres. Senadores –seguramente por inadvertencia- las excluyó a todas ellas, al mantener el vocablo “consumadas”. También incluye aquí a la figura del cómplice, eliminándose así la necesidad de incluirlo en otro numeral. La limitación del elenco delictivo que el proyecto de los Sres. Senadores pretende hacer por la vía de remitirse a penas mínimas y máximas no excluye conductas que sean relevantes en el caso de los adolescentes, por lo que merece suprimirse.

En cuanto a la redacción del numeral segundo, en cambio, parece preferible la propuesta en el proyecto de los Sres. Senadores.

En primer lugar, porque no resulta coherente incluir en el elenco de las conductas punibles a las “culposas” (que carecen de intención de manera absoluta) y excluir a las “ultraintencionales” (que si bien no tienen dolo en el resultado, sí lo tienen en la base), como hace el texto vigente y se reitera en el proyecto del Poder Ejecutivo. Si se incluye a una debería incluirse a la otra también, como hace el proyecto de los Sres. Senadores.

En segundo lugar, porque los “condicionamientos” que contiene el texto legal vigente -y que el proyecto del Poder Ejecutivo mantiene- para que el Juez pueda considerar delitos a las acciones u omisiones culposas han resultado de incierta aplicación en la realidad, y merecen suprimirse como propone el proyecto de los Sres. Senadores.

El texto quedaría, entonces, redactado así:

“Artículo 69. (Infracciones a la ley penal).- A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

1) Las acciones u omisiones dolosas, cometidas en calidad de autor, coautor o cómplice, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.

2) Las acciones u omisiones ultraintencionales o culposas a que refieren los numerales 1) y 2) del artículo 72.”

⁴ En un trabajo anterior titulado “**Primeras reflexiones ante la entrada en vigencia del CNA**”, publicado en la revista “**Espacio Abierto**” del CIEJ a fines de 2004 (Nº 1, págs. 37 a 42), expresamos nuestra opinión contraria a la despenalización de la tentativa de hurto, por lo que compartimos plenamente la intención de esta propuesta del Poder Ejecutivo. Nos remitimos a las razones expuestas en el citado artículo.

III - Sobre la privación de libertad

Texto vigente:

“Artículo 86. (Aplicación).- 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.

También podrán aplicarse a los adolescentes que, habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción, incumplen las medidas adoptadas por el Juez.”

Texto propuesto por varios Sres. Senadores:

“Artículo 86. (Aplicación).- Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada responsables de infracción gravísima, que a juicio del Juez justifique las mismas.

También podrán aplicarse a los adolescentes que, habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción en forma reiterada, incumplen las medidas adoptadas por el Juez. En este caso el plazo de duración de la medida privativa de libertad no podrá exceder de sesenta días.”

Texto propuesto por el Poder Ejecutivo:

“Artículo 86. (Aplicación).- Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados, por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción gravísima, conforme al artículo 72 de este Código.

También podrán aplicarse a los adolescentes que, habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción, incumplen las medidas adoptadas por el Juez.”

Comentario:

Ambas propuestas establecen con claridad que, **en principio, la medida socioeducativa de privación de libertad solo podrá aplicarse a los autores de infracciones de las llamadas “gravísimas”** (homicidio, rapiña, etc.), en concordancia con lo dispuesto por la normativa internacional.

La redacción del primer inciso propuesta por el Poder Ejecutivo resulta preferible a la de los Sres. Senadores ya que elimina la aparente discrecionalidad que se le otorgaba al Juez (“que a juicio del Juez justifique las mismas”), respetándose el principio de legalidad como dice el mensaje que lo acompaña. Convendría recalcar el **carácter no preceptivo** de las medidas privativas de libertad -incluso en el caso de las infracciones “gravísimas”- sustituyendo la expresión “**sólo se aplicarán**” por la de “**solo podrán aplicarse**”.

El inciso segundo propuesto por los Sres. Senadores prevé que pueda aplicarse la privación de libertad en los casos de autores de otras infracciones (o sea, de las llamadas “graves”) –y limitando su extensión en el tiempo a los 60 días- pero confundiendo en su redacción dos hipótesis que deben ser consideradas por separado: la del incumplimiento de una medida no privativa de

libertad anteriormente impuesta por el Juez; y la de la reincidencia en la comisión de delitos “graves”.

En efecto, hasta ahora se permitía imponer la privación de libertad solo a quien hubiese incumplido una medida socioeducativa no privativa de libertad y así se mantiene en el proyecto del Poder Ejecutivo.

Al restringir ahora la posibilidad de aplicación de las medidas privativas de libertad de larga duración a los delitos llamados “gravísimos” (lo que es compartible), parece razonable y oportuno contemplar en nuestro articulado -como hace el proyecto de los Sres. Senadores- la posibilidad de imponer una sanción de privación de libertad (aunque limitada en el tiempo) a quien cometiese en forma contumaz delitos de los llamados “graves” (hurtos, lesiones graves, atentado violento al pudor, por ejemplo).

Posibilidad que sí contempla la normativa internacional. En efecto, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se establece que: **“Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona”** (la mayoría de ellas son conductas que nuestro artículo 72 incluye en el elenco de los **“delitos gravísimos”**, Vg., homicidio, rapiña, etc.) **“o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.”** (Regla 17.1, literal c).

El proyecto de los Sres. Senadores incorpora esa posibilidad pero subsumiéndola y confundiéndola con la anterior. Resulta aconsejable separar ambas hipótesis con claridad.

La limitación temporal de la sanción a un máximo de sesenta días debería aplicarse en ambos casos. Ello impedirá la comisión de excesos en la utilización de esta facultad⁵.

El texto quedaría, entonces, redactado así:

“Artículo 86. (Aplicación).- Las medidas privativas de libertad sólo podrán aplicarse a los adolescentes declarados, por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción gravísima, conforme al artículo 72 de este Código.

También podrán aplicarse a los adolescentes que incumplieran las medidas socioeducativas de otra naturaleza que le hubieran sido impuestas, así como a aquéllos que reincidiesen en la comisión de infracciones graves. En ambos casos, el plazo de la medida privativa de libertad no podrá exceder los sesenta días.”

⁵ Ver artículo citado en la nota anterior, págs. 41 y 42.

DERECHOS DE LA INFANCIA EN LA ARGENTINA: DONDE ESTAMOS Y PARA DONDE VAMOS.

Emilio García Méndez

Un rápido balance del estado de situación de los derechos de la infancia en la Argentina actual, exige reconocer, entre otras cosas, la existencia de continuidades y rupturas cuyo sentido, lógica y futuras implicaciones resulta importante desentrañar.

Mientras en el campo de las regulaciones penales relativas a los menores de edad, se extiende hasta hoy una (lamentable) continuidad con el período de la dictadura militar, en el campo de lo que no sin una cierta vaguedad se denomina “protección de derechos”, se ha producido recientemente una (altamente saludable) ruptura. De más esta decir, que ni rupturas ni continuidades resultan de carácter lineal, lo que exige en ambos casos un esfuerzo especial de análisis e interpretación.

La aprobación y promulgación de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes) a fines de 2005, luego de un interminable y complejo proceso de carácter legislativo, constituyó en buena medida el resultado de una excepcional y transitoria disputa por la hegemonía política en el seno de la bancada de gobierno en la Cámara de Diputados.¹

Pero si en términos de proceso, la aprobación de la ley 26.061 resultó bastante sorprendente, mucho más lo fue en términos de contenidos. Prácticamente nadie imaginó que podía llegarse tan lejos, como efectivamente se llegó, en materia de verdaderas y sustanciales transformaciones normativas. Algunos, en defensa de sus estrechos intereses corporativos, fueron responsables de trabajar activamente en impedir que las reformas fueran más allá de un carácter meramente cosmético, otros (entre los que me cuento) fuimos en todo caso responsables de subestimar las posibilidades que podía abrir una inédita coyuntura de hegemonía política irresuelta como la ya mencionada.

En todo caso, y me parece importante decirlo sin la menor ambigüedad, la ley 26.061 constituye la innovación jurídica más importante en materia de infancia, por lo menos desde el retorno de la democracia hasta hoy. Tanto es así, que si la conciencia jurídica media se encontraba, antes de la reforma, muy por delante de la vergonzosa ley Agote de Patronato de 1919, la profundidad de los cambios que encierra la nueva ley ha colocado a la conciencia jurídica (ni hablemos de las

¹ Sobre este punto específico cfr. el excelente análisis de Laura Musa, “La dimensión política de la ley 26.061”, en, “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061”, E.García Méndez (compilador), Ed. Del Puerto - Fundación Sur Argentina, Buenos Aires, 2006 (pp.1-13).

prácticas) muy por detrás de los desafíos que encierra la ley 26.061.

Cierto es (y me parece importante afrontar este argumento para desbaratarlo de una buena vez), que buena parte de las innovaciones contenidas en la ley 26.061 ya se encontraban en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y, lo que es lo mismo, en la propia Constitución Nacional. Esta situación, muy particularmente en el contexto concreto de la Argentina, no sólo no desmerece en absolutamente nada a la ley 26.061 sino que, por el contrario, aumenta ulteriormente su importancia.

Ello significa que desde el punto de vista de la legislación nacional la CIDN fue, correctamente, entendida como un piso mínimo por debajo del cual no se puede descender en materia de derechos y garantías, aunque si como efectivamente ocurre con varias disposiciones de la ley, que se puede superar y trascender. Téngase presente por ejemplo, el Art. 27 de la ley, que dispone la obligatoriedad de la defensa técnica jurídica por abogado, especificando positivamente en este punto la propia formulación de la CIDN. No menos importante, en el mismo sentido, resulta el art. 3 de la ley que define en forma exhaustiva e inconfundiblemente garantista el concepto de interés superior del niño. En otras palabras, una solución normativa que cierra definitivamente la posibilidad (tal como venía ocurriendo hasta ahora), de interpretar en clave totalmente discrecional el riquísimo concepto de “interés superior”.

Pero la importancia de esta reforma se explica aún más claramente si se analiza con seriedad y sin condicionamientos la condición jurídica de la infancia y adolescencia, que antes de la reforma imperaba en nuestro país.

En muchos aspectos y por razones a las que en parte se aludirá explícitamente, en materia de derechos de la infancia algunas tendencias negativas que se verifican en el plano regional latinoamericano se encuentran particularmente exacerbadas en el caso de la Argentina.

No en vano, la Argentina fue, a comienzos del siglo XX, la cuna del menorismo latinoamericano. No en vano, la Argentina sintetizaba el triste merito (hasta la aprobación de la ley 26.061) de ser el país más atrasado y al mismo tiempo más brutal en materia de condición jurídica de la infancia en América Latina.

La vigencia por casi un siglo de una ley, criminalizadora de la pobreza como la ley de Patronato 10.903 y la persistencia del decreto 22.278 de la época dictadura militar (1980), decreto que establece el régimen penal de los menores de edad, en base al cual se han irrogado 14 sentencias de reclusión perpetua a menores de edad desde 1997 hasta hoy, constituyen su prueba irrefutable. No está demás recordar aquí, que la Argentina es el único país de América Latina que ha irrogado sentencias de reclusión perpetua a menores de edad.

Más aún, me animo a afirmar sin la menor duda, que desde la vigencia jurídica y cultural de la Convención hasta hoy, el atraso legislativo de la Argentina no fue producto ni del azar ni de la desidia. Por el contrario, fue el resultado de una estrategia política deliberada en la que se invirtieron, particularmente en la década de los 90, ingentes esfuerzos y recursos.

La cínica y falaz argumentación acerca del carácter autoaplicable de la CIDN, para concluir en realidad que la reforma legislativa nacional no era necesaria, constituye la patética evidencia de lo que aquí se afirma. Esta situación defendida con vehemencia desde la propia institucionalidad de las políticas gubernamentales para la infancia, consolidó y reprodujo el atraso, que aun hoy padecemos, en términos de cultura jurídica determinando una aplicación cosmética y fragmentaria de la

Es bajo estas condiciones político culturales que, desde comienzos del siglo XXI, se fue gestando un consenso (que jamás compartí pero que siempre respeté) en el heterogéneo movimiento de lucha por los derechos de la infancia, en el sentido de que una verdadera reforma de las regulaciones legales en materia penal juvenil, sólo debía realizarse a posteriori de la derogación de la ley de Patronato y la aprobación de una ley de protección integral. Un consenso gratuito e inútilmente quebrado por aquellos que, sorprendentemente con responsabilidades de gobierno en el campo de los derechos humanos, pretendieron, afortunadamente sin éxito, una cosmética y superficial reforma de las normas que en materia penal juvenil heredamos de la dictadura.

A casi dos años de la reforma que constituía la condición para emprender el camino de las reformas penales (ley 26.061), mucho ha sucedido aunque poco se ha concretado en ese plano específico.²

Me referiré entonces, en forma breve y contextualizada para la región, a esta situación antes de pasar a un análisis de los avances, implicaciones y sobre todo resistencias con relación a la aplicación de la ley de protección 26.061.

La historia de la cuestión de la infancia en la América Latina de estos últimos 30 años, muestra claramente la existencia de temas claramente emblemáticos. Denomino temas “emblemáticos”, precisamente a aquellos temas que poseen la característica de sintetizar el espíritu de una época en torno a una cuestión más amplia.

Así, con epicentro cultural en el Brasil de la década de los 80, que pugnaba por sacudirse el autoritarismo militar, el tema de los “niños de la calle” constituyó la metáfora para denunciar la cara obscena del boom económico del que se jactaba la dictadura. No es este el lugar para ahondar en este análisis específico, aunque conviene no olvidar, ni los efectos perversos sobre las políticas públicas de aquellos ejercicios de extrapolación en otros tiempos y en otros espacios de las concepciones alternativistas imperantes en el Brasil de la década de los 80,³ ni la sedimentación, a la manera de capas geológicas, de viejas posiciones que de tanto en tanto irrumpen en las formulaciones políticas del presente.

Los delirios recurrentes (y en general demagógicamente electoralistas) de resolver con programas puntuales y focalizados el problema de los “niños de la calle”, que afloran de tanto en tanto en la retórica de algunos políticos, constituyen el botón de muestra de pervivencia de un enfoque cuyas víctimas más conspicuas han sido, paradójicamente, la escuela y la familia. Sin embargo, el punto más alto de esta perversión se manifiesta en la existencia de propuestas “alternativistas” pero con fondos del Estado. Los preocupantes (aunque todavía afortunadamente parciales y fragmentarios) ejemplos de privatización de la privación de libertad en el Brasil, constituyen el mejor ejemplo de esta situación.

En la década de los 90, aunque esta vez con epicentro en países andinos como Perú y Bolivia, el tema del trabajo infantil amenazó con instalarse como cuestión emblemática para toda la región.

² Una extraña situación rodea hoy el tema de la reforma legal en materia de responsabilidad penal juvenil. En ambas cámaras del congreso existen un número considerable de proyectos (que representan prácticamente a absolutamente todo el espectro político), de alta calidad técnica y en línea con la CIDN y la Constitución Nacional. A pesar de esta situación, que denota un alto grado de consenso multipartidario en la materia, ningún proyecto ha conseguido avanzar en su tratamiento legislativo.

³ Un profundo y completo análisis de esta situación se encuentra en, “De Menor a ciudadano”, de Antonio Carlos Gomes da Costa, en, “Das Necessidades aos Direitos”, Ed. Malheiros, Sao Paulo, Brasil, 1994.

Sin embargo, las vergonzosas y descaradas manipulaciones de movimientos “autónomos” de niños trabajadores, no lograron hacer pie ni en la Argentina ni en el Brasil.

En el imaginario social, el *recuerdo* y la *promesa* de una escuela pública de calidad funcionaron como un antídoto extraordinario de esta utopía regresiva. Nadie sintetizó mejor esta situación, que el pedagogo brasileño Antonio Carlos Gomes da Costa, cuando textualmente afirmó que, “mientras en el Brasil la escuela parece ser la tierra prometida, en Argentina se asemeja mucho más al paraíso perdido”.

Llegamos por fin al siglo XXI, en el cual la cuestión emblemática de la infancia parece claramente configurarse y sintetizarse en el problema de la responsabilidad penal de los adolescentes. Legitimada por una “sensación” de inseguridad urbana atribuida apresuradamente (el concepto de “sensación” hace referencia específicamente a la notoria ausencia de información cuantitativa confiable en este campo) a los jóvenes, este tema tiende a imponer un tipo particular de visión social represiva sobre los adolescentes.

A pesar de su carácter cuantitativo reducido, la cuestión de los adolescentes infractores posee un carácter contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales. La realidad confirma en forma reiterada, que quien no ha resuelto este problema, acabó también no resolviendo ninguno de los otros problemas vinculados con la infancia.

Desde comienzos de los 90, uno a uno los países de América Latina han adecuado, con mayor o menor calidad técnica jurídica, sus legislaciones nacionales a lo dispuesto en la materia por la CIDN, muy particularmente en sus artículos 37 y 40. En este contexto la Argentina ha constituido y constituye todavía hoy, por razones que en parte escapan a cualquier tipo de racionalidad, una solitaria excepción en la materia.

El problema de la responsabilidad penal de los adolescentes, que en general constituye una cuestión delicada y espinosa en cualquier país, posee algunas características inéditas adicionales en el caso argentino. Dicho en otras palabras, parece constituir un enigma que de tanto en tanto amenaza con devorarnos.

Ni los señalamientos de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos al gobierno argentino con relación a las condenas a reclusión perpetua a menores de edad.⁴

Desde 1997 hasta la actualidad la justicia de menores de la Argentina ha aplicado al menos 12 sentencias de reclusión y prisión perpetua a adolescentes en abierta contradicción, entre otras normas, con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ni el macizo consenso parlamentario de carácter multipartidario en la materia, ni los avances culturales de los operadores del sistema de justicia, que finalmente han comenzado a entender la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la materia, han sido suficientes para

⁴ Desde 1997 hasta la actualidad la justicia de menores de la Argentina ha aplicado al menos 12 sentencias de reclusión y prisión perpetua a adolescentes en abierta contradicción, entre otras normas, con la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, presentó una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien luego de agrupar todos los casos presentados corrió traslado de las denuncias al Estado argentino.

A raíz del traslado efectuado, en abril de 2004 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado inició un proceso de solución amistosa de manera tal que nuestro país no afronte una condena internacional por violar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La reforma legal, una de las condiciones del acuerdo amistoso de la época, parece hoy definitivamente olvidada.

Sistema Penal Juvenil

detonar la voluntad política imprescindible para la aprobación de un verdadero sistema de responsabilidad penal juvenil. ¿Cómo explicar los motivos de este atraso inexplicable?

Múltiples y variados parecen ser los motivos, sobre los que vale la pena reflexionar. Tal vez se encuentre en buena parte de ellos las claves para su superación. No pretendo subestimar aquí las resistencias corporativas de una “justicia de menores” que ha hecho históricamente de la discrecionalidad absoluta un valor que, paradójicamente, al mismo tiempo terminó despojándola de cualquier forma de legitimidad.

Sin embargo, me parece que en una particular conformación cultural del “progresismo” jurídico vernáculo se esconde la clave principal de este enigma. Es que a los problemas históricos de la incapacidad argentina por constituir un orden legítimo basado en el estado democrático de derecho, es decir, a las dificultades para aceptar la ley como elemento legítimo y eficaz para mediar en las relaciones sociales, debe agregarse la herencia maldita de la dictadura militar en la materia. Tan brutales y profundas fueron (y son) las secuelas de la represión ilegal en la Argentina, que han impedido la construcción de un discurso serio y responsable sobre la represión legal. Sólo una situación como esta permite entender la enorme paradoja que consiste en el hecho que, de un lado, en ningún lugar de América Latina se ha ido tan lejos en materia de represión penal a los menores de edad y al mismo tiempo en ningún lugar (desde posiciones que se autoperceben como progresistas) se ofrecen tantas resistencias a un cambio en los términos que plantea la CIDN y la Constitución Nacional.

No caben dudas que el quid de la cuestión está precisamente en el tema de la responsabilidad. Bajo el estado de cosas imperante no parecen que existieran problemas en interpelar a los adolescentes como enfermos, locos o enemigos y destruirlos si fuera necesario. Si parece difícil decidirse a interpelarlos como sujetos responsables. Quien interpela a un loco o a un enemigo no se hace responsable de nada, quien interpela a un sujeto responsable debe hacerse responsable de su interpelación.

Es precisamente este último el contexto jurídico-cultural donde es preciso analizar el impacto actual y el futuro de la implementación de la ley 26.061.

No voy a realizar aquí un análisis técnico jurídico detallado y exhaustivo de esta ley, entre otros motivos porque el mismo ya se ha realizado y es a dicho texto al que remito a esos efectos.⁵

Si me interesa en cambio medir el impacto inmediato de su aprobación. En este sentido, estoy absolutamente convencido que es precisamente en las resistencias que genera donde mejor puede medirse la profundidad de sus transformaciones. No voy a insistir demasiado aquí en aquel tipo de resistencias, que era obvio de esperar, “clasistas-nostálgico-corporativas” las que, sin embargo, vale la pena registrar.⁶

⁵ Para un análisis realmente exhaustivo de todas las dimensiones de la ley 26.061, cfr. “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061”, García Méndez (compilador), Ed. Del Puerto-Fundación Sur Argentina, Buenos Aires, 2006.

⁶ Dos lamentables artículos de reconocidos civilistas acerca de la ley 26.061, dan cuenta como pocos de las preocupaciones clasistas y corporativas de un derecho que se siente amenazado por el avance en la legislación nacional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más allá de un largo lamento, que ni siquiera el acostumbrado alambicado lenguaje de los juristas tradicionales logra disimular, esta posición en definitiva no se resigna a que sea el estado y la sociedad, y no los jueces, los que tengan a cargo la formulación y ejecución de las políticas de protección a la infancia. Cfr. Respectivamente los artículos de Eduardo Zannoni, “El Patronato del estado y la reciente ley 26.061” publicado en la Revista La Ley, con fecha 10 de noviembre de 2005 y Augusto Belluscio “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa”, publicado en la ley, con fecha 24 de febrero de 2006.

Mucho más peligrosas me parecen aquellas resistencias que pretenden desconocer su ámbito nacional de aplicación⁷ y que han llevado al extremo de que un superior tribunal de justicia haya absurda e inconstitucionalmente decidido que los tribunales bajo su competencia dejen de aplicarla.⁸

Mas allá de chicanas procesales, que tarde o temprano se evaporarán, destinadas a rechazar la aplicación de una ley nacional cuyo rango constitucional proviene justamente de constituir la reglamentación de la CIDN, es necesario preguntarse qué es exactamente aquello que en la ley 26.061 más ofende al corporativismo tradicional (hoy crecientemente minoritario) del ámbito judicial. Ensayaré aquí un principio de respuesta a esta pregunta.

Hasta la aparición de la CIDN, a la existencia material de dos tipos de infancia (los niños y los menores para decirlo sintéticamente con un lenguaje que es hoy de fácil y rápida comprensión), correspondía la existencia de dos tipos de derechos. El derecho de familia para los “niños” (aquellos con sus necesidades básicas satisfechas) y el derecho de menores para los “otros”, los “menores”. La ley cumplía así la función de reforzar y legitimar las diferencias sociales.

La CIDN por el contrario repropone una idea universal de infancia, no precisamente porque esto ya exista en la realidad, sino por el contrario, para tender hacia dicho ideal. Uno jamás coloca en la ley aquello que ya existe en la realidad. Las normas, muy en especial aquellas de derechos humanos, presuponen una fuerte tensión entre el ser y el deber ser. Si la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “todos los hombres son iguales”, es justamente debido al hecho de que no lo son en la realidad. La igualdad no es un hecho natural. Por el contrario, necesita de un hecho jurídico político que la funde. La ley 26.061 al asumir en profundidad el espíritu y la letra de la CIDN, rompe decididamente el dualismo clasista de los dos derechos para las dos infancias. Todos los avances realizados en el derecho de familia desde la recuperación de la democracia hasta hoy (divorcio vincular, equiparación plena de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, patria potestad compartida, para sólo mencionar los más significativos), no encuentran equivalente (hasta la aparición de la ley 26.061) en el campo del derecho de menores.

Hasta hoy, ni las reflexiones teóricas ni los sujetos de dichas reflexiones acostumbraban a cruzarse en un territorio común.

La ley 26.061 cambió radicalmente el curso de los acontecimientos.

El tomarse en serio los derechos de la infancia, asegurando los mecanismos que permitan su exigibilidad, es decir, tornando obligatoria e ineludible la defensa técnico jurídica obligatoria de

⁷ Sobre el tema del ámbito nacional de aplicación, uno de los mayores constitucionalistas del país ha sido realmente terminante cuando expresa textualmente, “La ley 26.061 es una suerte de “medida” elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por la Argentina de la CIDN, al asegurar su aplicación en nuestro país (art. 4 citado). Por lo tanto, en caso de conflicto con normas provinciales estas deben ceder a favor de la ley nacional. Estamos frente a una suerte de ley de contenidos mínimos aplicables en todo el territorio de la Nación”, cfr. Daniel Sabsay, “La dimensión constitucional de la ley 26.061”, en, “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061”, García Méndez (compilador), Ed. Del Puerto-Fundación Sur Argentina, Buenos Aires, 2006.

⁸ El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, a través del Acuerdo Reglamentario N° 794 -Serie “A”, de fecha ocho de noviembre de 2005, decidió mantener las competencias y atribuciones asignadas por la ley 9053, acorde a las funciones fijadas por la ley 10.903, hoy derogada, resolviendo “Disponer que los tribunales de la Provincia de Córdoba con competencia en materia de menores prevencional, continúen su actuación judicial de conformidad a las competencias y atribuciones asignadas por la ley 9053.

⁹ El 20 de septiembre de 2006, la Fundación Sur Argentina, con la adhesión de un número significativo de organizaciones

Sistema Penal Juvenil

niños y adolescentes, constituye la piedra angular de una serie de transformaciones que difícilmente puedan subestimarse.

La derogación de la ley de Patronato y al mismo tiempo la manutención de prácticas sociales (y jurídicas) que lo caracterizaban, resulta el hilo (poco) sutil que pone en evidencia la existencia de vínculos reales entre la “protección tutelar” y la represión. Un vínculo que ni eufemismos ni ambigüedades pueden ya ocultar.

En este sentido, la prohibición expresa (que seguramente sonará absurda para el sentido común) de protección a la infancia por medio de prácticas que implican la privación de libertad, constituye una de las tantas transformaciones radicales que encierra esta nueva ley (art.36).

Por ello la aceptación, mucho más ritual que entusiasta, de la ley 26.061 por parte de las autoridades encargadas de su aplicación, su tan exhaustiva cuanto inútil reglamentación y al mismo tiempo la resistencia a aceptar sus implicaciones reales, dan cuenta mejor que nada de la complejidad cultural que encierra el proceso de implementación de la nueva ley.

Todo hace prever que nada será ni fácil ni automático en el proceso de su efectiva puesta en marcha.

Un reciente habeas corpus interpuesto a favor de niños menores de 16 años, no punibles según la ley, para que su “protección” no se cumpla en condiciones de privación de libertad, da cuenta en toda su extensión de los problemas jurídico culturales que es necesario enfrentar como parte del proceso de implementación de la ley 26.061.⁹

El 20 de septiembre de 2006, la Fundación Sur Argentina, con la adhesión de un número significativo de organizaciones de reconocida trayectoria en el campo de la defensa de los derechos humanos, presentó una acción de habeas corpus a favor de todas las personas menores de dieciséis años de edad, privadas de su libertad en virtud de resoluciones judiciales “tutelares” emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se solicitó que se declare la ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas y ordene su cese,

levantándose las disposiciones tutelares dictadas y se requirió que se inste al Poder Ejecutivo para que desarrolle un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas en alguna de las medidas de protección del sistema de protección integral de derechos que surge de la ley 26.061.

Un capítulo aparte lo constituye la puesta en marcha de la nueva institucionalidad de las políticas para la infancia que dispone esta ley. Tal vez la más interesante de todas las innovaciones en la materia la constituya la creación de un “Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia”

de reconocida trayectoria en el campo de la defensa de los derechos humanos, presentó una acción de habeas corpus a favor de todas las personas menores de dieciséis años de edad, privadas de su libertad en virtud de resoluciones judiciales “tutelares” emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se solicitó que se declare la ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas y ordene su cese, levantándose las disposiciones tutelares dictadas y se requirió que se inste al Poder Ejecutivo para que desarrolle un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas en alguna de las medidas de protección del sistema de protección integral de derechos que surge de la ley 26.061.

La jueza a cargo del Juzgado Nacional de Menores N° 5 resolvió rechazar la acción, decisión que fue confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Contra esta decisión, la Fundación Sur Argentina impugnó lo resuelto, interponiendo los recursos de casación y de inconstitucionalidad. Finalmente y por primera vez en la historia judicial argentina, la Cámara de Casación (máximo tribunal penal de la nación), acogió en principio el Habeas Corpus Colectivo e instauró una mesa de diálogo con todas las partes involucradas. La decisión final sobre el Habeas, esta a la fecha en que se escriben estas líneas, pendiente de resolución.

(art.45), destinado a sustituir un Consejo “Nacional” que en la práctica sólo duplicaba (y aun duplica) sus funciones con el Consejo local de la Ciudad de Buenos Aires.

Este Consejo “Nacional” que utiliza la mayor parte de sus recursos humanos y financieros en subvencionar a la provincia más rica del país, continúa en realidad hasta la fecha desarrollando sus funciones como si ninguna reforma legal hubiera sucedido en la materia. La prórroga de su vigencia en el mismo acto de promulgación de la ley, ha sido señalada, con absoluta razón, como flagrantemente inconstitucional.¹⁰

Pese a todo, no tengo dudas en afirmar que el balance final resulta altamente positivo y puede resumirse en la siguiente formulación. Durante años, aquellos que han trabajado en forma paciente y consecuente en la defensa de los derechos de la infancia, se vieron obligados a trabajar invariablemente contra las leyes nacionales vigentes.

La ley 26.061 transformó radicalmente las condiciones de esa lucha: infancia, ley y democracia, comienzan por primera vez a articularse positivamente en favor de uno de los sectores, no necesariamente vulnerables, pero sí mas vulnerados de nuestra sociedad.

¹⁰ “Con el dictado del decreto 1293/2005 el Poder Ejecutivo ha alterado el texto y el espíritu de la CDN y de la ley 26.061. Todo lo cual lo torna arbitrario que en derecho constitucional implica lo contrario a razonable, de conformidad a la interpretación conjunta de los Arts. 99 inc. 2 y 28 de la CN. En la presente situación se produce una clara desproporción entre medios y fin, ya que el decreto lejos de ser un instrumento apto para facilitar la aplicación de la norma que reglamenta, la contradice de manera palmaria y de ese modo resulta violatorio del orden constitucional” cfr. Daniel Sabsay, ob. cit pp. 26-27.

Daniel Fessler

Director del CIEJ
Lic. en Historia.
Maestrando en Historia Rioplatense

Carina Gómez Heguy

Integrante del Área de Publicaciones del CIEJ
Procuradora
Func. Juzgado Ldo. de Menores, actualmente Jdo. Ldo. de Adolescentes

Mariana Malet Vázquez

Profesora Agregada de Derecho Penal
de la Universidad de la República.
Fiscal Nacional de Menores

Dr. Daniel Sayagués Laso

Defensor de Oficio
de Adolescentes Infractores

Emilio García Méndez

Presidente Fundación Sur Argentina
(www.surargentina.org.ar)



DEPOSITO LEGAL: 343654

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o
procedimiento sin autorización de Ediciones del CIEJ

Impreso en los Talleres de A.F.J.U por el Área de Publicaciones del CIEJ
