

Trazos críticos para la contención del castigo en niños y adolescentes*

por
Alicia Ghione,
Javier Salsamendi y
Luis Pedernera

Introducción.

Se pretende a través de estas líneas, acercarnos a un marco que nos permita en el trabajo diario tener elementos que actúen como límites a la entrada al sistema de control social punitivo de niños y adolescentes. Pero a su vez pretende elaborar desde la duda¹ un marco distinto, para encarar cierto tipo de conflictos (resueltos hoy únicamente desde lo punitivo²), críticamente desde la normativa vigente y avizorando que necesariamente se aborde desde la dogmática algunas ideas para el trabajo concreto.

No queremos tampoco realizar un extenso trabajo de dogmática, si bien sabemos que en materia de derechos de niños y adolescentes, en nuestro país, los estudios no son muy abundantes y es urgente delinear doctrinas garantistas, que pongan fin a un territorio en donde el vacío es regla y donde la crueldad penal, aparece con todo su ropaje autoritario.

Sin querer en este trabajo, justificar un sistema que es un ejercicio de poder abiertamente autoritario, selectivo e inhumano, como resulta ser el producto de la aplicación concreta del sistema penal a niños/as y adolescentes no encontramos -por el momento y con las especificidades y aun dudas que se expondrán- otro camino inmediato que el de la reivindicación de las garantías propias del derecho penal liberal³ y -obviamente- de los derechos humanos. De lo contrario, siempre en ese horizonte inmediato que nos es posible avizorar, el costo en vidas⁴ de los muchos niños y adolescentes, captados por este mecanismo de control -el denominado "derecho de menores"- será la gran deuda que tenemos y tendremos con la infancia, al menos desde la perspectiva de un análisis desde y sobre el control social.

Niños pobreza y sistema penal

La selectividad propia de todo sistema de control represivo, se avizora con infinita mayor visibilidad en una franja de población que, a su natural mayor grado de vulnerabilidad, debe agregársele el hecho de que la pobreza se concentra en ellos. Según aportes de un organismo gubernamental como el F.A.S. -y desde su óptica- nuestro país ha logrado mejorar todos sus índices básicos excepto aquellos relacionados con los niños acuñándose -por parte de representantes de este organismo gubernamental- el término de "infantilización de la pobreza".

Desde otra óptica, el Ec. Marcos Lorenzelli nos plantea que "...para Montevideo en el año 1994, solo un 0,7 % de los hogares nucleares sin hijos estaban por debajo de la LP -Línea de Pobreza-...A partir de aquí y a medida que se desarrolla el ciclo familiar con la llegada de los hijos, la probabilidad de caer en la pobreza aumenta. Esto es particularmente grave en los hogares con niños entre 0 y 4 años (un 30.6 % de los hogares en esa categoría eran pobres en

¹ Y la saludable "sospecha" de que "*toda política hacia la infancia esta siempre teñida de hipocresía ...al menos que demuestre lo contrario*", al decir de Alberto Binder.

² Louk Hulsman, "**La criminología crítica y el concepto de delito**" en Seminario Criminología Crítica I, Medellín, 1984.

³ Césare Beccaria "**De los delitos y las penas**"- citamos ésta por ser la primer obra en erigirse desde el plano de la dogmática penal como límite al poder de castigar.

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, "**Muertes anunciadas**", 1993, Temis

1994). A medida que se avanza en el ciclo de vida familiar, la probabilidad de caer en la pobreza se reduce." Señala asimismo que el "INE (1996^a), encuentra que en promedio un 18.1 de los hogares uruguayos tienen entre sus integrantes a niños menores de 5 años, sin embargo un 44.5% de los hogares correspondientes al 10% más pobre tenían esta característica.⁵".(Pág.132).

Datos recientes del informe de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en Uruguay, nos dicen: "...el Censo de 1996 reveló que por lo menos el 38, 7% de la población del Uruguay, tenía una necesidad básica insatisfecha (NBI), alcanzando esta situación a 1.204.123 habitantes. Que casi cuatro de cada diez habitantes tengan necesidades básicas sin resolver es una situación de por sí seria y preocupante, pero lo es más si se tiene en cuenta que entre los niños menores de 15 años asciende a 47.49% y para los niños de 0 a 4 años ese guarismo alcanza al 51,54 %"⁶.

En definitiva esto demuestra que el problema de la infancia se plantea en Uruguay -país demográficamente pobre- como uno de los temas más acuciantes y urgentes.

Marco jurídico

Primeramente debemos de conceptualizar algunos de los términos que utilizaremos. Así cuando se habla de medidas de seguridad educativas estamos hablando de una "sanción" sin mínimo y con máximos judicialmente dispuesta, cuya ejecución implica el encierro en un establecimiento de INAME con privación total de libertad ambulatoria. Las mismas se aplican a niños y adolescentes que, en principio realicen conductas que puedan ser tipificadas como delito de acuerdo a los preceptos del Código Penal y/o leyes especiales.

Las medidas de seguridad están previstas en el Código Penal en el Título VI del capítulo I del libro 1º. Se dividen en: curativas, educativas- para los menores de 18 años de edad que cometieran delitos,(sin mínimo y con determinación de máximo)- eliminativas y preventivas. La nota común a éstas medidas es la consideración de la inimputabilidad y la peligrosidad.

En este trabajo solo nos referiremos a las medidas educativas, pues son las que corresponde aplicar cuando un niño o adolescente comete infracciones a la ley penal. Según el codificador Irureta Goyena: "Me ha parecido conveniente complementar la acción defensiva de las penas con las medidas de seguridad. Dichas medidas se subrogan en algunos casos a las penas y en otros se agregan a ellas⁷".

Por otra parte el Código del Niño en su sección 2ª del Capítulo XII define las medidas a adoptarse sobre los menores abandonados moral y materialmente lo que le agrega a lo ya planteado por el Código Penal una situación de hecho (abandono) que no es infracción a la ley penal. Téngase en cuenta lo que esto representa en una perspectiva de control en un país en el que se dan las características socioeconómicas que antes se reseñara.

Más claramente equipara el abandono a la infracción y dispone idéntico tratamiento para ambas situaciones. Este Código define -"muy plásticamente" al decir de Carlos Uriarte- a éstas medidas como un régimen de vigilancia y protección⁸.

⁵ Marcos Lorenzelli, "**Pobreza en el Uruguay de los 90**" publicado en "El Uruguay de los 90" entre políticas sociales y políticas criminales", AAVV, IELSUR, 1997.

⁶ Resumen del "**Informe no gubernamental de aplicación de la Convención, Balance del período 1996 – 2000**", Comité de los Derechos del Niño Uruguay; 7 de noviembre de 2000.

⁷ Exposición de Motivos del Código Penal concordado y anotado por Juan B. Carballa, CED, 1968, pág. 41.

⁸ Carlos Uriarte, en "**Niños y Adolescentes en conflicto con la ley**", AAVV, Carlos Alvarez editor.

Este Código- como reiteradamente se ha sostenido- bebe en las aguas de la doctrina de la situación irregular; esa "... mal llamada doctrina... no contempla los mínimos requisitos para ser considerada doctrina. Tiene la cualidad de confundir la protección de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva de los mismos. Permite inmiscuirse en el mundo de la infancia en cada privación de políticas sociales⁹".

Muy sucintamente esta "doctrina" posee como rasgos característicos:

- 1- El niño es un objeto de derecho.
- 2- Es objeto de tutela desde el paradigma de la compasión-represión, o dicho en otros términos peligroso para si mismo y peligroso para los demás.
- 3- El juez de Menores, debe actuar como un "buen padre de familia", "... No es menester, pues, que el Juez de Menores sea un eximio jurisconsulto, ni un maestro de derecho; se requiere en cambio, que sea un gran sicólogo, y sobre todo, un buen padre de familia, que tenga gran vocación para el cargo y lo desempeñe como un verdadero sacerdocio¹⁰,"
- 4- Distingue entre los "menores" y los niños y adolescentes "mirando" a los primeros por todo aquello que no son, no tienen o les falta, al decir de Gómez da Costa como un "feixe" de carencias.

Semánticamente términos tales como "acto de disposición", "internación", etc., refieren siempre a la figura de un objeto o de un portador de una patología.

Estas razones han llevado a generar un derecho construido exclusivamente -y sobre la marcha- por los operadores concretos del sistema, lo que de algún modo explica la falta de atención "científica" que desde la construcción jurídica -esencialmente en el plano de la dogmática- se le ha brindado.

Con posterioridad el Uruguay aprueba la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN) por ley 16.137 el 28 setiembre de 1990 y luego el 12 de julio de 1995 se aprueba la ley 16.707- llamada de seguridad ciudadana- cuyo art. 25 (que en lo sustancial retoma la acordada N° 7236 de la Suprema Corte de Justicia del 29 de julio de 1994) modifica el art. 114 del C. del Niño, estableciendo el procedimiento aplicable en el caso de infracciones a la ley penal cometida por menores de 18 años.

Establece asimismo la posibilidad de encerrar menores de edad entre los 16 a 18 años, en cárceles de adultos -posibilidad esta que obviamente no estaba prevista en la precitada acordada (y que ya ha sido aplicada en una oportunidad luego de un "motín" suscitado en una cárcel de menores).-

En cuanto a la CIDN, su incidencia y la adecuación plena de la normativa de fuente nacional a sus preceptos será objeto de un análisis más detallado con posterioridad.

Hasta aquí hemos, muy brevemente, realizado una "descripción" de la normativa vigente. Procederemos pues, a realizar un análisis más detallado y crítico (dentro de los parámetros que la extensión de este trabajo nos permite) del funcionamiento de la ejecución de estas medidas.

Funcionamiento judicial-procesal

⁹ García Méndez y Elías Carranza en "El derecho de menores como derecho mayor", Del revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia. Bases para una reforma legislativa. UNICRI, UNICEF, ILANUD, Buenos Aires, Edit. Galerna 1992.

¹⁰ Exposición de Motivos, **Código del Niño**, anotado y concordado por Mercedes Metallo y Beatriz Orihuela, Pág. 26 FCU, 1991.

El proceso de “menores”, esta regulado por los principios de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 16.137, y la ley 16.707 en su artículo 25¹¹, cuando de infracciones a la ley penal se trata, pues el "abandono", la gran boca de entrada del sistema de control¹² continua siendo regulado por las disposiciones del Código del Niño y del Código Civil.

Este proceso se configura en torno al juez, el defensor y el fiscal, con presencia del niño o adolescente y sus representantes legales. Se prevén dos audiencias principales: indagatoria y de sentencia.

A partir de la primera audiencia, entre las medidas a tomar se encuentra la internación - que debería conservar los caracteres de medida de "último recurso, con carácter excepcional y por el plazo más breve posible"-.

El tiempo que transcurre hasta llegar a la sentencia supera en los hechos los ocho meses, contradiciendo la pretendida celeridad del “proceso de menores” y la mínima duración de la privación de libertad (aunque durante el transcurso de esos meses se puede -eventualmente- sustituir y/o modificar la medida, así como conceder "salidas especiales"¹³). Conviene recordar que si aplicáramos a rajatabla el Pacto de San José de Costa Rica, por el principio de presunción de inocencia y de dignidad de la persona humana, (no instrumentalización) “el garrón” de la prisión preventiva o la pena alternativa no tendrían razón de ser aplicadas.

Este sistema debe, a partir de la Convención y de la ley de seguridad ciudadana (16707) respetar el principio constitucional del debido proceso. Al decir de Maier la expresión debido proceso trata básicamente “...de la descripción de los presupuestos que reclama la Constitución para considerar legítimo (o válido) el juzgamiento de una persona por un tribunal de justicia y la decisión que es su consecuencia y que lo afecta¹⁴”. Sin embargo el debido proceso tiende a convertirse en una formalidad legal a cumplir, vaciándose de contenido sustancial por ausencia de un derecho sustantivo específico y reductor¹⁵. En la contradicción derecho procesal inquisitivo y acusatorio termina primando un sistema inquisitivo por sobre el acusatorio, debido a razones de texto legal, a prácticas consuetudinarias avaladas por la carencia de recursos materiales y humanos.

Esto se enmarca además, en un proceso indagatorio por el cual se reconstruyen los hechos y se genera una nueva verdad¹⁶. Sumemos a esto una cultura de los operadores del sistema de “protección” de personas y no de realización de derechos.

Los tiempos procesales no operan como máximos garantistas en cuanto vigencia de derechos, pues como lo demuestra la practica algunos roles procesales aparecen como mera forma a llenar o cumplir y los tiempos del proceso fueron pensados desde la perspectiva de los adultos, lo que genera una doble contradicción, pues los niños y adolescentes no solo se ven enfrentados al poder punitivo estatal sino al propio poder generado por los adultos¹⁷. Estos

¹¹ El Art. 25 de la ley 16.707 se remite en lo que no esté expresamente en ella establecido al Código General del Proceso.

¹² Héctor Erosa, “**La construcción punitiva del abandono**” en Revista de Ciencias Penales Nº 2 – 1996, Carlos Álvarez editor.

¹³ Nos referimos a un sistema que opera mínimamente; en la mayoría de los casos los niños y adolescentes viven lo que en adultos se denomina “prisión preventiva”, hecho que tendrá en sus vidas consecuencias sumamente negativas.

¹⁴ Julio B. J. Maier en “**Los niños como titulares del derecho al debido proceso**”, en Justicia y Derechos del Niño, Nº 2, UNICEF noviembre 2000.

¹⁵ Carlos Uriarte, comunicación personal.

¹⁶ Michel Foucault en “**La verdad y las formas jurídicas**”, Gedisa 1984.

¹⁷ Carlos Uriarte, comunicación personal. Alicia Ghione, “**Proceso Penal de adolescentes**”, inédito.

plazos no reconocen la trascendencia del tiempo en los niños lo que lleva a que el pretendido debido proceso en lugar de erigirse en garantía se convierta en un espacio para vulnerar derechos. El ejemplo clásico es el de la pena preventiva al que se hacía referencia antes de la sentencia definitiva.

Como se señalara anteriormente el proceso es además un sistema inquisitivo, es decir el Juez no aparece como un tercero imparcial que decidirá la controversia planteada, sino todo lo contrario; se confunde en la actividad investigativa, con el agravante de hacerlo desde una lógica tutelar mediante la cual cree que su actividad si termina en una institucionalización puede redundar en un beneficio para el niño o adolescente (descontando practicas judiciales excepcionales). Asistimos pues a una confusión entre un rol estrictamente jurisdiccional de resolución de conflictos jurídicos y un rol de presunto realizador de políticas sociales, desde una perspectiva punitiva y tutelar, que trae como evidente consecuencia que no logre realizar ninguno de los dos roles. Estamos hablando que se debe dar una equidistancia y horizontalidad en los roles de la defensa y del fiscal quedando el juez como tercero imparcial al que se le someten conflictos jurídicos sobre los que deberá tomar posición.

Hay un “menosprecio” de la actividad de la defensa que se materializa en algunos ejemplos: no poseer recursos para investigar y no proponer prueba en pie de igualdad con el fiscal, o simplemente estar presente desde el momento de la detención policial. Así como también esta ausencia de jerarquización de la actividad judicial de investigación tampoco le da el lugar que le cabe al Ministerio Público. En Uruguay la estructura material y los recursos investigativos están concentrados en la policía, la cual no depende jerárquicamente del Ministerio Público; sino que es genéricamente considerada auxiliar de la justicia.

Otro de los factores que influyen negativamente en el debido proceso como garantía lo es el tema estructural funcional del Poder Judicial, que en Montevideo al contar solo con dos Juzgados de Menores, provocan una saturación en el trabajo concreto, impidiendo la celeridad, la inmediatez y la consecuente deshumanización del sistema.

A esto le agregamos la aplicación de normativa procesal civil a un tema que requiere un abordaje específico desde el Derecho Procesal. Así una libertad en cualquier etapa del proceso debería ser concedida de inmediato sin que pudieran plantearse dudas respecto a eventuales plazos de notificación a las partes a la espera de que éstas posiblemente decidan recurrir la resolución.

Siempre a vía de ejemplo y sin que pretenda ser una enumeración rigurosa de todas las hipótesis que se pueden plantear, resulta por lo menos conflictivo en la práctica cotidiana, resolver cuando una sentencia interlocutoria, está decidiendo sobre el fondo del asunto o no. Muy brevemente diremos, que en nuestra opinión en este proceso, solo se resuelve sobre el fondo del asunto cuando se dicta una sentencia definitiva; recordando además que éstas poseen el carácter de ser definitivas en sentido formal pero nunca en sentido material, en aplicación del principio "rebus sic stantibus"; excepto cuando descartan expresamente la responsabilidad del adolescente imputado. En nuestra opinión cualquier resolución que determine la libertad del adolescente, si no pone fin al proceso no puede tener nunca carácter de definitiva y en segundo lugar si se apela este recurso no debe poseer efecto suspensivo.

En esta línea de razonamiento parece entenderse por parte de algunos operadores que el fin del proceso sería la aplicación de una pena y más concretamente de una pena de privación de libertad. Esto explica el hecho de que se le de carácter de interlocutoria que resuelve sobre el fondo del asunto a la sentencia que establece el fin de la privación de libertad.

Por otra parte, concederle a las apelaciones sobre resoluciones que resuelven libertades, efecto suspensivo significa en los hechos que la resolución queda exclusivamente en manos de una de las partes del proceso.

Paradójicamente en materia de pruebas se toma un instituto propio del Derecho Procesal Penal, como es la "etapa del manifiesto", que en los hechos funciona como elemento entelecedor del proceso, y violatorio de garantías por la razón antes expresada y por la que se expresará. La existencia de una etapa específica para proponer prueba lleva a que el auto de resolución inicial pueda ser tomado con mínimo fundamento probatorio, que en el caso de nuestro sistema ayuda a la preeminencia de la actividad policial en la investigación por sobre la investigación judicial. Recordemos la ya señalada insuficiencia de medios del Poder Judicial y del Ministerio Público para intervenir directamente en esa etapa investigativa.

El ejemplo más cotidiano lo constituye el hecho de que la denuncia se realiza generalmente en sede policial por la sencilla razón de su funcionamiento durante las 24 horas del día, y en todos los barrios, mientras que el juzgado funciona en un horario sumamente acotado y centralizados en un solo lugar.

Los defensores muchas veces cuando actúan refuerzan esa imagen de búsqueda de la verdad objetiva y no accionan procesalmente, pues el recurrir las decisiones, es vivido y sentido como un freno a esa "supuesta" ayuda, que es el sistema penal de "menores" (siempre en la lógica tutelar que se convierte en una extensión de ese "buen padre de familia" que alcanza también a defensores, fiscales y funcionarios, en especial si es el receptor)¹⁸. En otros casos la ausencia de la utilización de recursos procesales por parte de la defensa tiene que ver exclusivamente con la exasperante lentitud en la tramitación de los mismos.

La enumeración de hechos y actos no se agota, podemos decir que el rol que desempeña por ejemplo, el funcionario judicial es crucial. Sabido y criticado por todos los operadores en el sistema judicial lo es la burocracia, mas duro aún lo es, que la declaración y la indagatoria sean de cargo de un funcionario, (en abierta violación a la ley vigente lo que en términos estrictos determinaría la nulidad de prácticamente todos los procesos) problemas todos que son un valor agregado a su mala remuneración, desjerarquización y ausencia de capacitación específica.

La disyuntiva que se erige en una especie de espada de Damocles sobre quienes revisan críticamente la operatividad de la normativa relacionada a la niñez adolescencia, nos enfrenta a toda una serie de aportes realizados desde los estudios criminológicos que cuestionan al proceso y a la pena por ser mas violadores de derechos que garantizadores de los mismos¹⁹. El derecho penal ha venido sufriendo un lento proceso de traslación de su justificación desde la teoría del delito hacia la teoría de la pena. Sin embargo pensamos que la pena es un mero hecho de poder, que se nos impone avasalladoramente, aunque nos situemos más allá o más acá de cualquier planteo justificador/fundante de la misma²⁰.

Se debe ensayar una propuesta alternativa o al decir de Gómez da Costa "alterativa"²¹ de la realidad de nuestra justicia y de nuestro encierro. La Convención nos da un marco propicio

¹⁸ Desde la institución se nos ha dicho que lo mejor que le pudo pasar a esos niños o adolescentes fue caer bajo su égida, hecho que demuestra a las claras la creencia de una bondad institucional o lo que Carlos Uriarte llama la "institución afectiva".

¹⁹ Ver : Eugenio Zaffaroni, "**Sistema penales y derechos humanos**", Gonzalo Fernández "**Derecho penal y Derechos humanos**" Michel Foucault, "**La verdad y las formas jurídicas**", Elena Larrauri, "**La herencia de la criminología crítica**", entre otros.

²⁰ Según Carlos Uriarte "...A nuestro juicio la mejor doctrina penal pasa hoy por el derecho penal mínimo. Si el discurso de la pena encubre o bien manipulea tecnocráticamente una realidad de violencia selectiva, y si, por otra parte, no es viable una estrategia reductora de violencia, sino a partir de un discurso intrasistemático – hacia dentro del sistema-, más allá de estrategias abolicionistas a largo plazo, y de estrategias extrasistemáticas – fuera del sistema penal-; entonces, la mejor alternativa es hacer del discurso de la pena un discurso reductor de violencia, contentivo de la expansión penal represiva" Ob. cit. pág. 89.

²¹ Antonio Carlos Gómez da Costa, "**La infancia como base del consenso y de la democracia**", publicado "La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. Un nuevo

para ensayar otro tipo de respuestas, y los derechos humanos son un horizonte para responder desde la dignidad y el fortalecimiento de los derechos de esa parte de la infancia que es la clientela de nuestros sistemas penales.

El encierro

En primer termino debemos mencionar que existe una distinción -jurisprudencialmente construida²²- entre “internaciones” “con” y “sin” medidas de seguridad “educativas”. Desde la jerga “institucional-administrativas” hablaremos de “internaciones” en Establecimientos “Cerrados” y “Hogares Abiertos”.

Las primeras refieren a situaciones de privación absoluta de libertad ambulatoria -en principio, pues veremos más adelante que otros derechos resultan vulnerados en estas situaciones-. La conclusión obvia debiera ser que las segundas no debieran implicar idéntico trato en su ejecución. Sin embargo es dable advertir que ambas implican privación de libertad ambulatoria por el sencillo hecho de que, si alguien se “evade” se lo considerará “fugado” a los efectos legales.

Además el sistema de control institucional de “menores”, se diferencia únicamente del sistema de control penal de adultos pues el encierro en los niños y adolescentes es administrado por un organismo especializado en materia de infancia, (lo cual no es un detalle menor) no siendo así en el caso de los adultos en donde el encierro es ejecutado por la policía. Y decimos esa es la única diferencia, pues existiendo todo un campo propicio para ensayar respuestas mas respetuosas de los derechos humanos de esa porción de la infancia, los niveles de respeto, vigencia de derechos, violencia institucional y de deterioro de la personalidad son tan o mas graves que en los adultos.

Esto además resulta obvio, pues son efectos estructurales del encierro que se expresarán con mas virulencia cuanto menos edad tenga el encerrado.

Culpabilidad, imputabilidad, responsabilidad

La culpabilidad es un principio del derecho penal liberal (*nulla poena sine culpa*) y se caracteriza, en un sentido clásico, por establecer que la pena debe fundarse en la posibilidad de reprochar a su autor la conducta.

En la practica, un adolescente tendrá mayor lapso de permanencia en el "encierro" si no posee una "familia continente", sumado a la efectiva posibilidad de "colocación laboral", etc. Este mismo argumento será utilizado, como un elemento fundamental a efectos de resolver en un caso concreto, que un joven sea "internado" o "derivado" eventualmente a un programa de libertad asistida.

Sintéticamente tendremos programados en nuestras leyes, intervenciones sobre infractores pero también sobre situaciones que no son definidas como delitos como los estados de abandono abriendo así el espectro a la intervención de lo que vulgarmente se puede denominar: “por las dudas...” infringiendo en esas intervenciones las libertades y garantías individuales y comprometiendo nuestro estado democrático y social de derecho particularmente cuando la respuesta a las situaciones o estados de abandono pueden resultar en el encierro o la separación familiar en sus mas diversas formas.

derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad”, AAVV, PNUD, El Salvador, 1995.

²² Grezzi, Ofelia y Uriarte, C. Elias “**Infancia, adolescencia y control social**” en “Del revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia. Bases para una reforma legislativa”. UNICRI-UNICEF-ILANUD, 1992.

Aún en la hipótesis de que de la actuación judicial y/o administrativa no resultare ninguna de estas soluciones se sigue manteniendo el problema de que los abandonados o en "situación de riesgo" son pasibles de intervención policial²³, con todos los efectos que por si sola esta intervención posee con sus grados de estrés, deterioro, estigmatización, humillación pública etc²⁴. incluyendo como dato no menor el acostumbramiento o el reforzamiento de una visión de si mismo como "seleccionado" o "seleccionable".

A mayor abundamiento, los operadores técnicos universitarios, que trabajan como "informadores" desde el encierro, se encuentran de algún modo "programados" -muchas veces contra sus propias convicciones- para brindar información al segmento judicial que vaya en esta dirección. En un planteo "gatopardista" la vieja "peligrosidad" se disfraza con los ropajes "preventivistas" de la "continentación".

Por lo expuesto en nuestro "sistema de menores" la culpabilidad que se recepciona en la practica es la culpabilidad de autor (culpabilidad por conducción de vida etc.) teñida por elementos peligrosistas y/o de la defensa social²⁵. Mas claramente si un niño o adolescente no posee una familia continente o aún una efectiva posibilidad de colocación laboral existen mas posibilidades de que la pena resulte "proporcionalmente" mas larga, lo que resulta ser, una radical aplicación de el derecho penal de autor.

La ecuación pues resultaría muy sencilla: ante un hecho presuntamente tipificado como delito o infracción a la ley penal se interviene, a los efectos de procurar la rehabilitación o la educación del infractor²⁶. Por ende hasta que no se considere que el adolescente se encuentra educado o habilitado podría mantenerse la medida dispuesta, reforzando de esta forma la idea de que la "pena", o "medida de seguridad" logra los pretendidos fines de "reeducación", "resocialización", o "rehabilitación".

Con esto desmistificamos la creencia que cuando nuestro sistema decide intervenir coactivamente lo hace sin aplicar penas y que prescinde de utilizar el elemento dogmático de la culpabilidad para la toma de sus decisiones. Por ende es erróneo plantearse la duda de la aplicabilidad de las teorías de la culpabilidad al derecho de menores; en un plano más amplio es eufemístico no plantearse la aplicabilidad de la teoría del delito cuando en los hechos la misma se aplica con el agravante de que no se refiere a ella e impide toda discusión dogmática al respecto.

El problema no es discutir la aplicabilidad o no de estas categorías sino en el aquí y ahora (sin resignar de los planteos abolicionistas y desjudicializadores) poder elaborar planteos que nos posibiliten una intervención con mayores garantías y respeto por los derechos de los niños y adolescentes.

Desde el enfoque que le queremos dar a este trabajo, la culpabilidad es un concepto que, puesto a funcionar desde la perspectiva de trabajo que le han impreso Zaffaroni o Bustos Ramírez entre otros,²⁷ utilizando conceptos como los de "exigibilidad" o "vulnerabilidad" permiten avanzar en una elaboración que parte de la ilegitimidad de los sistemas penales y que se proyecta como freno a la potestad de castigar.

²³ Por aquella asimilación a los infractores de la que antes hablábamos.

²⁴ Mariano Castex, "**El poder Penal**", Facultad de sicología, UBA, 1997

²⁵ Según surge de las Exposiciones de Motivos del Código Penal y del Niño todas las medidas adoptarse son un mecanismo de protección y de defensa de futuros delincuentes.

²⁶ Ley 15.977, artículo 2º literal f..

²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, "**En busca de las penas perdidas**", Temis, 1993 Colombia. Juan Bustos Ramírez, "**Enfoque dogmático del bien jurídico, la responsabilidad y la punibilidad**", en "Imágenes del control penal", AAVV, Edición especial de la Revista No Hay Derecho, 1991.

Hablamos en este caso de una culpabilidad que opera como filtro de entrada al sistema en la que la vulnerabilidad o las posibilidades sociales en la satisfacción de necesidades humanas de los niños y adolescentes, operan como una categoría de derecho penal de autor de signo invertido²⁸ es decir como una luz en rojo de no entrada al circuito penal.

Esta necesitara un modelo de justicia democrático (no ya empírico primitivo o tecnoburocrático²⁹ del cual la justicia de menores en su versión tutelar, es uno de sus mejores exponentes³⁰) y garante de los derechos humanos de la infancia, que se constituya en freno a las instancias seleccionadoras -especialmente las policiales-, pues como ya lo hemos desarrollado en la situación en la que actualmente se encuentran nuestros sistemas judiciales es impensable un cambio radical de rumbo de la practica judicial.

Queriendo aterrizar mas los planteos, sabiendo sobre todo la abundante de la bibliografía y elaboración dogmática sobre culpabilidad existente³¹ intentaremos elaborar un planteo que se acerque a la casi utópica pretensión de lograr ser dogmáticamente posible y criminológicamente crítico.

Siguiendo a Gonzalo Fernández³², las diversas fórmulas de culpabilidad de autor importan un grave riesgo a la formulación de la culpabilidad en términos de función garantista frente a la intervención penal. Todas le imprimen un carácter patológico al sujeto reprochado lo que coincide exactamente con todas las características de la ya mencionada visión que sobre los niños y adolescentes construye la teoría de la situación irregular, respondiendo siempre a un modelo autoritario de derecho penal.

Resume el citado autor la crisis del concepto material de culpabilidad en el avance de los planteamientos preventivos generales ocurridos en la teoría de la pena.

Según los planteos preventistas lo que importa es la funcionalidad de la norma y de la pena como elemento de confirmación coactiva de la fidelidad al derecho, todo lo que se torne disfuncional seria atrapado dentro de esta visión.

En el derecho de niños y adolescentes las categorías de exigibilidad y vulnerabilidad como componentes indispensables del juicio de culpabilidad encuentran asiento normativo en la Convención de los Derechos del Niño (art. 40), lo que nos permite elaborar con mayor facilidad y flexibilidad un rescate de una teoría del niño sujeto de derecho y responsable lo que permite elaborar y operar el conflicto desde perspectivas mas humanas.

De esta forma la Convención rescata derechos e impone concomitantemente obligaciones muy precisas al estado, a la comunidad y aún a la familia en relación a las personas objeto del citado tratado.

²⁸ Alejandro Slokar, "**Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una determinación judicial relativa)**", ponencia presentada en Seminario El Uruguay de los 90': entre políticas sociales y políticas criminales", IELSUR, 1997. Gonzalo Fernández "**El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto**", en "Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio" Editado por FCU, 1998

²⁹ Eugenio R. Zaffaroni, "**Dimensión política de un Poder Judicial Democrático**", en Imágenes del control penal, Universidad Nacional del Litoral, 1994.

³⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, "**Dimensión política de un poder judicial democrático**", en "Imágenes del control penal", AAVV, Universidad del Litoral, Argentina.

³¹ Entre otros autores destacamos los trabajos de: Gonzalo Fernández, Bustos Ramírez, Raúl Zaffaroni, Luigi Ferrajoli, Alejandro Slokar.

³² "**El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto**", en "Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio" Editado por FCU, 1998.

Por ejemplo el principio del "Interés Superior" del niño como criterio interpretativo e integrativo permite claramente sostener que aquellos planteos o visiones sustentados en la defensa social, asimilables a las teorías preventivos generales no podrían tener lugar en el marco de este derecho especial, pues tal como los sostiene la doctrina mayoritaria³³ el "interés superior" es que los derechos ya no parten desde una perspectiva estatal/adulta y externa, sino que deben partir desde el propio niño/adolescente.

Otro elemento importante que nos permite desarrollar definiciones desde una perspectiva garantista lo constituye el principio de la "corresponsabilidad social" (art.4 CIDN), en la medida que todos estamos involucrados en potenciar el ejercicio y goce de derechos de la infancia el "reproche" ya no puede ser visto unidireccionalmente.

Esto nos llevaría casi directamente a plantear a la "exigibilidad como un elemento estructural propio de la culpabilidad penal³⁴", o fúndante de la misma.

Desechando la manida discusión sobre imputabilidad o inimputabilidad en el entendido de que los niños y adolescentes uruguayos claramente son responsabilizados por sus actos y se les impone penas por ello, entendemos como conclusión que resulta imprescindible la elaboración de esta "teoría de la culpabilidad" integrando a su juicio la noción de "vulnerabilidad" o "exigibilidad" no solo por entenderlo dogmáticamente correcto sino por entender que es el único concepto que se ajusta a los preceptos de la legislación vigente.

Este tema se relaciona directamente con la mas general discusión y perspectiva acerca de las reales posibilidades de construcción de ciudadanía, particularmente cuando ya no hablamos solo de pobreza y selección sino mas lisa y llanamente de fenómenos de exclusión social, a los que casi ya como una tradición se convoca al derecho penal para intentar solucionarlo.

Recordemos que existe un planteo no siempre manifiesto pero muy generalizado de que la intervención punitiva es una forma mas de política social³⁵. Con lo cual se ha desbordado desde las perspectivas funcionalistas y preventivo generales el marco del derecho penal conjugando el retiro estatal de ciertas áreas básicas en el marco de las políticas neoliberales y globalizadoras con un planteo de políticas sociales que prioriza la prevención llegando así a un marco de peligrosidad sin delito.

En definitiva no desconocemos que existen conflictos sociales, muchos de los cuales adquieren especial relevancia por el bien jurídico en juego y de los cuales van a resultar personas seleccionadas, construidas como delincuentes y consecuentemente habrán víctimas del mismo hecho.

Simplemente planteamos que el derecho penal le añade a estas situaciones un plus de violencia que puede ser evitada, controlada o resuelta por otros mecanismos particularmente cuando estamos hablando de personas que se encuentran en desarrollo.

La intervención punitiva no-solo es una mala respuesta, sino que inhibe intervenciones alternativas/alterativas . Por eso hemos tratado de ver y elaborar cuestiones relativas al "derecho de menores" con la condición que podríamos denominar "capacidad de sospecha", en cuanto estos planteos deben permanentemente contraponerse frente a la efectiva vigencia de los

³³ Miguel Cillero, **"El interés superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño"**, En "Infancia, ley y democracia en América Latina", AAVV, Temis-Depalma, COLOMBIA Argentina, 1998.

³⁴ Gonzalo Fernández, ob. cit. Pag. 66.

³⁵ Carlos Uriarte en **"Control Institucional de la niñez adolescencia en infracción"** Carlos Alvarez editor, 1999.

derechos humanos de los niños y adolescentes. Admitiendo que estos planteos funcionan como el concepto aristotélico de "pharmakon", es decir como remedio y veneno a la vez. Parafraseando a Baratta en esta lógica el derecho actúa como remedio contra la violencia, pero desde su surgimiento hizo que la misma se perpetuara³⁶.

*** Presentado originalmente en el Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Montevideo, setiembre de 1999.**

³⁶ Alessandro Baratta, "**La niñez como arqueología de futuro**", en "El Derecho y los chicos", Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995.